

Acórdão: 25.026/24/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003489674-52
Impugnação: 40.010157756-91
Impugnante: Arthur Henrique Ferreira Alves
CPF: 138.039.156-35
Proc. S. Passivo: Eder Ferreira Silva
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

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 declarações prestadas pela Autuada à Fiscalização 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. Entretanto, deve se excluir do crédito tributário o período de junho de 2020 a fevereiro de 2021.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que o Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18. Entretanto, deve se considerar os efeitos da exclusão a partir de 01/04/21.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Autuado à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, no período de 01/06/20 a 13/08/21.

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

Em razão do MEI (Micro Empreendedor Individual) Arthur Henrique Ferreira Alves, I.E. n.º 003.916695.0074 encontrar-se com a sua inscrição estadual baixada desde 14/08/21, foi eleito Sujeito Passivo do lançamento a pessoa física de

mesmo nome, empresário individual e titular da empresa, tendo em vista que ele responde ilimitadamente com seus bens pessoais pelo cumprimento das obrigações da empresa.

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

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às págs. 24/49, contra a qual a Fiscalização se manifesta às págs. 391/396.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

O Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Alega ser inválido o procedimento fiscalizatório, pois que a legislação tributária que versa sobre o Simples Nacional determina que, em caso de omissão de faturamento, cabe ao Estado utilizar o aplicativo disponibilizado pela Receita Federal do Brasil, ou encaminhar relatório ao Escritório Regional do Simples Nacional de São Paulo, a fim de que os tributos arrolados no art. 13, incisos I a VIII da Lei Complementar nº 123/06 sejam apurados, lançados e cobrados, de acordo com as tabelas dos anexos I a VI da lei em comento.

Aduz que o procedimento fiscal de cruzamento de dados se dá ao arrepio da lei.

Reclama que o Auto de Infração não demonstra de forma suficiente sobre quais fatos geradores ele se erigiu e se baseia em meras presunções.

Afirma que no Auto de Infração não são caracterizados os fatos geradores do ICMS, sendo apresentados apenas os valores informados pelas operadoras de cartões de débito/crédito, não tendo sido efetuado quantitativo por espécie de cada mercadoria, ou perícia contábil

Afirma que a presunção da ocorrência do fato gerador doutrinariamente e jurisprudencialmente é entendida como meio e forma inidônea de constituição do crédito tributário.

Em que pesem os seus argumentos, razão não lhe assiste.

Conforme prevê o art. 33, § 1º-C, da Lei Complementar 123/06, as secretarias estaduais de fazenda têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13 desta mesma lei (dentre os quais, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS), apurados na forma do Simples Nacional e relativamente a todos os estabelecimentos da empresa.

Ademais, de acordo com § 1-D deste mesmo art. 33, a competência para autuação por descumprimento de obrigação acessória é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida. Veja-se:

Lei Complementar 123/06

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 1º-C. As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

§ 1º-D. A competência para autuação por descumprimento de obrigação acessória é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida.

(...)

Constata-se, portanto, a competência do Fisco mineiro para realizar a fiscalização em comento.

Cumprir destacar que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02.

Por sua vez, o procedimento de fiscalização caracterizado pelo cruzamento de dados é considerado tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02.

No presente caso, o Fisco demonstrou no Relatório Fiscal Complementar às págs 06/09 e nos Anexos I a IV do Auto de Infração, a apuração das operações autuadas e dos pagamentos efetuados ao Autuado na condição de pessoa física e na condição de MEI, o cruzamento das informações prestadas pelas administradoras de cartões com os documentos fiscais do Autuado e a apuração do crédito tributário.

Constata-se estar devidamente fundamentado legalmente o feito fiscal.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as

penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

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

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

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

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Pedido de Perícia

O Impugnante pleiteia a produção de prova pericial como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária a elucidação de eventuais obscuridades do lançamento.

Para tanto, formula os seguintes quesitos de págs. 48/49:

- 1) Quais operações estão forma realizadas em conta pessoa física e quais em pessoa jurídica?
- 2) As operações de PIX e transferências têm ligação com a atividade de bar?
- 3) As operações de débito/crédito têm ligação com a atividade de bar?

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispendo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto n° 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

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

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Contribuinte à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, no período de 01/06/20 a 13/08/21.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em razão do MEI (Micro Empreendedor Individual) Arthur Henrique Ferreira Alves encontrar-se com a sua inscrição estadual baixada desde 14/08/21, foi eleito Sujeito Passivo do lançamento a pessoa física de mesmo nome, empresário individual e titular da empresa, tendo em vista que ele responde ilimitadamente com seus bens pessoais pelo cumprimento das obrigações da empresa.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão do Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18 (Termo de Exclusão às págs. 19/20).

No feito ora apreciado, ao confrontar os valores mensais informados pela administradora dos cartões relativos a operações/prestações realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito com as vendas declaradas pelo Contribuinte, a Fiscalização apurou saídas desacobertadas de documentos fiscais.

O Autuado 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 pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

RICMS/02

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

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

(...)

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

(...)

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

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

§ 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 pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02.

Cabe destacar que em Minas Gerais o procedimento fiscal auxiliar de cruzamento eletrônico de dados, assim considerado o confronto entre as informações existentes na base de dados da Secretaria de Estado de Fazenda, ou entre elas e outras fornecidas pelo sujeito passivo ou por terceiros, configura procedimento fiscal em curso.

No caso dos autos, as saídas desacobertas autuadas foram apontadas a partir de valores não declarados pelo Autuado relativos às transações financeiras efetuadas por intermédio de cartões de crédito e débito.

A acusação deriva de presunção legal *juris tantum*, a qual têm o condão de transferir o dever ou ônus probante da Autoridade Fiscal para o Sujeito Passivo da relação jurídico-tributária, devendo este, para elidir a respectiva imputação, produzir provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração.

Caso o contribuinte não apresente provas em contrário, a infração presumida (saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal) é considerada como provada, nos termos previstos no art. 136 do RPTA.

Art. 136 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

No caso dos autos, o Impugnante não apresentou documentos que infirmassem a presunção da ocorrência das operações de circulação de mercadorias autuadas.

O Autuado não apresentou notas fiscais de saídas, a DASN SIMEI - Declaração Anual do Simples Nacional, ou o PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de arrecadação do Simples Nacional).

E, ressalte-se, apesar de alegar em sua Impugnação que os valores recebidos em suas contas bancárias relacionavam-se às suas atividades como autônomo, intermediador de negócios, o Impugnante não apresentou documentos que pudessem confirmar as suas alegações.

Assim, diante do exposto, forçoso concluir que o lançamento foi erigido sobre mais que meras presunções, mas verdadeiros e robustos indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, os quais não foram ilididos pelo Impugnante.

Os fatos geradores autuados restaram devidamente demonstrados pela Fiscalização.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante quando alega que o procedimento baseou-se em provas insuficientes, ou em presunções não comprovadas.

Noutro tópico, o Impugnante alega erro no cálculo do imposto, haja visto que o Fisco desconsiderou, em seu levantamento, que a sua atividade comercial de bar

e restaurante consiste, preponderantemente, na comercialização de mercadorias sujeitas ao regime de apuração do ICMS por substituição tributária.

Todavia, no cálculo do crédito tributário, como se pode ver no Relatório Fiscal e nos Anexos de I a IV do Auto de Infração, ao contrário do alegado pelo Impugnante, a Fiscalização considerou as mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes de suas notas fiscais de entradas, não exigindo o imposto sobre as respectivas saídas.

O Impugnante rejeita o cálculo do ICMS considerando o montante do imposto embutido em sua própria base de cálculo.

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02.

RICMS/02

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:

(...)

Por sua vez, conforme prevê o art. 13, § 1.º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96 c/c o art. 13, § 15.º, da lei nº 6.763/75, o montante do imposto integra a própria base de cálculo.

No caso de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, não houve, evidentemente, destaque do valor do ICMS, tampouco a composição da base de cálculo da operação com a integração deste valor, então inexistente.

Desta feita, correto o cálculo efetuado pelo Fisco.

Lei Complementar nº 87/96

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V, IX e X do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

(...)

Lei nº 6.763/75

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

(...)

A alíquota aplicável às saídas desacobertas de documentos fiscais realizadas pela Autuada é a prevista no art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

I - nas operações e prestações internas:

(...)

d) 18% (dezoito por cento):

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

(...)

E o fato de o MEI Arthur Henrique Ferreira Alves estar enquadrado no regime simplificado de tributação não lhe socorre quanto ao cálculo do imposto à alíquota de 18%, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

(...)

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável, conforme o citado art. 12, inciso I da Lei nº 6.763/75.

No que tange à alegação da Defesa de que a Fiscalização não efetuou a recomposição da conta gráfica do ICMS, em inobservância ao princípio da não cumulatividade, vale destacar que esse procedimento, quando esteve previsto na legislação tributária, não se aplicava à hipótese dos autos que se refere às saídas desacobertas de documentação fiscal, pois, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido:

RICMS/02

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

II - com documento fiscal que mencione como valor da operação importância inferior à real, no tocante à diferença;

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença;

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também, no que couber, à prestação onerosa de serviço de comunicação e à prestação de serviço de transporte.

(...)

Ademais, vale destacar que o Decreto nº 46.698/14, com produção de efeitos a partir de 01 de fevereiro de 2015, alterou os arts. 194 e 195 do RICMS/02 e excluiu, da legislação mineira, o procedimento fiscal de Verificação Fiscal Analítica – VFA:

RICMS/02

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

(...)

V - conclusão fiscal;

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

"V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;"

(...)

Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

(...)

Constata-se que, com a redação do art. 195 do RICMS/02 foi extinta a recomposição da conta gráfica do ICMS para todo e qualquer procedimento fiscal, inclusive nos casos de créditos ilegítimos ou indevidos.

E, ainda, o referido diploma regulamentar trouxe, no seu art. 1º, a inclusão no RICMS/02 do art. 89-A que veda a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido.

Decreto nº 4.698/14

Art. 1º O Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo DECRETO N° 43.080, de 13 de dezembro de 2002, fica acrescido do art. 89-A, com a seguinte redação:

Art. 89-A Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

Conveniente ressaltar que resta garantido ao Contribuinte, no caso de estornos de créditos de ICMS mediante exigência integral em Auto de Infração, a quitação do crédito tributário com saldo credor acumulado que detiver, observadas as condições estabelecidas nos §§ 1º ao 4º do art. 195 do RICMS/02.

Dessa forma, não há que se falar em afronta ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, visto que não se está negando o direito do Contribuinte ao aproveitamento de créditos de ICMS legítimos, os quais, desde que devidamente escriturados, poderão ser aproveitados a qualquer tempo, seja na compensação de débitos futuros, seja em pagamento de crédito tributário formalizado ou em transferência na forma e condições estabelecidas na legislação do imposto (Anexo VIII do RICMS/02).

Relativamente aos créditos do imposto não aproveitados na época própria, poderão ser apropriados na forma prevista no § 2º do art. 67 do RICMS/02, observado o prazo previsto no § 5º do mesmo artigo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que concerne à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento), postula o Impugnante pela aplicação da redução prevista na alínea “a” do citado dispositivo. Fundamenta seu pedido em decisões deste Conselho de Contribuintes e na regra do art. 132 do RICMS/02.

Todavia, tendo em vista a uniformização das decisões em relação a essa matéria, o Conselho Pleno do CCMG, em sessão realizada em 09/11/20, aprovou a Súmula nº 7, que foi posteriormente divulgada pela Portaria nº 5.

Súmula nº 7

No lançamento referente à constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre os valores declarados pelo contribuinte (em documentos fiscais e/ou em sua escrita) e aqueles obtidos por informações prestadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito, relativamente à aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, não se aplica o redutor estabelecido na alínea “a” do referido dispositivo legal.

(Grifou-se)

Conforme o art. 99 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 48.361/22, as Câmaras deverão apenas deliberar sobre a aplicação da súmula aos casos em julgamento.

Regimento Interno do Conselho de Contribuintes

Art. 99- Publicada a súmula no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, as Câmaras deliberarão apenas sobre a sua aplicação ao caso em análise e julgamento.

Assim, conforme consta na citada súmula, não se aplica o redutor estabelecido na alínea “a” do referido dispositivo legal, para o caso dos autos.

Registra-se, por oportuno, que a multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação.

O Impugnante alega que foi incorretamente eleito para o polo passivo do lançamento.

Sustenta que nos autos não ficou constatado que o Autuado houvesse agido com excesso de poderes, nos termos da lei.

Defende que, nesse caso, seus bens particulares não respondem pela dívida tributária.

Afirma que é nula a pretensão da Fazenda em apropriar-se do patrimônio particular do sócio, sem demonstrar que este praticou infração à lei, ou ao contrato social de sociedade limitada.

Entretanto, razão não lhe assiste.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme se verifica nos autos, ficou comprovada a prática reiterada de promover saídas desacobertas de documentação fiscal. Tal conduta constitui infração à lei e, portanto, nesse caso, o empresário, titular e administrador da empresa é responsável solidário pelo crédito tributário, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN (Lei nº 5.172/66)

E no caso do Micro Empreendedor Individual, a responsabilidade é ilimitada, nos termos dos arts. 966 e 967 do Código Civil, c/c art. 789 do Código de Processo Civil.

CC/02

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

(...)

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

(...)

CPC/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.

(...)

Desta feita, afigura-se correta a eleição do Impugnante para o polo passivo do lançamento.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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

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

(...)

Ao abordar a questão sobre a exclusão do Regime do Simples Nacional, o Impugnante sustenta que o MEI é dispensado de emitir nota fiscal para consumidor pessoa física, salvo quando for solicitado, em atendimento ao Código de Defesa do Consumidor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pede que seja suspensa a sua exclusão do regime do Simples Nacional e posteriormente seja cancelado o Termo de Exclusão nº. 40049411/10702710/060324.

Há que se concordar com o Impugnante acerca da desobrigatoriedade do MEI emitir notas fiscais para consumidor pessoa física, entretanto, não se pode olvidar que uma vez ultrapassado o limite de faturamento previsto pela Lei Complementar 123/06, c/c art. 100 da Resolução CGSN nº 140/18, o contribuinte deve voluntariamente se desenquadrar de sua condição, realocando-se em estágio compatível com o seu faturamento.

Na hipótese de ter ultrapassado o limite de faturamento anual de R\$ 81.000,00 em mais de 20%, o MEI perde a sua condição desde o primeiro mês do ano calendário e deve adotar as obrigações tributárias previstas para os demais contribuintes enquadrados no Simples Nacional.

No caso do ora Impugnante, conforme se verifica no Relatório Fiscal Complementar às págs. 07, aquele limite foi ultrapassado em fevereiro de 2021.

Por conseguinte, o MEI Arthur Henrique Ferreira Alves perdeu a sua condição de Micro Empreendedor Individual em janeiro de 2021 e tornou-se obrigado a emitir notas fiscais para qualquer uma de suas operações de saídas de mercadorias a partir de março de 2021, conforme disposto no inciso II, do § 1.º, do art. 116 da RCGSN nº 140/18. Cita-se:

RCGSN nº 140/18

Art. 116. O empresário perderá a condição de MEI nas hipóteses previstas no art. 115, e deixará de ter direito ao tratamento diferenciado e se submeterá ao cumprimento das obrigações acessórias previstas para os demais optantes pelo Simples Nacional, caso permaneça nesse Regime, ressalvado o disposto no parágrafo único. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18-A, § 9º)

(...)

Parágrafo único. Na hipótese de o empresário exceder os limites de receita bruta anual a que se referem o caput e o inciso I do § 1º-A do art. 100, a perda do tratamento diferenciado relativo à emissão de documentos fiscais previsto no art. 106 ocorrerá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18-A, § 16)

(...)

II - a partir do mês subsequente ao da ocorrência do excesso, na hipótese de ter excedido o referido limite em mais de 20% (vinte por cento).

(...)

E uma vez, que se tornou obrigado a emitir notas fiscais nas saídas de mercadorias, mas não o fez, e de forma reiterada, o MEI ficou sujeito a ser excluído do regime do Simples Nacional, conforme previsto nos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Neste caso, no termo de Exclusão do Simples Nacional constante às fls. 19, é informado que tal exclusão inicia-se a partir de 01/07/20.

Por seu turno, como dito mais acima, o Autuado, após exceder o limite de 20% a mais do faturamento previsto para o ano-calendário em fevereiro de 2021 e perder a sua condição de MEI (Micro Empreendedor Individual), passou a estar obrigado a emitir notas fiscais de saídas a partir do mês seguinte, em março de 2021.

Assim, considerando que apenas em abril de 2021 se verifica a promoção de saídas desacobertas de documentação fiscal de forma **reiterada**, deve-se considerar como marco inicial para a exclusão do autuado do Regime do Simples Nacional, este mês, e não o mês de julho de 2020, proposto pela Fiscalização.

E por consequência, já que anteriormente a março de 2021 o MEI Arthur Henrique Ferreira Alves encontrava-se desobrigado de emitir notas fiscais, não se pode puni-lo por ter promovido saídas de mercadorias desacobertas no período autuado compreendido entre junho de 2020 a fevereiro de 2021.

Eis que, pelo exposto, conclui-se estarem parcialmente corretas as exigências do ICMS, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada, disposta no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Desta feita, no que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se parcialmente correto – para alterar a data de início da exclusão para abril de 2021, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 22/05/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

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

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

(...)

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

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar. Deverão ser observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, conforme §§ 1º e 2º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18.

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

No caso, o Contribuinte foi intimado do “Termo de Exclusão” juntamente com o 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. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 24.419/23/1ª:

ACÓRDÃO Nº 24.419/23/1ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DEVIDO À SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA PLANILHA “DETALHAMENTO DE VENDAS”, NO PROGRAMA

GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

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

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

(...)

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

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2. CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001, RELATOR(A): DES.(A) RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/2023).

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário o período de junho de 2020 a fevereiro de 2021. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/04/21. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Emmanuelle Christie Oliveira Nunes (Revisora) e Cássia Adriana de Lima Rodrigues.

Sala das Sessões, 14 de agosto de 2024.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente

P