

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	24.716/23/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.002814018-35	
Impugnação:	40.010156186-09	
Impugnante:	MP Martins Representações Ltda	
	IE: 002852939.00-67	
Coobrigado:	Emerson Ricardo Martins	
	CPF: 599.204.326-87	
Origem:	DF/Belo Horizonte - 5	

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 CTN e 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 desacobertas 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 (PGDAS-D), conforme o período, e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Corretas as 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.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ocorridas no período de novembro de 2018 a agosto de 2021, apuradas mediante confronto entre as operações informadas pelas operadoras de cartões de crédito/débito e os valores declarados pelo Contribuinte como faturamento, conforme PGDASD - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (de 11/18 a 12/19) e DAPIs (de 01/20 a 08/21).

Na apuração das receitas omitidas, foram excluídos os valores relativos à Denúncia Espontânea do contribuinte (PTA nº 05.000326400-49) relativa a saídas desacobertas de documentação fiscal, inerentes no período de abril de 2019 a setembro de 2020.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada prevista nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, respectivamente, esta última já adequada ao limite estabelecido no § 2º, inciso I do mesmo dispositivo legal.

Foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o sócio-administrador do estabelecimento autuado à época dos fatos geradores, Sr. Emerson Ricardo Martins, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II e art. 207, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.763/75.

Compõem o Auto de Infração os seguintes anexos:

- Anexo 1: Demonstrativo do Crédito Tributário
- Anexo 2: planilhas comparativas entre os valores declarados pelas administradoras de cartões de créditos e débito e os valores declarados pelo contribuinte no PGDAS do Simples Nacional e nas DAPIs da SEF/MG;
- Anexo 3: demonstrativo dos valores declarados pelas Administradoras de Cartão de Crédito e Débito;
- Anexo 4: extratos do PGDAS do Simples Nacional (novembro de 2018 a dezembro de 2019);
- Anexo 5: extratos das DAPIs da SEF/MG (janeiro de 2020 a agosto de 2021);
- Anexo 6: Contrato Social (contendo cópia do Contrato de Constituição da Empresa de 14/10/16)
- Anexo 7: Contrato Social (contendo cópias da 1º Alteração Contratual de 16/10/18).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às págs. 171/176, cujos argumentos são refutados pelo Fisco às págs. 212/220.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 221/236, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade do Auto de Infração e, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Lançamento

A Impugnante afirma que, para que a empresa de cartão de crédito forneça as informações é necessária prévia instauração de processo administrativo, nos termos do Decreto nº 54.240/09, que regulamenta a aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Destaca, porém, que no caso em tela não foi instaurado processo administrativo, nem havia procedimento de fiscalização em curso para que o Fisco tivesse acesso a informações financeiras, originadas de operações de cartão de crédito, oportunidade em que transcreve decisões judiciais sobre o tema.

Reafirma que a apuração realizada se lastreou em sua “suposta movimentação bancário-creditícia”, ressaltando, no entanto, que as informações estão protegidas por sigilo e são nulas de pleno direito.

Finaliza concluindo que o pedido de quebra de sigilo da movimentação dos respectivos cartões de crédito deve ser feita judicialmente e estar ancorado em elementos que demonstrem a sua necessidade, até mesmo em face do que já apurado pelo exame da movimentação bancária, o que não se dá nos autos.

No entanto, em que pesem os seus argumentos, verifica-se não assistir razão à Impugnante.

A argumentação apresentada pela Impugnante para advogar a ilegalidade do fornecimento de informações pelas administradoras de cartões de crédito ao Fisco se baseia na lei complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, especialmente nos seus arts. 5º e 6º.

LC nº 105/01

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

[...]

XIII - operações com cartão de crédito;

[...]

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...]

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Como bem salienta o Fisco, as dúvidas eventualmente existentes sobre a matéria foram dissipadas em definitivo quando do julgamento pelo plenário do STF, em fevereiro de 2016, de cinco ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas justamente para questionar a utilização, por parte da fiscalização tributária, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, sem a intermediação do Poder Judiciário.

Na ocasião, o tribunal declarou a constitucionalidade da referida lei complementar e reconheceu a prerrogativa da administração tributária de requisitar diretamente às instituições financeiras os dados bancários de seus correntistas para o fim de cobrar-lhes tributos.

Prevaleceram, em favor da lei, ao menos três fundamentos: a necessidade de instrumentos eficientes de fiscalização tributária, a estreita conexão entre o acesso à informação e a concretização da Justiça fiscal, por meio da capacidade contributiva, e a evidente tendência internacional quanto ao fim do sigilo bancário contra o Fisco e à troca de informações entre os vários países.

Em outras palavras e como sintetizado no texto (parte inicial transcrita abaixo) publicado no site do STF em 24/02/16, as instituições financeiras, ao fornecer as informações ao Fisco não estariam quebrando o sigilo, mas, sim, **transferindo-o** para o Fisco.

“... STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial
Acesso da Receita Federal a dados bancários não resulta em quebra de sigilo, mas sim transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

24/02/2016 19h00

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quarta-feira (24) o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC)

105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Por maioria de votos – 9 a 2 –, prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal ...” (Grifou-se)

Segue infra reproduzida o inteiro teor da decisão do plenário relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade -ADI 2.859/DF, que afasta qualquer dúvida sobre a legitimidade do repasse de informações das administradoras de cartões de crédito para o Fisco:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.859
DISTRITO FEDERAL

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI Nº 2.390, 2.386, 2.397 E 2.859. NORMAS FEDERAIS RELATIVAS AO SIGILO DAS OPERAÇÕES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DECRETO Nº 4.545/2002. EXAURIMENTO DA EFICÁCIA. PERDA PARCIAL DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA Nº 2.859. EXPRESSÃO “DO INQUÉRITO OU”, CONSTANTE NO § 4º DO ART. 1º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. ACESSO AO SIGILO BANCÁRIO NOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E SEUS DECRETOS REGULAMENTADORES. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO E DE OFENSA A DIREITO FUNDAMENTAL. CONFLUÊNCIA ENTRE OS DEVERES DO CONTRIBUINTE (O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS) E OS DEVERES DO FISCO (O DEVER DE BEM TRIBUTAR E FISCALIZAR). COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL EM MATÉRIA DE COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO. ART. 3º, § 3º, DA LC 105/2001. INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À DEFESA JUDICIAL DA ATUAÇÃO DO FISCO. CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEITOS IMPUGNADOS. ADI Nº 2.859. AÇÃO QUE SE CONHECE EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, É JULGADA IMPROCEDENTE. ADI Nº 2.390, 2.386, 2.397. AÇÕES CONHECIDAS E JULGADAS IMPROCEDENTES.

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.

2. ENCONTRA-SE EXAURIDA A EFICÁCIA JURÍDICO-NORMATIVA DO DECRETO Nº 4.545/2002, VISTO QUE A LEI Nº 9.311, DE 24 DE

OUTUBRO DE 1996, DE QUE TRATA ESTE DECRETO E QUE INSTITUIU A CPMF, NÃO ESTÁ MAIS EM VIGÊNCIA DESDE JANEIRO DE 2008, CONFORME SE DEPREENDE DO ART. 90, § 1º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS -ADCT. POR ESSA RAZÃO, HOVE PARCIAL PERDA DE OBJETO DA ADI Nº 2.859/DF, RESTANDO O PEDIDO DESTA AÇÃO PARCIALMENTE PREJUDICADO. PRECEDENTES.

3. A EXPRESSÃO “DO INQUÉRITO OU”, CONSTANTE DO § 4º DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001, REFERE-SE À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL LEVADA A EFEITO NO INQUÉRITO POLICIAL, EM CUJO ÂMBITO ESTA SUPREMA CORTE ADMITE O ACESSO AO SIGILO BANCÁRIO DO INVESTIGADO, QUANDO PRESENTES INDÍCIOS DE PRÁTICA CRIMINOSA. PRECEDENTES: AC 3.872/DF-AGR, RELATOR O MINISTRO TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJE DE 13/11/15; HC 125.585/PE-AGR, RELATORA A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, SÉGUNDA TURMA, DJE DE 19/12/14; INQ 897-AGR, RELATOR O MINISTRO FRANCISCO REZEK, TRIBUNAL PLENO, DJ DE 24/3/95.

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 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.

6. O BRASIL SE COMPROMETEU, PERANTE O G20 E O FÓRUM GLOBAL SOBRE TRANSPARÊNCIA E INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES PARA FINS TRIBUTÁRIOS (GLOBAL FORUM ON TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX PURPOSES), A CUMPRIR OS PADRÕES INTERNACIONAIS DE TRANSPARÊNCIA E DE TROCA DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS, ESTABELECIDOS COM O FITO DE EVITAR O DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS, ASSIM COMO COMBATER PRÁTICAS CRIMINOSAS. NÃO DEVE O ESTADO BRASILEIRO PRESCINDIR DO ACESSO AUTOMÁTICO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES POR SUA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, SOB PENA DE DESCUMPRIMENTO DE SEUS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS.

7. O ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR 104/2001, NO PONTO EM QUE INSERE O § 1º, INCISO II, E O § 2º AO ART. 198 DO CTN, NÃO DETERMINA QUEBRA DE SIGILO, MAS TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OUTROSSIM, A PREVISÃO VAI AO ENCONTRO DE OUTROS COMANDOS LEGAIS JÁ AMPLAMENTE CONSOLIDADOS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE PERMITEM O ACESSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À RELAÇÃO DE BENS, RENDA E PATRIMÔNIO DE DETERMINADOS INDIVÍDUOS.

8. À PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, ÓRGÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, CABERÁ A DEFESA DA ATUAÇÃO DO FISCO EM ÂMBITO JUDICIAL, SENDO, PARA TANTO, NECESSÁRIO O CONHECIMENTO DOS DADOS E INFORMAÇÕES EMBASADORES DO ATO POR ELA DEFENDIDO. RESULTA, PORTANTO, LEGÍTIMA A PREVISÃO CONSTANTE DO ART. 3º, § 3º, DA LC 105/2001.

9. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.859/DF CONHECIDA PARCIALMENTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADA IMPROCEDENTE. AÇÕES DIRETAS

DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2390, 2397, E 2386 CONHECIDAS E JULGADAS

EMENTA E ACÓRDÃO

ADI 2859 / DF

IMPROCEDENTES. RESSALVA EM RELAÇÃO AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS, QUE SOMENTE PODERÃO OBTER AS INFORMAÇÕES DE QUE TRATA O ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 QUANDO A MATÉRIA ESTIVER DEVIDAMENTE REGULAMENTADA, DE MANEIRA ANÁLOGA AO DECRETO FEDERAL Nº 3.724/2001, DE MODO A RESGUARDAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO CONTRIBUINTE, NA FORMA PRECONIZADA PELA LEI Nº 9.784/99, E O SIGILO DOS SEUS DADOS BANCÁRIOS.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENÁRIA, SOB A PRESIDÊNCIA DO SENHOR MINISTRO RICARDO

LEWANDOWSKI, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONHECER, EM PARTE, DA AÇÃO DIRETA, JULGANDO-A PREJUDICADA QUANTO AO DECRETO Nº 4.545/2002. EM RELAÇÃO À PARTE DE QUE CONHECEM, ACORDAM OS MINISTROS, POR MAIORIA DE VOTOS, EM JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO, TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS OS MINISTROS MARCO AURÉLIO E CELSO DE MELLO. O MINISTRO ROBERTO BARROSO REAJUSTOU O VOTO, QUANTO AO MÉRITO, PARA ACOMPANHAR INTEGRALMENTE O RELATOR. BRASÍLIA, 24 DE FEVEREIRO DE 2016. MINISTRO DIAS TOFFOLI. RELATOR

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

E mais, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prescreve que as Autoridades e os Agentes Fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, se tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Para corroborar, transcreve-se a ementa 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 HARMONIA COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, QUE IMPÕE ÀS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO O DEVER DE EXIBIR TODOS OS DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE.(...) APRECIANDO A QUESTÃO EM FACE DE REGRAMENTO SIMILAR NO ÂMBITO DO ESTADO DE GOIÁS, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA JÁ SE MANIFESTOU EM SENTIDO CONTRÁRIO À PRETENSÃO ORA VERSADA.(...) COM A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

105/2001, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO, EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL, PASSOU A PRESCINDIR DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (ART. 6º). PRECEDENTES DO STJ.

Assim, diversamente do entendimento da Defesa, houve o regular cumprimento dos elementos necessários para a obtenção das informações, tendo as administradoras de cartão, ao prestar as informações, apenas atendido o regramento legal.

Acrescente-se, por fim, que havia procedimento fiscal em curso, tanto é que foram formalizados o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) e o respectivo Auto de Infração (AI), ora em análise.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ocorridas no período de novembro de 2018 a agosto de 2021, apuradas mediante confronto entre as operações informadas pelas operadoras de cartões de crédito/débito e os valores declarados pelo Contribuinte como faturamento, conforme PGDASD - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (11/18 a 12/19) e DAPIs (01/20 a 08/21).

Na apuração das receitas omitidas, foram excluídos os valores relativos à Denúncia Espontânea do contribuinte (PTA nº 05.000326400-49) relativa a saídas desacobertas de documentação fiscal, inerentes no período de abril de 2019 a setembro de 2020.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada prevista nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, respectivamente, esta última já adequada ao limite estabelecido no § 2º, inciso I do mesmo dispositivo legal, conforme demonstrativo do crédito tributário inserido no Anexo I do Auto de Infração.

O confronto entre as operações declaradas pelas operadoras de cartões de crédito e débito, com as vendas declaradas nas PGDASD/DAPIS, relativo aos exercícios de 2018 a 2021, está demonstrado na aba “Demonstrativo Créd. Tributário” da planilha inserida no Anexo 1.

A base de cálculo das saídas desacobertas corresponde ao valor das receitas omitidas, incluindo-se nesta o montante do próprio ICMS, nos termos estabelecido no art. 49 do RICMS/02.

Art. 49. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do artigo 43 deste Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

O ICMS foi calculado mediante a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo supracitada, conforme art. 12, inciso I, alínea “d.1” e § 71 c/c art. 51, inciso III da Lei nº 6.763/75, devendo-se destacar que o estabelecimento autuado tem como objeto social o comércio varejista de calçados, artigos de vestuário,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acessórios e artigos esportivos, conforme contrato social acostado aos autos (Anexos 6 e 7).

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

[...]

d) 18% (dezoito por cento):

d.1) nas operações e nas prestações não especificadas na forma das alíneas anteriores;

[...]

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

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

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

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

[...]

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

Contrapondo-se ao feito fiscal, a Impugnante alega que sempre foi optante do SIMPLES, salientando, porém, que, por um erro do Estado, a empresa durante um período figurou como “lucro presumido”.

Assim, segundo seu entendimento, por ser optante do SIMPLES, as operadoras de cartão de crédito não estariam autorizadas a repassar informações.

Finalizando, a Impugnante afirma que, por ser empresa optante do SIMPLES, não há que se falar em ICMS nas transações ora em análise.

Sem razão, contudo, a Impugnante.

Registre-se, inicialmente, que a Impugnante esteve inserida no regime simplificado no Simples Nacional no período de 2018 e 2019, passando a apurar o ICMS pelo sistema normal de débito e crédito em 2020, condição que ela manteve em 2021.

Ressalte-se que a modalidade de tributação por “Lucro Presumido” aplica-se exclusivamente à União, pois o Lucro Presumido é um regime tributário em que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresa faz a apuração simplificada do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Portanto, tal alegação não tem qualquer repercussão sobre o feito fiscal, por se tratar de exigência de ICMS, tributo de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, inciso II da CF/88.

Por outro lado, cabe destacar que o procedimento adotado pelo Fisco é caracterizado como tecnicamente idôneo, nos termos estabelecidos no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02.

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

Como já afirmado, as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações solicitadas pela Fiscalização, inexistindo qualquer restrição quanto às informações estarem ou não vinculadas a empresas optantes pelo regime simplificado do Simples Nacional.

Aliás, como bem salienta o Fisco, na Lei Complementar nº 105/01, que disciplina esta questão do sigilo fiscal, não há nenhuma menção às empresas do Simples Nacional.

A rigor, nesta lei, não há sequer menção às pessoas, físicas ou jurídicas, cujos dados seriam passíveis de sigilo. O foco é exclusivo no disciplinamento das ações das instituições financeiras quanto a esta questão do sigilo, independentemente da origem da informação prestada.

Retornando à questão das informações prestadas pelas empresas de cartões de crédito/débito, cabe destacar que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02.

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

Efeitos de 01/10/17 a 08/10/18

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

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

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

As informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02.

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 01/10/17 a 08/10/18

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Efeitos de 01/10/17 a 31/12/19

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.

Ao contrário da afirmação da Impugnante, no período em que esteve enquadrada no Simples Nacional, a exigência do ICMS, sem os benefícios desse regime, está amparada no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar Federal nº 123/06.

Lei Complementar Federal 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.

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre essa 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)

Citam-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).

Corretas, portanto, as exigências fiscais, constituídas pelo ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, observado o limitador máximo de duas vezes o valor do imposto incidente na operação, conforme § 2º, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Da Sujeição Passiva

Conforme relatado, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária o Sr. Emerson Ricardo Martins, sócio-administrador do estabelecimento autuado, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II e art. 207, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.763/75.

Código Tributário Nacional (CTN)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1. conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

[...]

§ 2º Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato.

A infração narrada no Auto de Infração, devidamente caracterizada nos autos, não se confunde com mero inadimplemento da obrigação tributária, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infração em cuja definição o dolo específico é elementar.

Correta, portanto, a inclusão do sócio supracitado no polo passivo da obrigação tributária, nos termos previstos nos dispositivos legais acima reproduzidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Flávia Sales Campos Vale.

Sala das Sessões, 31 de outubro de 2023.

**Gislana da Silva Carlos
Relatora**

**Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora**

CS/D