

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 25.007/25/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003855115-56
Impugnação: 40.010158759-20 (Coob.), 40.010158760-04 (Coob.)
Impugnante: Estação Eventos Ltda (Coob.)
CNPJ: 53.518615/0001-70
Guilherme Rodrigues Amado Leite (Coob.)
CPF: 069.252.666-85
Autuado: Choperia Savassi Ltda
IE: 003901906.00-58
Coobrigados: Chef Eventos Ltda
IE: 004488871.00-15
Cid Marcel Siqueira Júnior
CPF: 106.811.896-22
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EMPRESA SUCESSORA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos que as empresas Coobrigadas são sucessoras da empresa Autuada. Correta, portanto, a eleição para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos arts. 124, inciso I e 133, incisos I e II, ambos do CTN.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR/MANDATÁRIO - CORRETA A ELEIÇÃO. O Coobrigado é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização na Declaração de Apuração e Informação de ICMS (DAPI) e no 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, bem como os valores recebidos mediante pagamento via PIX informados por instituições e intermediadores financeiros. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada 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 e § § 1º, 3º e 9º, inciso I da Lei Complementar (LC) nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § § 3º e 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 140, de 22/05/18.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Contribuinte à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e na Declaração de Apuração e Informação de ICMS (DAPI) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, bem como os valores recebidos mediante pagamento via PIX informados por instituições e intermediadores financeiros, com recolhimento de ICMS a menor, no período de fevereiro de 2021 a maio de 2023.

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

Além da Autuada, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária:

- o sócio da Autuada, Cid Marcel Siqueira Júnior, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emissão de documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75; e

- a empresa Chef Eventos Ltda, a empresa Estação Eventos Ltda e o administrador não sócio Guilherme Rodrigues Amado Leite, devido à pesquisa realizada pelo NAC/SRF Montes Claros, a qual concluiu haver sucessão empresarial entre as sociedades, conforme detalhado no Memorando anexo às págs. 69/79 deste Processo Tributário Administrativo – e-PTA.

Versa, ainda, o presente e-PTA, sobre a exclusão da Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e § § 1º, 3º e 9º, inciso I e art. 33 da Lei Complementar (LC) nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § § 3º e 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 140, de 22/05/18.

Da Impugnação

Inconformados, os Coobrigados Estação Eventos Ltda e Guilherme Rodrigues Amado Leite apresentam, tempestivamente, Impugnação às págs. 168/221 e 272/325.

Requerem, ao final, que sejam acolhidas as Impugnações, cancelando-se o lançamento tributário levado a efeito ou, subsidiariamente, que sejam os Impugnantes excluídos do polo passivo da autuação, ou que a multa aplicada seja reduzida a patamares razoáveis e condizentes com sua capacidade contributiva.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às págs. 369/375 e pede pela manutenção do lançamento tributário.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Afirmam que a autuação fiscal procedida pela Delegacia Fiscal de Montes Claros seria impossível, pelo fato de que o município de Belo Horizonte, no qual estão localizados os Impugnantes, não estaria na área de abrangência da citada delegacia.

Entendem que a quebra do sigilo das operações de cartões de crédito e débito sem procedimento regulamentado na legislação estadual não seria possível.

Aduzem que a aplicação de alíquota efetiva prevista para empresas sujeitas ao regime de débito/crédito antes da exclusão definitiva do Simples Nacional não seria permitida.

Questionam a cumulação das multas de revalidação e isolada decorrentes de uma mesma situação fática.

Alegam que as Multas de Revalidação e Isolada teriam sido aplicadas em valores confiscatórios.

Entretanto, sem razão os Impugnantes.

Quanto à suposta incompetência da Delegacia Fiscal de Montes Claros para proceder à autuação em análise, destaca-se o teor do art. 5º-A do Decreto nº 45.781/11, com redação dada pelo Decreto nº 47.697/19, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decreto nº 45.781/11

Art. 5º-A - A Subsecretaria da Receita Estadual, em seu planejamento fiscal, poderá distribuir as atividades entre as Delegacias Fiscais e as Administrações Fazendárias sem a observância das respectivas áreas de abrangência, inclusive em relação aos contribuintes de ICMS domiciliados em outras unidades da Federação, inscritos ou não no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, respeitadas as competências das unidades.

(...)

A Administração Tributária está autorizada a se organizar para cumprir seu dever de forma célere, em observância ao princípio da economicidade, conforme depreende-se do decreto em questão. A competência referente ao controle fiscal é da Subsecretaria da Receita Estadual, portanto, no âmbito do território de Minas Gerais, qualquer autoridade fiscal está legitimada a exercer o controle fiscal de estabelecimentos que pratiquem operações e prestações sujeitas à circulação de mercadoria.

Dessa forma, o procedimento adotado pela Delegacia Fiscal de Montes Claros é regular e encontra amparo na legislação.

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

Observa-se 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.

Registra-se que é indubitoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Ademais, o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Impugnantes todos os prazos legalmente previstos para apresentarem as suas defesas, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento quanto à alegada impossibilidade de autuação fiscal pela Delegacia Fiscal de Montes Claros.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Contribuinte à Fiscalização no PGDAS-D e na DAPI e os valores

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, bem como os valores recebidos mediante pagamento via PIX informados por instituições e intermediadores financeiros, com recolhimento de ICMS a menor, no período de fevereiro de 2021 a maio de 2023.

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

Além da Autuada, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária:

- o sócio da Autuada, Cid Marcel Siqueira Júnior, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emissão de documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75; e

- a empresa Chef Eventos Ltda, a empresa Estação Eventos Ltda e o administrador não sócio Guilherme Rodrigues Amado Leite, devido à pesquisa realizada pelo NAC/SRF Montes Claros, a qual concluiu haver sucessão empresarial entre as sociedades, conforme detalhado no Memorando anexo às págs. 69/79 deste Processo Tributário Administrativo – e-PTA.

Versa, ainda, o presente e-PTA, sobre a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, 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 o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Das Saídas de Mercadorias Desacobertadas de Documentação Fiscal

Inicialmente, cumpre destacar que o ilícito fiscal não é mencionado em sede de defesa, de modo que as Impugnações tiveram como objeto o questionamento das multas aplicadas e da coobrigação dos Sujeitos Passivos.

Isso posto, registra-se, por oportuno, que o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02, nos seguintes termos:

RICMS/02

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

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

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

A matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

Art. 10-A - As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, as instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade 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/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Efeitos de 31/12/2021 a 1º/08/2022 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 48.339, de 30/12/2021:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Fazenda,
[http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/.](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/)"*

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, as instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, os intermediadores de serviços e de negócios entregarão os arquivos eletrônicos de que tratam os arts. 10-A e 10-B desta parte, até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior, nos termos previstos em ato Cotepe/ICMS.

Efeitos de 31/12/2021 a 1º/08/2022 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 48.339, de 30/12/2021:

"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, e os intermediadores de serviços e de negócios entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A desta parte 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 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, pela administradora de cartão de crédito e/ou débito e pelas instituições e intermediadores financeiros são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02.

RICMS/02

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

a) pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, inclusive credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e às prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto;

Efeitos de 14/11/2020 a 1º/08/2022 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 48.082, de 13/11/2020:

"a) pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e às prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto."

(...)

Repita-se, por oportuno, que as saídas de mercadorias não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das informações apresentadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito e pelas instituições e intermediadores financeiros com as vendas informadas pela Contribuinte, conforme demonstrado nos autos. Assim, o confronto das informações demonstrou o ilícito fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os Impugnantes insurgem-se contra o lançamento entendendo ter havido quebra de sigilo de dados de instituição financeira. Entretanto, as administradoras de cartões, bem como as instituições e intermediadores financeiros, estão obrigados, 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 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 considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente*”.

Nesse sentido, transcreve-se a ementa de decisão preferida no Agravo de Instrumento - Cv 1.0000.23.028947-2/001, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, na qual se analisou alegação de teor similar à trazida pela Defesa, restando afastada qualquer ilegalidade no procedimento fiscalizatório:

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.028947-2/001

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.

(GRIFOU-SE)

Destaca-se, ainda, que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, a transferência de informações acobertadas pelo sigilo financeiro por instituição financeira ou entidade a ela equiparada à Administração Tributária dos entes federados não importa em quebra de sigilo, mas em ressignificação da natureza sigilosa das informações, conforme disposto no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs – nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859:

ADI Nº 2.859

(...)

1. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI Nº 2.390, 2.386, 2.397 E 2.859, QUE TÊM COMO NÚCLEO COMUM DE IMPUGNAÇÃO NORMAS RELATIVAS AO FORNECIMENTO, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS DE CONTRIBUINTES À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

(...)

4. OS ARTIGOS 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES (DECRETOS Nº 3.724, DE 10 DE JANEIRO DE 2001, E Nº 4.489, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2009) CONSAGRAM, DE MODO EXPRESSO, A PERMANÊNCIA DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS OBTIDAS COM ESPEQUE EM SEUS COMANDOS, NÃO HAVENDO NELES AUTORIZAÇÃO PARA A EXPOSIÇÃO OU CIRCULAÇÃO DAQUELES DADOS. TRATA-SE DE UMA TRANSFERÊNCIA DE DADOS SIGILOSOS DE UM DETERMINADO PORTADOR, QUE TEM O DEVER DE SIGILO, PARA OUTRO, QUE MANTÉM A OBRIGAÇÃO DE SIGILO, PERMANECENDO RESGUARDADAS A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA DO CORRENTISTA, EXATAMENTE COMO DETERMINA O ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

5. A ORDEM CONSTITUCIONAL INSTAURADA EM 1988 ESTABELECEU, DENTRE OS OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA, A ERRADICAÇÃO DA POBREZA E A MARGINALIZAÇÃO E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS. PARA TANTO, A CARTA FOI GENEROSA NA PREVISÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS, SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS PARA O CIDADÃO. OCORRE QUE, CORRELATOS A ESSES DIREITOS, EXISTEM TAMBÉM DEVERES, CUJO ATENDIMENTO É, TAMBÉM, CONDIÇÃO *SINE QUA NON* PARA A REALIZAÇÃO DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROJETO DE SOCIEDADE ESCULPIDO NA CARTA FEDERAL. DENTRE ESSES DEVERES, CONSTA O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS, VISTO QUE SÃO ELES QUE, MAJORITARIAMENTE, FINANCIAM AS AÇÕES ESTATAIS VOLTADAS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CIDADÃO. NESSE QUADRO, É PRECISO QUE SE ADOTEM MECANISMOS EFETIVOS DE COMBATE À SONEGAÇÃO FISCAL, SENDO O INSTRUMENTO FISCALIZATÓRIO INSTITUÍDO NOS ARTS. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 DE EXTREMA SIGNIFICÂNCIA NESSA TAREFA.

(...)

É inerente à atividade da Administração Tributária ter acesso aos dados das operações praticadas para que possa desempenhar o seu poder-dever de fiscalização, sendo certo que a utilização desses dados para a verificação de eventual irregularidade deve resguardar o sigilo das informações, inexistindo quebra de sigilo.

Destarte, cabe destacar que o compartilhamento das informações com as Administrações Tributárias é mecanismo efetivo de combate à sonegação, possibilitando que os tributos sejam arrecadados de forma efetiva e utilizados para financiar as ações estatais voltadas à concretização dos direitos dos cidadãos.

No que tange à alegação de que a aplicação de alíquota efetiva prevista para empresas sujeitas ao regime de débito/crédito antes da exclusão definitiva do Simples Nacional seria impossível, sem razão os Impugnantes.

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 (LC) 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 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;

(...)

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende de exclusão definitiva do contribuinte do regime do Simples Nacional, como alegado pelos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnantes, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Cumpre destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização o foi pela apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Importante salientar, ainda que, conforme prevê o art. 26, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 59, inciso I da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18, o enquadramento no citado regime não exclui a obrigatoriedade de emissão de documentos fiscais para o acobertamento das operações de saídas (vendas) de mercadorias por parte dos contribuintes optantes.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão aos Impugnantes, que aduzem não ser possível a coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55, inciso II da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória, ou seja, pelas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à não observância completa de obrigação principal, em razão do recolhimento a menor do ICMS, e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória relativa a saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, conforme a decisão proferida no julgamento da Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, ementada da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS.
(...)

Assim, reiterando, a ausência de cumprimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, à pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

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.

(...)

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, por dar saída a mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, como no presente caso, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei.

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

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 55. (...)

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

(...)

Quanto à assertiva de inconstitucionalidade trazida pelos Impugnantes, relativa ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 (e do art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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

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

(...)

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração, inclusive quanto às penalidades aplicadas, na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Da Sujeição Passiva

Como mencionado anteriormente, além da Autuada, foram incluídos no polo passivo:

- o sócio da Autuada, Cid Marcel Siqueira Júnior, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emissão de documento fiscal); e
- a empresa Chef Eventos Ltda, a empresa Estação Eventos Ltda e o administrador não sócio Guilherme Rodrigues Amado Leite.

Primeiramente, cumpre destacar que a condição de contribuinte da Autuada é inegável, tendo em vista que a empresa realizou operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, nos termos dos arts. 5º, § 1º, item 1, e 14, *caput*, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lei nº 6.763/75

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre:

1. a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

(...)

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

(...)

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

CTN

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

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268) e José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

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

No que diz respeito à sujeição passiva dos Coobrigados Estação Eventos Ltda e Guilherme Rodrigues Amado Leite, bem como da Coobrigada Chef Eventos Ltda, registra-se que não é possível excluí-los da autuação, pelos motivos a seguir expostos.

O Memorando anexo aos autos (págs. 69/79) traz elementos suficientes para a inclusão dos Impugnantes no polo passivo do lançamento tributário, especialmente em razão da *“ocorrência de sucessão e confusão empresarial envolvendo a empresa fiscalizada Choperia Savassi Ltda (...), bem como as empresas Chef Eventos Ltda, (...) e Estação Eventos Ltda”*.

Não se ignora o fato de a abertura da Impugnante ser posterior ao período do fato gerador. Ocorre que a data de criação da empresa (mês subsequente à exclusão da Autuada do Simples Nacional), somada à identidade de objetivo social, de contador e de nome fantasia em relação à Autuada, reforçam a conclusão de que a abertura se deu com o intuito de prosseguir atividade empresarial baseada em sonegação fiscal reiterada. Somado a isso, não existe argumento nas Impugnações que justifique a coincidência dos elementos fáticos citados – identidade de nome empresarial, de sede e de contador.

A Choperia Savassi Ltda, ora Autuada, tem inscrição cancelada no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais. As outras empresas eleitas para o polo passivo da obrigação tributária sucederam a Choperia no mesmo endereço, representadas pelo Coobrigado Guilherme, que podia, inclusive, delas dispor patrimonialmente.

Segundo o quadro elaborado no referido Memorando, o objeto social das três empresas refere-se à Classificação Nacional das Atividades Econômicas – CNAE 5611-2-05 (Bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas, com

entretenimento). Ademais, o quadro indica que, como mencionado, todos os estabelecimentos foram constituídos no mesmo endereço de forma concomitante, o que não é permitido pela legislação tributária de Minas Gerais. Dessa situação conclui-se que a constituição de empresas que se sucedem, no mesmo endereço, sob o argumento de que se trata de empresas distintas, está sendo usada como subterfúgio para o não cumprimento da obrigação tributária objeto dos autos.

Pelos documentos constantes do e-PTA, não há dúvida de que as empresas são uma só: a Impugnante não é terceira, é a própria Autuada. No presente caso, somente existiu a Choperia, de forma que as outras denominações são fantasiosas e se trata de arranjo societário feito para que o Sujeito Passivo pudesse furtrar-se do cumprimento da obrigação tributária.

Em outras palavras, o caso em tela resume-se a um estabelecimento que tem como propósito negocial fornecer bebidas sem assumir as obrigações legais que devem ser cumpridas em face do Estado, inclusive sob um regime diferenciado de tributação.

Na prática, embora a situação em comento formalmente seja caso de sucessão empresarial, pelos elementos constantes nos autos, não há diferença entre as empresas Choperia Savassi Ltda, Chef Eventos Ltda e Estação Eventos Ltda. Na verdade, se trata da mesma empresa, pela qual responde efetivamente o Coobrigado Guilherme Rodrigues Amado Leite, como identificado pela Fiscalização.

Como é possível perceber no Memorando, à pág. 76 dos autos, a empresa Choperia Savassi Ltda celebrou contrato com prestadora de serviço em 07/10/22, por meio da representação do Coobrigado Guilherme, que pôde contratar em nome da Autuada, ainda que formalmente não fizesse parte da constituição da pessoa jurídica.

A situação de falseamento formal da representação da sociedade ainda se manifesta em situações como:

- o mesmo número do telefone de contato para a Choperia Savassi Ltda, a Chef Eventos Ltda e a Estação Eventos Ltda;
- a figuração do Coobrigado Guilherme como testemunha em ocorrência na sede da empresa Choperia Savassi Ltda, durante o período autuado;
- o recebimento, por parte do Coobrigado Guilherme, de equipe de vistoria do Corpo de Bombeiros na sede da Choperia Savassi Ltda, na condição de gerente;
- trocas de *e-mails* entre o Coobrigado Guilherme e prestadora de serviços, nos quais aquele se apresenta como dono da empresa; e
- a figuração do Coobrigado Guilherme como sócio-administrador da empresa Estação, que, como dito, foi criada com o fim claro de dar continuidade à Autuada.

Fato é que o Coobrigado Guilherme se apresenta sempre à frente da representação da empresa, o que leva à conclusão de que a replicação da denominação social das empresas a cada período objetiva a ocultação do sócio de fato e do interesse negocial da sociedade empresária de não responder pelas obrigações tributárias verificadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, diante da caracterização de sucessão empresarial, nos termos do art. 124, inciso I e do art. 133, incisos I e II do CTN, correta a inclusão das empresas Chef Eventos Ltda e Estação Eventos Ltda no polo passivo da obrigação tributária, bem como do Coobrigado Guilherme Rodrigues Amado Leite, nos termos do art. 135, inciso III do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, estes transcritos anteriormente.

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

(...)

Registra-se, conforme elementos demonstrados no Memorando, que o Coobrigado Guilherme foi incluído no polo passivo do lançamento tributário por seu protagonismo em relação aos fatos geradores analisados no Auto de Infração. Logo, novamente, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim o prejuízo causado à Fazenda Pública mineira quando da saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Assim, pelo conjunto de fatos e provas constantes nos autos, correta a eleição da Autuada e dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, dos quais corretamente exige-se o crédito tributário descrito no Auto de Infração.

Da Exclusão do Simples Nacional

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 e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18. Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c o 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 os §§ 1º e 2º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18.

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o "Termo de Exclusão do Simples Nacional", à pág. 148 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso, a Contribuinte foi intimada do Termo de Exclusão e do Auto de Infração, tendo lhe sido oportunizada a possibilidade de impugnar a sua exclusão do Simples Nacional, em respeito aos 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 ARRECAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

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

(...)

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

(...)

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001

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

Assim, conforme indicado no termo que marca o desenquadramento da Autuada, o período da exclusão inicia-se retroativamente em março de 2021.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Relatora) e Frederico Augusto Lins Peixoto, que o julgavam parcialmente procedente para excluir os Impugnantes do polo passivo da obrigação tributária. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Designado relator o Conselheiro Geraldo da Silva Datas (Revisor). Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Mellissa Freitas Ribeiro.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2025.

**Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator designado**

m/p

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 25.007/25/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003855115-56
Impugnação: 40.010158759-20 (Coob.), 40.010158760-04 (Coob.)
Impugnante: Estação Eventos Ltda (Coob.)
CNPJ: 53.518615/0001-70
Guilherme Rodrigues Amado Leite (Coob.)
CPF: 069.252.666-85
Autuado: Choperia Savassi Ltda
IE: 003901906.00-58
Coobrigados: Chef Eventos Ltda
IE: 004488871.00-15
Cid Marcel Siqueira Júnior
CPF: 106.811.896-22
Origem: DF/Montes Claros

Voto proferido pela Conselheira Gisлана da Silva Carlos, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata-se o presente processo de crédito tributário relativo à cobrança do ICMS no período compreendido entre fevereiro de 2021 a maio de 2023, acrescido de juros e multa, em razão de constatação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas pelo confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito, débito ou similar, com as informações declaradas pela empresa Choperia Savassi Ltda, CNPJ 39.861.161/0001-05, como faturamento.

Como bem destacado pela Impugnante, a empresa Estação Eventos foi fundada em 16/01/24, fato incontroverso demonstrado nos autos.

O fundamento que lastreia a autuação fiscal deriva da presunção de que teria havido uma sucessão empresarial da empresa Choperia Savassi Ltda pela empresa Estação Eventos Ltda, conforme relatório fiscal e Memorando (Anexo 22), com base no art. 133 do CTN, que preceitua:

CTN

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e

continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

(...)

A definição do vocábulo “estabelecimento” contida no art. 133 do CTN, observada a previsão do art. 110 do mesmo diploma legal, é extraída do art. 1.142 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Depreende-se, portanto, que a norma do art. 133 do CTN tem aplicação quando se adquire na sua essência um estabelecimento comercial para a continuidade das atividades empresariais exercidas pela sucedida, abrangendo não apenas como sua estrutura física, mas também o conjunto das atividades inerentes ao ponto comercial (fundo de comércio).

Isto posto, o fato de o comprador **continuar a exercer a mesma atividade econômica** do vendedor é o que caracteriza sucessão empresarial.

Além desta continuidade do ramo do negócio, é comum que os empregados da empresa anterior passem a ser empregados da empresa compradora.

No entanto, no caso em comento, tal situação não ocorreu, pois não houve qualquer aquisição de bens móveis e/ou imóveis da Choperia Savassi pela Estação Eventos Ltda, o que impede o entendimento de que houve aquisição de estabelecimento por parte da empresa Estação Eventos, sendo inúmeras as provas que demonstram isso no presente caso.

A primeira delas é que a Choperia Savassi permanece em funcionamento e exercendo suas atividades na rua Sergipe, nº 1.211. Além disso, a empresa Choperia Savassi não encerrou suas atividades.

Outra demonstração da não caracterização da sucessão é que no processo judicial cível (5118624-08.2023.8.13.0024), mencionado pelo Fisco em seu memorando (anexo 22), sendo esse o único em nome da Choperia Savassi, o juiz afastou qualquer ocorrência de sucessão empresarial da Choperia, como se depreende do Despacho de id 10345157227 proferido em 18/11/24.

Portanto, em que pese a Choperia Savassi e a Estação Eventos terem localização idêntica, os Impugnantes lograram demonstrar que possuem personalidades jurídicas distintas, inexistindo qualquer sucessão empresarial, até porque não houve

transferência de propriedade da Choperia para a Estação Eventos, inexistindo qualquer tipo de tradição, ou qualquer hipótese prevista no art. 133 do CTN, não sucedendo em nenhuma hipótese aos negócios da alienante a ensejar a sucessão prevista no citado art. 133.

Assim tem entendido também os tribunais superiores, como no exemplo a seguir:

Ementa: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. **RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO EMPRESARIAL**. ART. 133 DO CTN . NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. NOTIFICAÇÃO DO SÓCIO. ESFERA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA. INCLUSÃO NA CDA. IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO POSTERIOR DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DO VÍCIO CONGÊNITO. EXCLUSÃO DO PROCESSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A jurisprudência pátria é firme no sentido de que a **sucessão empresarial** para fins de **sucessão tributária** não se presume, devendo restar efetivamente comprovada nos autos, sob pena de permitir que o fisco redirecione a cobrança de forma irrestrita para terceiros. 2. Assim, a despeito da similitude do mesmo endereço e dos mesmos objetos sociais das empresas C.S. Franco Real Moda Praia-ME e C. F. B. Comércio de Roupas LTDA, não há como afirmar, com precisão, que houve a **sucessão empresarial**, já que a recorrente não comprovou que a última adquiriu todos os bens que eram de titularidade e comercializados pela devedora. 3. Ora, conforme a lei **tributária** prevê, a causa de responsabilização por **sucessão** é a aquisição do fundo de comércio, sendo certo que o simples fato de os bens imateriais eventualmente haverem sido objeto de aproveitamento pela empresa sucessora não servem, exclusivamente, para compor o conceito de fundo de comércio. 4. Não reconhecido, portanto, a **responsabilidade tributária** por **sucessão empresarial**, não há como acolher a tese de excesso de responsabilização, pelo simples fato de que o redirecionamento da execução ocorreu apenas em relação à apelante, então sócia da empresa executada. 5. A ausência de participação do sócio no processo administrativo fiscal que ensejou a emissão da Certidão de Dívida Ativa CDA importa na sua exclusão da lide, requisito imprescindível à exigibilidade da obrigação **tributária**. 6. A posterior demonstração de dissolução irregular da pessoa jurídica executada não prevalece frente ao vício congênito de inclusão do sócio a míngua do devido processo legal para apuração da **responsabilidade tributária**. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido.

A mera aquisição de um dos elementos que fazem parte do estabelecimento empresarial, não tem o condão de configurar a sucessão tributária, sendo necessário para tanto, que seja adquirido o conjunto de bens que compõe o fundo de comércio, porquanto a responsabilidade prevista no art. 133 do CTN pressupõe a aquisição da propriedade com todos os poderes inerentes ao domínio.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Deste modo, ausente o principal requisito para configurar a aplicação do art. 133 do CTN ao caso em tela – falta de transferência de propriedade de bens móveis e/ou imóveis – a autuação é nula de pleno direito em relação à empresa Estação Eventos Ltda., bem como ao seu sócio, Coobrigado.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2025.

**Gislana da Silva Carlos
Conselheira**

CCMIG