

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.103/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001698373-50
Impugnação: 40.010150898-60, 40.010150899-41 (Coob.)
Impugnante: Marco Aurélio Rosa Ferreira
IE: 384080057.00-97
Marco Aurélio Rosa Ferreira (Coob.)
CPF: 710.439.696-91
Coobrigado: Valma Lúcia dos Santos de Castro
CPF: 913.452.276-04
Proc. S. Passivo: JULIANA JUNQUEIRA COELHO/Outro(s), JULIANA
JUNQUEIRA COELHO
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões da Coobrigada concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV,

alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94/11, art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

Lançamento parcialmente procedente. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões por voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/10/17 A 31/12/19.

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

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (págs. 173), 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 e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Registra-se ademais, que nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil e art. 789 do Código de Processo Civil, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigados, Marco Aurélio Rosa Ferreira (titular da empresa individual) e Valma Lúcia dos Santos de Castro (a máquina de cartão estava em seu nome).

Inconformados, Autuada e Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às págs. 201/215 e 344/358, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 246/272.

A Assessoria do CCMG determina a realização da diligência de págs. 274/275.

A Fiscalização reformula o lançamento às págs. 279/281.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às págs. 290/306.

Por fim, a Fiscalização manifesta-se às págs. 310/343.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante argui a nulidade do lançamento pelas seguintes razões:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) Ausência de fundamentação e demonstração de vínculo entre a máquina de cartão apreendida em remessa, o estabelecimento e a Impugnante, considerando que:

- No relatório, o Auto de Infração (AI) não cita o fundamento da autuação, pois não há nele nenhuma fundamentação ou prova de que Marco Aurélio era o remetente da máquina. Logo, o lançamento não indica prova ou motivação que permita identificar o Impugnante como o Sujeito Passivo indicado no AAD e remetente da máquina;

- Transcreve cópia na Impugnação do Auto de Apreensão e Depósito (AAD), em que consta como remetente e Sujeito Passivo Marco Aurélio Rosa Ferreira, e alega que “*não há sequer um vínculo físico entre essa máquina e o estabelecimento identificado no lançamento (inscrição estadual nº 384080057.00-97)*”.

- No lançamento não há explicação do porquê foi presumida a ocorrência do fato gerador do ICMS, desrespeitando o art. 2º, inciso I e art. 12, inciso I da LC nº 87/96.

2) No AI não há fundamentação entre o vínculo da máquina de cartão apreendida em remessa e a base de cálculo apurada no lançamento (cita decisões do Conselho de Contribuintes que entende fundamentar a nulidade).

No AI em análise, afirma que não há fundamentação a demonstrar que os valores de operações de cartão de débito e crédito realizados em nome de Valma Lúcia dos Santos se referem, especificamente, a operações realizadas em estabelecimento, isto é, circunstâncias necessárias que configurem o fato gerador do ICMS.

3) Ausência de fundamentação acerca da vinculação entre a contratante dos serviços de cartão de crédito e débito e a Impugnante.

O AI não esclarece em momento algum qual seria a relação entre as operações de cartão realizadas por Valma Lúcia dos Santos, a Impugnante e o estabelecimento em que teriam ocorrido as supostas operações sem emissão de documentos fiscais.

Não há no AI nexos entre o estabelecimento onde foram supostamente realizadas as operações de saída sem documentação fiscal e os valores de operações de cartão de débito e crédito realizadas por Valma Lúcia dos Santos.

4) Ausência de fundamentação na identificação do Sujeito Passivo

A identificação do Sujeito Passivo é elemento da substância do ato de lançamento, assim definido no art. 142 do CTN, mas o AI não é claro e preciso nessa indicação.

Contudo, sem razão a Defesa.

Ao analisar detalhadamente o Auto de Infração, verifica-se que não existem as nulidades arguidas pela Impugnante, pelas seguintes razões:

1. No AI foram preenchidos todos os requisitos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), que prevê:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

(Grifou-se)

1º requisito do artigo 142 - verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente:

O Fisco mineiro não só verificou a ocorrência do fato gerador do ICMS, como lavrou o Auto de Infração nº 01.001698373-50, no qual descreve o motivo que ensejou a lavratura, da seguinte forma:

“Constatou-se que o contribuinte, no período de 01/10/2017 A 31/01/2020, promoveu a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apuradas mediante confronto dos valores referentes às operações de cartão de crédito e débito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões de crédito/débito, com os valores declarados pelo contribuinte como faturamento, conforme DASN - SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do Microempreendedor Individual) e/ou PGDASD (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório) e/ou DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS).” (Grifou-se)

Como se vê acima, a motivação da lavratura do AI foi a constatação de que a Impugnante promoveu saída de mercadoria desacobertadas de notas fiscais, isto é, não cumpriu a sua obrigação de emitir documentos fiscais nas operações de venda de seus produtos.

A forma, a prova de como ocorreram as saídas de mercadoria desacobertadas de notas fiscais foi mediante o confronto dos valores referentes às operações de cartão de crédito e débito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões de crédito/débito. Dessa maneira, ficou justificada a ação do Fisco de exigir o ICMS.

Mas o Fisco foi além para cumprir o art. 142 do CTN e permitir a defesa da Impugnante, porque citou o flagrante de irregularidade encontrado no estabelecimento autuado, o que aconteceu mediante a lavratura do Auto de Apreensão e Depósito (AAD), conforme consta no relatório do AI:

“No dia 03/03/2020 foi lavrado o AUTO DE APREENSÃO E DEPÓSITO AAD - nº 007178 em nome do Sujeito Passivo MARCO AURELIO ROSA FERREIRA, Inscrição Estadual nº 384080057.00-97, no qual foi apreendido uma máquina Moderninha PRO Modelo 5920; S/N 6G232545; CADASTRO VALMA LÚCIA DOS SANTOS; CPF: (...); LACRE ECF/SEF 0146130. No dia 12/08/2020 foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal AIAF- Nº.10.000035269-81.” (Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No relatório acima, ficou claro que a máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545, estava em uso no estabelecimento da Impugnante, conforme o Auto de Apreensão e Depósito nº 007178. Nessa situação, a Autuada teve oportunidade de se defender, como fez, e alegar a suposta nulidade.

Conclui-se que não assiste razão à Impugnante ao alegar nulidade, porque o Fisco, ao demonstrar a existência e apreender a máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545, em nome de Valma Lúcia dos Santos de Castro, estabeleceu as seguintes relações com a Impugnante e, ao mesmo tempo provou o seguinte:

a) A máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545, foi flagrada no estabelecimento autuado. Assim, está provado o vínculo entre a máquina de cartão apreendida em remessa, o estabelecimento e a Impugnante. Tal conclusão decorre da afirmativa do Fisco à pág. 267 dos autos e é provada pela emissão do AAD nº 007178.

A máquina de cartão de crédito e débito encontrada em estabelecimento da Impugnante, caso fosse estranha ou não permitida no local, levantaria, no mínimo, suspeitas do proprietário da empresa. Ele deveria, em tese, acionar as autoridades policiais, judiciais ou investigativas para apurar o motivo de tal equipamento ser encontrado no seu estabelecimento.

Outra opção do titular do estabelecimento seria, então, explicar, justificar como o equipamento não só estava no local encontrado pelo Fisco, como estava ativo. Foi o que declarou ao Fisco a operadora do cartão de crédito, que informou que os valores registrados no equipamento se referiam a transações comerciais, por débito ou crédito, como informado no Anexo 6 dos autos (págs. 151/159).

Com efeito, ao realizar a diligência exarada pelo Conselho de Contribuintes, o Fisco informa, à pág. 279 do PTA nº 01.001698373-50, que expediu o Termo de Intimação, Ofício nº 009/2021, à empresa Pagseguro, que remeteu mídia digital ao Fisco contendo os valores apurados para a máquina apreendida, e os seguintes documentos: Pagseguro Procuração; Petição assinada Termo de Intimação nº 009/2021.

Ato contínuo, o Fisco reformulou o crédito tributário, conforme págs. 279/281 e efetuou a exclusão do crédito tributário referente aos exercícios de 2017 e 2018. Todavia, manteve as exigências fiscais relativas à máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545, em face da declaração da Pagseguro Internet Ltda, pois as provas das operações foram confirmadas pela empresa administradora de cartões de crédito.

De acordo com o Fisco, à pág. 268, os valores não tributados em nome da Coobrigada Valma Lúcia dos Santos de Castro importaram em R\$ 412.010,12. Isto quer dizer que a Impugnante mantinha no seu estabelecimento a máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545 em operação, efetuando operações vultosas e, mesmo assim, o titular do estabelecimento não sabe por qual razão o equipamento, que não seria do seu conhecimento, permanecia ali.

O flagrante da máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545 em operação e a declaração da operadora do cartão, Pagseguro Internet Ltda, permitem concluir que era para efetuar vendas, as quais não foram acobertadas por emissão de notas fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por consequência, diferentemente do que alega a Impugnante, estão provados os seguintes vínculos:

- O vínculo entre a máquina de cartão apreendida em remessa, o estabelecimento e a Impugnante;
- o vínculo da máquina de cartão apreendida em remessa e a base de cálculo apurada no lançamento, considerando que a operadora de cartão de crédito declarou que houve movimentação de valores no total de R\$ 412.010,12;
- vínculo entre a contratante dos serviços de cartão de crédito e débito e a Impugnante, porquanto a máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545 estava em operação no estabelecimento da Impugnante;

Apesar de a Impugnante insistir que a máquina estava em remessa, o flagrante da apreensão demonstra que estava o equipamento em operação. O uso de um simples formulário padrão, copiado pela Impugnante à pág. 206, no qual consta no campo “7 SITUACÃO NA AÇÃO FISCAL REMETENTE” não configura nulidade, pelos seguintes motivos:

a) O formulário é pré-impresso para situações de flagrante fiscal, cujo uso é autorizado pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, conforme arts. 69, inciso II e 71:

RPTA

SEÇÃO II

Dos Procedimentos Preparatórios Para O Lançamento

SUBSEÇÃO I

Do Início da Ação Fiscal

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

(Grifou-se)

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

§ 1º O Auto conterà a descrição do objeto da apreensão e do depósito e, tratando-se de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação. (Grifou-se)

§ 2º O Auto de Apreensão e Depósito terá validade de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos pela autoridade fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º Expirado o prazo a que se refere o § 2º, a apreensão e o depósito permanecerão válidos até a devolução, devidamente documentada, do objeto apreendido ao seu titular.

Como se vê na pág. 8 do e-PTA em análise, no Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), campo 03, a Impugnante foi cientificada da aplicação do arts. 69 e 70 do RPTA.

Portanto, já estava ciente de que havia iniciado ação fiscalizatória em seu estabelecimento. E dessa ação decorreu o flagrante de apreensão da máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545, que estava em situação irregular.

Em cumprimento das normas acima, o Fisco lavrou o Auto de Apreensão e Depósito (AAD), sobre o qual a Impugnante pôde se defender, porque compreendeu plenamente a ação do Fisco.

A Impugnante tenta anular, desqualificar um campo do formulário para usar a forma, em detrimento da essência da ação fiscalizatória.

Infrutífera a tentativa, posto que não há nulidade no fato de que um formulário padrão tenha como campo “em remessa”, porque a Impugnante compreendeu perfeitamente que o equipamento apreendido não estava em remessa e sim, em uso no seu estabelecimento.

A prova de que a máquina Moderninha PRO Modelo 5920, S/N 6G232545, estava em situação irregular, mas em uso, é a declaração da operadora do cartão, Pagseguro Internet Ltda, apresentada ao Fisco.

Nesse caso, não há nulidade, eis que os fatos demonstram claramente a tentativa de burlar o Fisco para não recolher ICMS.

Em tese, seria o caso de encaminhar os documentos ao Ministério Público de Minas Gerais, nos termos do art. 200 da Lei nº 6.763/75, para a apuração dos fatos, em face da negativa do titular do estabelecimento em informar como a máquina estava em operação sem que ele tivesse conhecimento.

2º requisito do art. 142 - determinar a matéria tributável:

A matéria tributável foi determinada: exigência de ICMS, conforme consta, claramente, no Relatório Fiscal do Auto de Infração, à pág. 01 dos autos.

3º requisito do art. 142 - calcular o montante do tributo devido:

O montante do tributo devido foi informado no Auto de Infração, no Relatório Fiscal do Auto de Infração, à pág. 01 dos autos:

“Exigência de ICMS não-recolhido e/ou recolhido a menor no valor de R\$ 893.733,15 (oitocentos e noventa e três mil, setecentos trinta e três reais e quinze centavos)”. Posteriormente, com a reformulação do crédito tributário, o valor foi reduzido, conforme consta às págs. 279/281.

4º requisito do art. 142 - identificar o sujeito passivo:

O Sujeito Passivo foi identificado: Marco Aurélio Rosa Ferreira. Para identificar e provar que o Sujeito Passivo foi eleito corretamente, o Fisco reproduziu à 24.103/22/3ª

pág. 21, o Cadastro Nacional da Pessoa Física, constante do site da Receita Federal do Brasil, e reproduziu, à pág. 22, o Comprovante de Inscrição Estadual de Minas Gerais, em que constam os dados do Sujeito Passivo.

Sobre os Coobrigados relacionados no Auto de Infração, à pág. 01 do PTA em análise, o Fisco apresentou a fundamentação legal à pág. 12, no subitem “6.1.2.1. Informações Preliminares” e relacionou no item “5. Coobrigado:” a legislação que rege a matéria, conforme abaixo:

“O(s) coobrigado(s) acima identificado(s) foi/foram inserido(s) no polo passivo da autuação, nos termos do artigo 21, inciso XII, e parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 6.763, de 26/12/1975, artigos 966 e 967 do Código Civil - Lei Federal nº 10.406, de 10/01/2002 e artigo 789 do Código de Processo Civil - Lei Federal nº 13.105, de 16/03/2015;”

Nas págs. 265/266, o Fisco transcreveu, integralmente, as normas acima, de maneira a não deixar dúvidas de que agiu corretamente, dentro dos estritos limites da legislação.

São improcedentes, portanto, os argumentos da Impugnante sobre a alegada nulidade e inclusão dos Sujeitos Passivos, porque o Fisco justificou a inclusão, citou a legislação corretamente e deu oportunidade de defesa aos Autuados. Assim, não foi comprovada a nulidade.

5º requisito do art. 142 - sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível:

As infringências e penalidades constam às págs. 02/03 dos autos, foram citadas em item específico como o título “*BASE LEGAL / INFRINGÊNCIA*” (pág. 02) e “*PENALIDADE*” (pág. 03).

Como se depreende da análise do art. 142 do CTN acima, diferentemente do que alega a Impugnante, não houve “*ausência de fundamentação na identificação do sujeito passivo*”. Ao contrário, o Fisco tomou todas as medidas administrativas e legais ao seu alcance para fundamentar e identificar o Sujeito Passivo e responsáveis tributários (Coobrigados) com o ilícito tributário objeto das exigências fiscais. Assim, infundada tal alegação da Autuada.

Em decorrência da estrita observância do art. 142 do CTN, como exposto acima, o Fisco também respeitou e preencheu todos os requisitos exigidos nos arts. 89 a 94 do RPTA.

Dessa forma, não está presente ou configurada nulidade no Auto de Infração.

Rejeitam-se, por conseguinte, todas as preliminares de nulidade arguidas pela Impugnante.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/10/17 a 31/12/1.

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

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Consta no relatório do Auto de Infração, à pág. 01, que o Fisco realizou diligência no estabelecimento comercial da Autuada em 03/03/2020 e, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000035269.81, anexado à pág. 08, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/10/2017 a 31/01/2020.

No campo do 04 do AIAF, denominado “*INFORMAÇÕES, DOCUMENTOS REQUISITADOS E PRAZO PARA SUA APRESENTAÇÃO*”, consta o seguinte registro:

“Os documentos necessários para o desenvolvimento do trabalho serão extraídos dos sistemas informatizados da SEF e da RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Informamos que o presente Auto de Início de Ação Fiscal -AIAF- foi emitido para dar continuidade a ação fiscal iniciada com a emissão em 03/03/2020 do Auto de Apreensão e Depósito - AAD - Serie 001; nº 007178, quando foi apreendida uma máquina Moderninha PRO 5920; S/N:6G232545; CADASTRO VALMA LÚCIA DOS SANTOS; CPF: (...); LACRE ECF/SEF 0146130, recebido pela Sra. Valdireni (...).”

Verifica-se, acima, que o Fisco agiu com zelo, de forma a realizar a ação fiscalizatória na forma prescrita na legislação tributária mineira, garantindo à Impugnante segurança jurídica quanto ao ato realizado de apreensão da máquina Moderninha PRO 5920; S/N:6G232545. Ao mesmo tempo, já naquele momento, ficou assegurada à Impugnante o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A Impugnante foi intimada a apresentar, além de outros documentos, o detalhamento das vendas explicitando, inclusive, a forma de pagamento, se em dinheiro, cheque, cartão de débito e/ou de crédito, referentes ao período de 01/10/17 a 31/01/20.

Em atendimento ao solicitado, a Contribuinte apresentou a planilha denominada “Detalhamento Mensal de Vendas”, informada à pág. 18, item 9, subitens 9.6 e 9.7 e parte integrante do Anexo 9, acostado aos autos às págs. 169/171.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, o Fisco apurou vendas desacobertadas de documentos fiscais no período autuado.

Em síntese, a Impugnante alega, em sua defesa, que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal com base em dados extrafiscais, obtidos junto à administradora de cartão de crédito e/ou débito, que a seu ver não passam de meros indícios, é insubsistente, sendo imprescindível a existência de outras provas.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme se verá.

O procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Impugnante para a apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

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

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

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

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

(...)

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

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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, “Detalhamento Mensal de Vendas” e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito, Pague Seguro Internet Ltda., são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

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

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

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

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

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

imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar."

Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme leiaute previsto em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

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

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

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito, conforme informação da Pagseguro Internet Ltda., com vendas informadas pela Contribuinte, como consta no Anexo 9, por meio do "Detalhamento Mensal de Vendas", estando o cálculo demonstrado na planilha de págs. 169/171.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante quando alega que o procedimento se baseou em provas insuficientes, pois as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações solicitadas pelo Fisco.

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 do Processo nº 1.0434.13.001963-2/002 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, julgado em 08/09/15 e publicado em 18/09/15, com a decisão de que não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegitimidade da quebra de sigilo nos casos em que o procedimento adotado pela Fiscalização estiver em harmonia com as normas

constitucionais e com a legislação de regência, conforme previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01:

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

(GRIFOU-SE)

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:

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:

(...)

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, § 1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: 10000160548889001 MG, Relatora Desa. Heloisa Combat, Data de Julgamento:10/11/16, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/16), (TJ-MG - Apelação Cível: 10024134145317001 MG, Relator Des. Claret de Moraes - JD Convocado, Data de Julgamento: 12/04/16, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/04/16) e (TJ-MG - Apelação Cível: 10024122591779003 MG, Relatora Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 28/04/16, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/05/16).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Por fim, quanto à inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, a capitulação legal encontra-se devidamente registrada no Auto de Infração. Veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LEI n° 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.

(...)

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar n° 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN n° 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN n° 140, de 22/05/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n° 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;

(...)

§ 1° - 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.

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

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

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, entre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

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

Lei Complementar nº 123/06

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

Resolução CGSN nº 94/11

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

I - da RFB;

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

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

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

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

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

I - da RFB;

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

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

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

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

(...)

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

No caso, a Impugnante foi intimada do “Termo de Exclusão” e do Auto de Infração, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

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

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

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

(...)

MÉRITO

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

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

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

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

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

(...)

(GRIFOU-SE).

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Vencidos os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich (Revisor) e Thiago Álvares Feital, que o consideravam nulo. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 279/281. Vencidos os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich (Revisor) e Thiago Álvares Feital, que o julgavam improcedente. Em seguida, ainda pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Vencidos os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich (Revisor) e Thiago Álvares Feital, que a julgavam procedente. Pelo Impugnante Marco Aurélio Rosa Ferreira, sustentou oralmente o Dr. Frederico Menezes Breyner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig Peres. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Fernanda Paixão Sales Bianco.

Sala das Sessões, 05 de abril de 2022.

**Danilo Vilela Prado
Presidente / Relator**

F/M/P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.103/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001698373-50
Impugnação: 40.010150898-60, 40.010150899-41 (Coob.)
Impugnante: Marco Aurélio Rosa Ferreira
IE: 384080057.00-97
Marco Aurélio Rosa Ferreira (Coob.)
CPF: 710.439.696-91
Coobrigado: Valma Lúcia dos Santos de Castro
CPF: 913.452.276-04
Proc. S. Passivo: JULIANA JUNQUEIRA COELHO/Outro(s), JULIANA JUNQUEIRA COELHO
Origem: DF/Muriaé

Voto proferido pelo Conselheiro Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich, 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.

A autuação versa, conforme descrito no relatório, sobre supostas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/10/17 a 31/12/19.

O Relatório Fiscal informa ainda que, no dia 03/03/20, foi lavrado Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 007178 para apreensão de uma máquina de cartão de crédito, da marca “Moderninha PRO”, contratada em nome de terceiro “Valma Lúcia dos Santos”.

Ato contínuo, em 12/08/20, foi lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000035269.81, para dar continuidade ao procedimento iniciado com a constituição do AAD.

Neste ponto, importante esclarecer que o confronto de dados realizado pela Fiscalização se deu entre as vendas declaradas pela empresa Impugnante em contraposição com valores apurados a partir de extratos de cartão de débito e crédito, contratado em nome da sra. “Valma Lúcia dos Santos”, que não é sócia e, *a priori*, não possui qualquer conexão empresarial aparente com a empresa Autuada.

Não obstante a Fiscalização ter informado que a autuação se originou de processo de fiscalização para apuração de operações fraudulentas, mediante utilização

de máquinas de cartão de crédito em nome de terceiro em estabelecimento diverso, os procedimentos administrativos para a instrumentalização da autuação, sob uma ótica probatória, não foram conclusivos e “formalmente” observados.

Nos termos dos arts. 142 e 150 do CTN, o ônus da prova para a demonstração do ilícito tributário cabe à Fiscalização, a qual detém ferramentas e mecanismos suficientes para relatar, descrever e comprovar equívocos perpetrados pelos contribuintes:

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

(...)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Ademais, nos termos do art. 89 do RPTA, o Auto de Infração deverá conter, no mínimo, “a descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado” e a “citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade”.

Nesse contexto, em sendo o ato do lançamento uma atividade administrativa plenamente vinculada, nos termos do parágrafo único do art. 142 do CTN, a substância do crédito tributário deve encontrar fundamento na lei, sendo ônus da Fiscalização demonstrar de forma suficiente a manifestação da hipótese de incidência descrita na norma tributária no plano fático, consoante o que dispõe o art. 114 do CTN.

Denote-se que, não constam dos autos prova documental ou reduzida a “termo” de que o Sujeito Passivo tenha remetido a máquina de cartão, tampouco, há informação quanto ao meio pelo qual se deu a remessa. A rigor, não há juntada de nenhuma correspondência que evidencie que o Sr. Marco Aurélio figurasse como remetente, tampouco a exposição de como e em quais circunstâncias teria se dado a apreensão da referida remessa.

Denote-se ainda, que não há fundamentação, e nem prova nos autos, do vínculo entre a máquina apreendida em remessa e o estabelecimento do Impugnante onde supostamente teriam ocorrido as saídas de mercadorias desacobertadas. Tampouco há prova entre o vínculo entre a empresa Autuada e a contratante da máquina de cartão de crédito apreendida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste contexto, é essencial reafirmar que, no âmbito da administração pública é a formalidade que garante a segurança jurídica, o rigor da lei e a isonomia das partes.

Assim, para que o lançamento tributário seja válido, é necessário que todos os elementos essenciais para a constituição do crédito tributário sejam verificados.

No caso em tela, os vícios na formação do lançamento são de tal gravidade que inviabilizam a análise de mérito envolva à questão de fundo, justamente, porque não permitem aferir segurança e clareza aqueles que seriam os elementos básicos para identificação da autuação.

Ante o exposto, a nulidade do Auto de Infração há de ser reconhecida, uma vez que não há clareza quanto aos procedimentos empregados para a identificação do sujeito passivo da autuação fiscal, sobretudo, diante da ausência de provas quanto ao vínculo entre a titular da máquina de cartão de crédito e a empresa Autuada.

Ante ao exposto, voto pela improcedência do lançamento tributário e pela procedência da impugnação à exclusão do regime do Simples Nacional, haja vista as nulidades aventadas.

Sala das Sessões, 05 de abril de 2022.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Conselheiro