

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	22.073/16/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000381016-43	
Impugnação:	40.010139367-86	
Impugnante:	Alex Gonçalves Resende - ME	
	IE: 001632990.00-78	
Coobrigado:	Alex Gonçalves Resende	
	CPF: 051.441.336-06	
Proc. S. Passivo:	João Batista dos Santos	
Origem:	DFT/Paracatu	

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE – PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR – CAPITULAÇÃO ERRÔNEA. Constatado vício formal do lançamento, tendo em vista que a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal em relação a contribuinte optante pelo Simples Nacional, como Microempreendedor individual – MEI, por meio do roteiro fiscal utilizado, não encontra respaldo na legislação tributária, além da falta de citação dos dispositivos legais que embasam as penalidades exigidas e a responsabilidade solidária do Coobrigado, o que determina a nulidade do Auto de Infração. Por consequência, nula também é a exclusão da empresa autuada do Simples Nacional.

Declarado nulo o lançamento. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação refere-se à acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de maio de 2011 a dezembro de 2014, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada nas Declarações do Simples Nacional e os valores constantes em extratos fornecidos ao Fisco pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exigências de ICMS e de multas de revalidação e isolada.

Observe-se que foi capitulada no campo do Auto de Infração “Penalidade” (fls. 05) apenas a Multa prevista no art. 56, inciso I, § 4º, item I da Lei nº 6.763/75.

Cuida, também, o Auto de Infração – AI do desenquadramento da empresa autuada do Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - previsto na LC nº 123/06), conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 16.

Foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o titular da Autuada (empresa individual).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 20/25.

Alega, em síntese, que:

- exerce atividade de comércio varejista de bebidas e é optante pelo Simples Nacional;

- após receber Termo de Intimação Fiscal, compareceu com seu contador à Administração Fazendária e propôs-se a proceder a denúncia espontânea “*de um valor de aproximadamente R\$ 8.000,00*”. E que não tendo ofertado a referida denúncia espontânea, a Fiscalização emitiu o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF de fls. 08;

- na intimação constante do citado AIAF, a Fiscalização cometeu o primeiro “vício de formalidade” ao exigir documentos que o contribuinte não possui (DAPI/PGDAS) e não teve como atender à solicitação fiscal e que esses documentos são de acesso dos Fiscos;

- o lançamento está comprometido porque a Fiscalização na apuração efetuada considerou que o faturamento da empresa, no período objeto do lançamento, encontrava-se zerado, o que não corresponde à verdade. E que a Fiscalização, ao deixar de considerar os valores do faturamento informados à Receita Federal, anualmente, compromete o trabalho fiscal, acarretando, conseqüentemente, a anulação da peça fiscal;

- no caso em exame, não se pode falar em omissão de receitas, uma vez que as vendas foram efetuadas para consumidores finais. E, em tais situações, a empresa enquadrada como empreendedor individual (MEI) encontra-se dispensada da emissão de documento fiscal, conforme dispõe o art. 26, § 1º da LC nº 123/06;

- a apuração efetuada pela Fiscalização segue a regra de tributação de uma empresa “normal” (débito/crédito), o que a seu ver, fere disposições contidas na LC nº 123/06;

- como empreendedor individual, seu limite anual de faturamento é de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), não tendo a Fiscalização observado tal regramento;

- não foi considerado na apuração realizada pela Fiscalização que a maioria de suas operações é realizada com cervejas e demais bebidas, cujo recolhimento do ICMS dá-se por substituição tributária, não comportando nova exigência do referido tributo;

- é incorreta a adoção da alíquota do imposto no percentual de 18% (dezoito por cento) e deveria ser adotada a alíquota máxima de 12% (doze por cento), conforme análise dos CNAEs da empresa;

- a LC nº 123/06 (art. 25, § 4º) estabelece a forma dos contribuintes enquadrados no Simples Nacional declararem as suas operações, não podendo a Fiscalização buscar outras formas de apuração das operações ocorridas.

Questiona a forma de obtenção das informações dos dados das vendas realizadas pelos contribuintes junto às administradoras de cartão de crédito e débito (especialmente por ausência de maiores informações, tais como, a qual operadora os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valores se referem, quem é o cliente, entre outras) e que são apresentados apenas valores mensais, sem os relatórios oficiais supostamente fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito e, também, que deve-se aferir a legalidade da quebra de sigilo das informações obtidas das administradoras de cartão de crédito/débito.

Sustenta que a Fiscalização, ao efetuar a exclusão da empresa do Simples Nacional, baseou-se em fundamentação jurídica na qual o contribuinte não incorreu.

Argui que a peça fiscal apresenta valores confiscatórios, quando se compara os valores autuados com o valor que a empresa iria declarar espontaneamente.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento e a anulação dos efeitos do desenquadramento do Simples Nacional.

A Fiscalização, contrariamente aos argumentos da Defesa, manifesta-se às fls. 36/43, aos seguintes fundamentos:

- após o recebimento da Intimação de fls. 13, o contador da empresa autuada dirigiu-se à Repartição Fazendária, acompanhado do titular da empresa, com intuito de obter esclarecimento sobre a irregularidade constante deste feito fiscal. E foi orientado sobre a possibilidade da propositura do Termo de Autodenúncia, conforme previsto no art. 85, inciso I do RPTA. Contudo, ficou-se inerte;

- a Impugnante foi intimada por duas vezes e não atendeu à solicitação fiscal quanto aos fatos ora imputados;

- 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;

- as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 50, inciso III, e § 5º da Lei nº 6.763/75 c/c o disposto nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02;

- uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência à margem das regras constantes do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13, § 1º, inciso XIII da LC nº 123/06;

- a Impugnante não ofereceu quaisquer provas documentais necessárias quanto às supostas notas fiscais. Questiona a possível entrada das mercadorias sem a devida documentação fiscal e conseqüente recolhimentos do imposto.

Entende a Fiscalização que são legítimas as exigências fiscais uma vez que, em se tratando de presunção legal relativa, incumbia à Autuada produzir provas em sentido contrário, sob pena de, não o fazendo, prevalecerem os fatos, com as conseqüências a eles inerentes. No caso, a ocorrência de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, sobre as quais recaem as exigências fiscais sob análise.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que a Impugnante não fez prova dos fatos alegados e que, nesse caso, aplica-se a regra posta no art. 136 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Quanto à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, alega que o procedimento fiscal encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos do disposto na LC nº 123/06 e na Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11.

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

Ao final, requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação refere-se à acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de maio de 2011 a dezembro de 2014, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada nas Declarações do Simples Nacional e os valores constantes em extratos fornecidos ao Fisco pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exigências de ICMS e de multas de revalidação e isolada.

No campo do Auto de Infração “Penalidade” está capitulada apenas a Multa prevista no art. 56, inciso I, § 4º, item I da Lei nº 6.763/75.

Cuida, também, o Auto de Infração – AI, do desenquadramento da Autuada do Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - previsto na LC nº 123/06), conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 16.

Foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o titular da Autuada (empresa individual).

A empresa autuada é cadastrada neste Estado sob o CNAE-F 4723/7/00 - comércio varejista de bebidas e encontra-se inscrita somente a partir de 22/07/10 nos Cadastros de Contribuintes da Receita Federal do Brasil e deste Estado.

Registra-se que o período autuado corresponde a maio de 2011 a dezembro de 2014 e que, nesse período, a Contribuinte era optante pelo Simples Nacional e cadastrada como MEI (Microempreendedor individual):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SIMPLES NACIONAL

Fale com o Simples

Busca

Simplex Serviços

Simeis Serviços

Início Voltar

Situação no Simples Nacional : **Optante pelo Simples Nacional desde 22/07/2010**

Situação no SIMEI: **NÃO optante pelo SIMEI**

■ **Períodos Anteriores**

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Períodos de Opções Anteriores no SIMEI

Data Inicial	Data Final	Detalhamento
22/07/2010	31/12/2014	Desenquadrada por Opção do Contribuinte

■ **Agendamentos (Simples Nacional)**

Agendamentos no Simples Nacional: **Não Existem**

■ **Eventos Futuros (Simples Nacional)**

Eventos Futuros no Simples Nacional: **Não Existem**

■ **Eventos Futuros (SIMEI)**

Eventos Futuros no SIMEI: **Não Existem**

Clique aqui para informações sobre como optar pelo SIMEI.

Voltar

E nessa condição de MEI, encontrava-se a empresa autuada desobrigada à emissão de documento fiscal, salvo nos casos listados em Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN, conforme se depreende do disposto no § 1º do art. 26 da LC nº 123/06. Examine-se:

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;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

§ 1º O MEI fará a comprovação da receita bruta mediante apresentação do registro de vendas ou de prestação de serviços na forma estabelecida pelo CGSN, ficando dispensado da emissão do documento fiscal previsto no inciso I do caput, ressalvadas as hipóteses de emissão obrigatória previstas pelo referido Comitê.

(Grifos acrescentados).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, por sua vez, dispõe:

CAPÍTULO III

DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Seção I

Da Dispensa de Obrigações Acessórias

Art. 97. O MEI: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, §§ 1º e 6º, inciso II)

I - fará a comprovação da receita bruta mediante apresentação do Relatório Mensal de Receitas Brutas de que trata o Anexo XII, que deverá ser preenchido até o dia 20 (vinte) do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta;

II - em relação ao documento fiscal previsto no art. 57, ficará:

a) dispensado da emissão:

1. nas operações com venda de mercadorias ou prestações de serviços para consumidor final pessoa física;

2. nas operações com mercadorias para destinatário inscrito no CNPJ, quando o destinatário emitir nota fiscal de entrada;

b) obrigado à sua emissão:

1. nas prestações de serviços para tomador inscrito no CNPJ;

2. nas operações com mercadorias para destinatário inscrito no CNPJ, quando o destinatário não emitir nota fiscal de entrada.

§ 1º O MEI fica dispensado da escrituração dos livros fiscais e contábeis, da Declaração Eletrônica de Serviços e da emissão da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), ressalvada a possibilidade de emissão facultativa disponibilizada pelo ente federado. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 26, § 2º)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos do caput:

I - deverão ser anexados ao Relatório Mensal de Receitas Brutas os documentos fiscais comprobatórios das entradas de mercadorias e serviços tomados referentes ao período, bem como os documentos fiscais relativos às operações ou prestações realizadas eventualmente emitidos; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, § 6º, inciso

II - o documento fiscal de que trata o inciso II do caput atenderá aos requisitos: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 26, §§ 1º e 8º)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) do documento fiscal avulso, quando previsto na legislação do ente federado;

b) da autorização para impressão de documentos fiscais do ente federado da circunscrição do contribuinte.

c) do documento fiscal emitido diretamente por sistema nacional informatizado, com autorização eletrônica, sem custos para o MEI, quando houver sua disponibilização no Portal do Simples Nacional.

(Grifos acrescentados).

Assim, não estando a empresa autuada, comércio varejista de bebidas, obrigada à emissão de documentos fiscais nas vendas que realizar no período de enquadramento como MEI, observadas as ressalvas constantes da Resolução mencionada, não há como sustentar o lançamento em exame cuja acusação fiscal é de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, as quais foram apuradas por meio do roteiro fiscal de cruzamento de vendas com cartão de crédito/débito e vendas declaradas.

Ademais, não houve capitulação da sujeição passiva do titular da empresa, embora se trate de empresa individual, e nem das penalidades efetivamente exigidas no Demonstrativo do Crédito Tributário – DCT. Depreende-se que somente houve menção da capitulação das multas na manifestação fiscal e que não foi concedida vista aos Autuados da inserção da capitulação legal das penalidades.

Destaca-se que a penalidade capitulada no AI (multa de mora prevista no art. 56, inciso I, § 4º, item I da Lei nº 6.763/75) não se refere a multa de revalidação exigida em razão da ação fiscal.

Também não consta dos autos as declarações do Simples Nacional, sendo que a Fiscalização considerou faturamento zerado em todo o período autuado, conforme demonstrativos de apuração das saídas desacobertas (fls. 14/15).

Verifica-se, ainda, que não consta dos autos o arquivo contendo as informações dos cartões de crédito, mas apenas o demonstrativo do cruzamento de dados, o que é objeto de questionamento pela Defesa.

Por fim, não consta dos autos o demonstrativo da apuração do imposto e das multas, tendo sido lançados diretamente no DCT.

Dessa forma, infere-se do exame dos autos, que o lançamento contém vício formal, pois a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em relação a contribuinte optante pelo Simples Nacional como Microempreendedor individual – MEI, conforme roteiro fiscal adotado, não encontra respaldo na legislação tributária. E, ainda, não são citados no Auto de Infração – AI os dispositivos que embasam a responsabilidade tributária do Coobrigado e as penalidades exigidas, dentre outras falhas detectadas, como mencionado, elementos esses determinantes da nulidade do Auto de Infração.

Verifica-se, portanto, que não foram atendidos os requisitos de validade do ato administrativo levado a efeito pela Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A formalização do lançamento encontra-se estabelecida no estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo RPTA, em seus arts. 85 e 89.

Verifica-se que o art. 89, retrocitado, trata dos elementos imprescindíveis à constituição do Auto de Infração. Confira-se:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso;

Da análise dos autos e das normas retrotranscritas, infere-se que o lançamento não atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária para a sua validade.

Não se trata de mero equívoco perfeitamente sanável, pois o RPTA estabelece que apenas serão considerados sanáveis aqueles erros que não resultem prejuízo de entendimento, sendo que as falhas apontadas não se inserem nessa categoria. Examine-se:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Parágrafo único. Verificada a insubsistência ou vício não sanável do Auto de Infração ou Notificação de Lançamento, antes da intimação do sujeito passivo, a autoridade incumbida do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

controle de qualidade determinará a reformulação parcial ou total do crédito tributário.

Nesse contexto, necessário destacar que todo ato administrativo, para ser válido, deve apoiar-se em uma dupla demonstração:

- a) da existência de lei autorizadora da sua emanção (o motivo legal) e,
- b) da verificação concreta da situação fática para a qual a lei previu o cabimento daquele ato (o motivo de fato).

Como consequência da falta de motivação e do cerceamento do direito de defesa dos Autuados, o lançamento é nulo, exatamente nos termos determinados pelo art. 92 retrotranscrito, pois não há no Auto de Infração em exame elementos suficientes para determinar com segurança e clareza o fundamento para a exigência fiscal no período de enquadramento da empresa autuada como MEI e para a atribuição de responsabilidade tributária ao Coobrigado, tampouco quanto às penalidades cominadas.

Como visto, por qualquer prisma que se analise a questão posta nos autos, não é possível se admitir como válido o presente lançamento.

Por consequência, nula, também, é a exclusão da empresa autuada do Simples Nacional, pois decorrente da acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal.

Ressalta-se que a nulidade do lançamento não traz *prima facie* prejuízos à Fazenda Estadual, pois a Fiscalização pode sanar os vícios, renovar a ação fiscal e constituir o crédito tributário mediante novo lançamento, observado os limites impostos pela norma ínsita no art. 173, inciso II do CTN, que trata da decadência.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em declarar nulo o lançamento. E, por consequência, considerar também nulo o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor), Maria Gabriela Tomich Barbosa e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 09 de março de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora**

P

22.073/16/1ª