

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 25.169/25/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.003795695-99
Impugnação: 40.010158230-41
Impugnante: Barão do Queijo Box 22 Comércio Varejista de Produtos Em Geral
IE: 003331557.00-60
Coobrigado: Cristiano Chaves Belém
CPF: 067.534.666-57
Proc. S. Passivo: Edgar Mollo Filho
Origem: DF/Poços de Caldas

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 no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional- Declaratório (PGDASN-D), 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, V e VII do RICMS/02 c/c art. 159, incisos I, V e VII do RICMS/23. 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.

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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

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

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ocorridas no período de 01/01/20 a 31/12/23, apuradas mediante confronto entre as operações informadas pelas operadoras de cartões de crédito/débito e

os valores declarados pelo Contribuinte como faturamento, conforme PGDASN-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas 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.

Tendo em vista a prática reiterada da infração, o Fisco notificou o Contribuinte sobre a sua exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão acostado aos autos (exclusão retroativa a 01/02/20).

Foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o sócio-administrador do estabelecimento autuado à época dos fatos geradores, Sr. Cristiano Chaves Belém, com fulcro no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído Impugnação às págs. 87/108 e 110/117, cujos argumentos são refutados pelo Fisco às págs. 122/130.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 131/171, 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.

1- Das Preliminares

1.1. Da Arguição de Nulidade do Lançamento – Vício Material Insanável

A Impugnante narra que, de acordo com o relatório que embasou a lavratura do Auto de Infração, houve o confronto dos valores declarados pelo contribuinte no PGDASN-D e os valores informados pelas administradoras de cartões, além das informações prestadas pelo contribuinte em planilha referentes a pagamentos em dinheiro e PIX.

Aduz que as informações prestadas pelas administradoras se referiram a máquinas em nome da pessoa jurídica e dos equipamentos em nome dos sócios, Cristiano e Raquel.

Expõe que este é um dos pontos centrais da autuação, pois o Fisco parte da premissa que os valores lançados na máquina em nome do sócio Cristiano Chaves Belém fazem parte das vendas feitas pelo estabelecimento autuado.

Ressalta, porém, que o Fisco não menciona em nenhum momento, seja no Auto de Infração, seja no Relatório Fiscal Complementar, os aspectos fáticos e legais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que embasem o entendimento de que estes valores deveriam compor a base de cálculo do ICMS, pretensamente não recolhido aos cofres públicos.

Pontua que, para que se possa efetivamente ligar os valores informados pelas administradoras de cartões em nome do sócio ao faturamento da empresa haveria de existir fato, demonstrado no Auto de Infração de forma indelével, que pudesse criar esse vínculo.

Assinala que, em casos semelhantes, o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG decidiu que esse vínculo é possível, como ocorreu, por exemplo, no Acórdão nº 24.103/22/3ª, por ter ocorrido apreensão nas dependências da empresa autuada uma máquina de cartão que estava em nome do sócio, configurando a vinculação dos valores ali existentes com o faturamento da empresa em questão, o que não ocorreu no caso ora analisado, isto é, nada foi apresentado pelo Fisco que demonstre, de forma incontestada, a vinculação dos valores constantes da máquina em nome do CPF do sócio e o faturamento da autuada.

Reitera que não foi apontada também qualquer legislação, entre as tantas elencadas no AI, que determine, em situação semelhante, que os valores da pessoa física devam ser somados ao da pessoa jurídica.

Destaca que não se pode trazer aqui a menção da corresponsabilidade tributária do sócio previsto no art. 135 do CTN, uma vez que esta responsabilidade se dá na assunção dos créditos tributários da pessoa jurídica pela pessoa física. No presente caso, o que se dá é o compartilhamento da receita da pessoa física como se fosse de pessoa jurídica, sem qualquer fato ou dispositivo legal que ampare este entendimento.

Reporta-se ao art. 142 do CTN e afirma que, ao inferir, sem qualquer prova ou qualquer embasamento legal, que deve compor a matéria tributável os valores constantes da máquina em nome do CPF, o Auto de Infração traz para si a pecha de ser absolutamente nulo.

Conclui, nesses termos, que o Fisco formalizou o Auto de Infração indicando uma base de cálculo sem qualquer fundamento, seja na situação fática, seja na legislação, motivo pelo qual deve ser considerado nulo, por vício material insanável.

No entanto, as alegações da Impugnante são incondizente com a realidade dos fatos.

Ressalte-se, inicialmente, que em fase anterior à lavratura do Auto de Infração, o Fisco intimou a Autuada a apresentar “Detalhamento das Vendas” devidamente preenchido e assinado pelo representante legal da empresa, relativamente ao período de janeiro de 2019 a junho de 2023.

Anexado à intimação, seguiu o modelo a ser preenchido, no qual constava campo específico para informação de valores recebidos, por meio de cartão de crédito/débito, tanto pela empresa, quanto pelos sócios (especialmente do sócio administrador), conforme imagem constante do grupo “AIAF” do Auto de Infração.

Como não obteve resposta, o Fisco emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), no qual foi reiterada a apresentação do detalhamento supracitado, o qual, desta

vez, foi entregue pelo contribuinte, porém sem constar qualquer informação quanto a recebimentos de valores pelos sócios, por meio de cartões de crédito/débito.

Porém, conforme demonstrado nos Anexos 4, 5 7 e 8 do Auto de Infração (AI), as Administradoras de Cartões de crédito/débito apresentaram ao Fisco os relatórios denominados “Registro 1100 – Resumo Mensal das Operações de Pagamento” e “Registro 1115 – Operações por Comprovante de Transação”, cujos valores tinham como favorecidos os sócios da empresa, merecendo especial destaque aqueles direcionados ao sócio-administrador, em face da periodicidade e relevância das quantias recebidas.

Assim, para apuração das receitas omitidas, o Fisco incluiu no faturamento da empresa, para posterior dedução dos valores regularmente escriturados e declarados, as quantias recebidas pelos sócios da empresa (Cristiano Chaves Belém - sócio administrador - e Raquel Anunciação Pereira Belém), por meio de cartões de crédito, informação expressamente lançada no Relatório Fiscal Complementar anexado ao AI, conforme abaixo demonstrado, cujos valores mensais estão inseridos na planilha denominada “Conclusão Fiscal” (Anexo 2).

Relatório Fiscal Complementar

“... 8- RELATÓRIO:

Constatou-se, mediante confronto entre as saídas declaradas pelo contribuinte ao Fisco e os valores de recebimento informados por administradoras de cartão de crédito/débito/similares, que a autuada, no período de 01/01/2020 a 31/12/2023, deu saída de R\$... em mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, deixando de recolher ICMS no valor de R\$...

Inicialmente o contribuinte foi intimado a apresentar planilha de detalhamento de vendas através do Termo de Intimação nº 048/2024, enviado via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e em 07 de março de 2024, com ciência tácita em 18 de março de 2024, sem cumprimento do solicitado por parte do contribuinte.

Em continuidade do trabalho fiscal e para ciência do início da ação fiscal, foi emitido Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF nº 10.000049849.16, solicitando planilha de vendas referente ao período auditado, com detalhamento mensal das modalidades de recebimento (cartão de débito/crédito, dinheiro, PIX e outras). O documento foi enviado via DT-e na data de 23 de maio de 2024, com ciência tácita em 03 de junho de 2024, tendo o contribuinte enviado as planilhas de venda na data de 04 de julho de 2024.

Para a obtenção do faturamento da empresa, foram somados os valores das operações de venda com cartão de débito/crédito/similares informados pelas Administradoras de cartão à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG.

Pelo trabalho analítico realizado nas declarações da empresa, através de declarações obtidas do sistema Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples – Declaratório – PGDAS-D, constatou-se que as vendas acobertadas por documentos fiscais foram apenas as constantes em tais declarações.

Portanto, do faturamento apurado foram subtraídos os valores informados pelo contribuinte através de declarações obtidas do PGDAS-D e os valores obtidos por Administradoras de Cartão, vinculados ao CNPJ da empresa e aos sócios CRISTIANO CHAVES BELEM, sócio administrador portador do CPF 067.534.666-57, e RAQUEL ANUNCIACÃO PEREIRA BELEM, portadora do CPF 065.639.716-01, e os valores informados pela empresa de vendas em dinheiro e PIX, considerados como saída de mercadorias tributadas desacobertadas de documentação fiscal.

[...]

18 – ANEXOS

1. Demonstrativo do Crédito Tributário;
2. Conclusão Fiscal;
3. Planilha Registros 1100 – Empresa;
4. Planilha Registros 1100 – Sócio administrador;
5. Planilha Registros 1100 – Sócio não administrador;
6. Planilha Registros 1115 – Empresa;
7. Planilha Registros 1115 – Sócio administrador;
8. Planilha Registros 1115 – Sócio não administrador;
9. Declarações do Simples;
10. Detalhamento de vendas – Empresa;
11. E-mail enviado com detalhamento de vendas;
12. Dados Cadastrais;
13. Ficha Cadastral – JUCEMG;
14. Termo de Exclusão do Simples Nacional ...”
(Grifou-se)

Por outro lado, analisando-se a planilha denominada “Conclusão Fiscal”, que compõe o Anexo 2 do AI, verifica-se que as movimentações do sócio-administrador da empresa com cartões de crédito/débito são muito superiores, na maioria dos períodos mensais autuados, aos relacionados à própria empresa.

Observa-se, ainda, que os valores mensais do faturamento omitido, em cada exercício, são muito próximos, na maioria dos meses, aos valores recebidos por meio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de cartões de crédito/débito pelo sócio-administrador do estabelecimento autuado (CPF 067.xxx.xxx-57).

Importante destacar que as informações obtidas pelo Fisco não se referem à totalidade das movimentações financeiras do sócio-administrador (Coobrigado), constantes em sua(s) conta(s) corrente(s) bancária(s), mas apenas das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito, nas quais ele figurou como favorecido (máquinas de cartões em nome do sócio).

Como bem salienta o Fisco, “há valores registrados em máquina em nome do sócio que, tanto por valores individualmente identificados como pela constância, são compatíveis com valores representantes da atividade empresarial. Ora, os valores registrados em máquinas de operação com cartão de crédito/débito/similares são provenientes apenas de atividade comercial, ficando, portanto, demonstrada a coerência na inferência realizada pela Receita Estadual”.

O Fisco salienta, ainda, que “não foi demonstrado pela impugnante sequer uma comprovação de que os lançamentos no CPF do sócio não eram vinculados à empresa autuada, não merecendo prosperar a simples alegação de que tais valores não poderiam ter sido utilizados como base para a autuação. Não obstante, tais lançamentos no CPF do sócio possuem valores e frequência compatíveis com a atividade empresarial, conforme demonstrado na planilha de registros 1115, anexa ao processo de autuação”.

Portanto, ao contrário da alegação da Impugnante, constam no presente processo elementos suficientes (provas indiciárias) que permitem vincular os valores recebidos pelo sócio-administrador com as atividades operacionais da empresa, devendo-se destacar que tal sócio (Coobrigado) em momento algum comprovou que parte ou a totalidade de sua movimentação com cartões de crédito se referem a outras atividades, estranhas à empresa, não inseridas no campo de incidência do ICMS.

Como se vê, a validade das exigências fiscais, em relação às operações em questão, se fundamenta nas chamadas provas indiciárias, também conhecidas como provas indiretas.

Quanto a esse tema, serão utilizados os valiosos ensinamentos contidos no Acórdão nº 202-16.146, do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que se aplicam inteiramente ao caso em apreço, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 202-16.146

“NÃO SE PODE ALEGAR AQUI, COMO QUER FAZER A RECORRENTE, DE QUE, NESTE CASO, NÃO SE PODERIA UTILIZAR DOS INDÍCIOS E PRESUNÇÕES COMO MEIO DE PROVA. É PRECISO LEMBRAR QUE OS INDÍCIOS SÃO SUBSTRATOS FÁTICOS PARA CONSTRUÇÃO DE PRESUNÇÕES, AS QUAIS, DE ACORDO COM O ART. 136 DO CÓDIGO CIVIL, SÃO MEIOS DE PROVA.

GILBERTO DE ULHÔA CANTO *IN* ‘PRESUNÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO’, EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA, SÃO PAULO, 1991, PÁGINAS 3/4, ENSINA QUE:

NA PRESUNÇÃO TOMA-SE COMO SENDO A VERDADE DE TODOS OS CASOS AQUILO QUE É A VERDADE DA GENERALIDADE DOS CASOS IGUAIS, EM VIRTUDE DE UMA LEI DE FREQUÊNCIA OU DE RESULTADOS CONHECIDOS, OU EM DECORRÊNCIA DA PREVISÃO LÓGICA DO DESFECHO. PORQUE NA GRANDE MAIORIA DAS HIPÓTESES ANÁLOGAS DETERMINADA SITUAÇÃO SE RETRATA OU DEFINE DE UM CERTO MODO, PASSA-SE A ENTENDER QUE DESSE MESMO MODO SERÃO RETRATADAS E DEFINIDAS TODAS AS SITUAÇÕES DE IGUAL NATUREZA. ASSIM, O PRESSUPOSTO LÓGICO DA FORMULAÇÃO PREVENTIVA CONSISTE NA REDUÇÃO, A PARTIR DE UM FATO CONHECIDO, DA CONSEQÜÊNCIA JÁ CONHECIDA EM SITUAÇÕES VERIFICADAS NO PASSADO; DADA A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS COMUNS, CONCLUI-SE QUE O RESULTADO CONHECIDO SE REPETIRÁ. OU, AINDA, INFERE-SE O ACONTECIMENTO A PARTIR DO NEXO CAUSAL LÓGICO QUE O LIGA AOS DADOS ANTECEDENTES.

MOACYR AMARAL SANTOS, EM 'PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL', LECIONA:

... PROVA É A SOMA DOS FATOS PRODUTORES DA CONVICÇÃO, APURADOS NO PROCESSO. A PROVA INDIRETA É O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO. NA BASE DESSE PROCESSO ESTÁ O FATO CONHECIDO. ... O FATO CONHECIDO, O INDÍCIO, PROVOCA UMA ATIVIDADE MENTAL, POR VIA DA QUAL PODER-SE-Á CHEGAR AO FATO DESCONHECIDO, COMO CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO POSITIVO DESSA OPERAÇÃO SERÁ UMA PRESUNÇÃO.

....

PAULO CELSO B. BONILHA IN "DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO", EDITORA DIALÉTICA, SÃO PAULO, 1997, P. 92, DIZ:

SOB O CRITÉRIO DO OBJETO, NÓS VIMOS QUE AS PROVAS DIVIDEM-SE EM DIRETAS E INDIRETAS. AS PRIMEIRAS FORNECEM AO JULGADOR A IDÉIA OBJETIVA DO FATO PROBANDO. AS INDIRETAS OU CRÍTICAS, COMO AS DENOMINA CARNELUTTI, REFEREM-SE A OUTRO FATO QUE NÃO O PROBANDO E QUE COM ESTE SE RELACIONA, CHEGANDO-SE AO CONHECIMENTO DO FATO POR PROVAR ATRAVÉS DE TRABALHO DE RACIOCÍNIO QUE TOMA POR BASE O FATO CONHECIDO. TRATA-SE, ASSIM, DE CONHECIMENTO INDIRETO, BASEADO NO CONHECIMENTO OBJETIVO DO FATO BASE, "FACTUM PROBATUM", QUE LEVA À PERCEPÇÃO DO FATO POR PROVAR ("FACTUM PROBANDUM"), POR OBRA DO RACIOCÍNIO E DA EXPERIÊNCIA DO JULGADOR.

INDÍCIO É O FATO CONHECIDO ("FACTUM PROBATUM") DO QUAL SE PARTE PARA O DESCONHECIDO ("FACTUM PROBANDUM") E QUE ASSIM É DEFINIDO POR MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

'ASSIM, INDÍCIO, SOB O ASPECTO JURÍDICO, CONSISTE NO FATO CONHECIDO QUE, POR VIA DO RACIOCÍNIO, SUGERE O FATO PROBANDO, DO QUAL É CAUSA OU EFEITO.' EVIDENCIA-SE, PORTANTO, QUE O INDÍCIO É A BASE OBJETIVA DO RACIOCÍNIO OU ATIVIDADE MENTAL POR VIA DO QUAL PODER-SE-Á CHEGAR AO

FATO DESCONHECIDO. SE POSITIVO O RESULTADO, TRATA-SE DE UMA PRESUNÇÃO.

ACRESCENTEM-SE, AINDA, AS PALAVRAS DE ANTÔNIO DA SILVA CABRAL IN 'PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL', EDITORA SARAIVA, SÃO PAULO, 1993, PÁGINA 311:

8. VALOR DA PROVA INDIRETA. EM DIREITO FISCAL CONTA MUITO A CHAMADA PROVA INDIRETA. CONFORME CONSTA DO AC. CSRF/01-0.004, DE 26-10-1979, 'A PROVA INDIRETA É FEITA A PARTIR DE INDÍCIOS QUE SE TRANSFORMAM EM PRESUNÇÕES. CONSTITUI O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO, EM CUJA BASE ESTÁ UM FATO CONHECIDO (INDÍCIO), PROVA QUE PROVOCA ATIVIDADE MENTAL, EM PERSECUÇÃO DO FATO CONHECIDO, O QUAL SERÁ CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO DESSE RACIOCÍNIO, QUANDO POSITIVO, CONSTITUI A PRESUNÇÃO.' O FISCO SE UTILIZA DA PROVA INDIRETA, MEDIANTE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES, SOBRETUDO PARA DESCOBRIR OMISSÕES DE RENDIMENTOS OU DE RECEITAS.

MARIA RITA FERRAGUT IN 'EVASÃO FISCAL: O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 116 DO CTN E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO', REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO Nº 67, EDITORA DIALÉTICA, SÃO PAULO, 2001, P. 119/120, BEM DESTACA A FORÇA PROBATÓRIA DAS PRESUNÇÕES E INDÍCIOS, BEM COMO A IMPERATIVIDADE DE SEU USO NA ESFERA TRIBUTÁRIA:

POR OUTRO LADO, INSISTIMOS QUE A PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS EM CAUSA NÃO SÓ REQUER, MAS IMPÕE, A UTILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO NO CASO DE DISSIMULAÇÃO, JÁ QUE A ARRECADAÇÃO PÚBLICA NÃO PODE SER PREJUDICADA COM A ALEGAÇÃO DE QUE A SEGURANÇA JURÍDICA, A LEGALIDADE, A TIPICIDADE, DENTRE OUTROS PRINCÍPIOS, ESTARIAM SENDO DESRESPEITADOS.

DENTRE AS POSSÍVEIS ACEPÇÕES DO TERMO, DEFINIMOS PRESUNÇÃO COMO SENDO NORMA JURÍDICA LATO SENSU, DE NATUREZA PROBATÓRIA (PROVA INDICIÁRIA), QUE A PARTIR DA COMPROVAÇÃO DO FATO DIRETAMENTE PROVADO (FATO INDICIÁRIO), IMPLICA JURIDICAMENTE O FATO INDIRETAMENTE PROVADO (FATO INDICIADO), DESCRITOR DE EVENTO DE OCORRÊNCIA FENOMÊNICA PROVÁVEL, E PASSÍVEL DE REFUTAÇÃO PROBATÓRIA.

É A COMPROVAÇÃO INDIRETA QUE DISTINGUE A PRESUNÇÃO DOS DEMAIS MEIOS DE PROVA (EXCEÇÃO FEITA AO ARBITRAMENTO, QUE TAMBÉM É MEIO DE PROVA INDIRETA), E NÃO O CONHECIMENTO OU NÃO DO EVENTO. COM ISSO, NÃO SE TRATA DE CONSIDERAR QUE A PROVA DIRETA VEICULA UM FATO CONHECIDO, AO PASSO QUE A PRESUNÇÃO UM FATO MERAMENTE PRESUMIDO. SÓ A MANIFESTAÇÃO DO EVENTO É ATINGIDA PELO DIREITO E, PORTANTO, O REAL NÃO TEM COMO SER ALCANÇADO DE FORMA OBJETIVA: INDEPENDENTEMENTE DA PROVA SER DIRETA OU INDIRETA, O FATO QUE SE QUER PROVAR SERÁ AO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MÁXIMO JURÍDICA CERTO E FENOMÊNICAMENTE PROVÁVEL. É A REALIDADE IMPONDO LIMITES AO CONHECIMENTO.

COM BASE NESSAS PREMISSAS, ENTENDEMOS QUE AS PRESUNÇÕES NADA 'PRESUMEM' JURIDICAMENTE, MAS PRESCREVEM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM FATO PROVADO DE FORMA INDIRETA. FATICAMENTE, TANTO ELAS QUANTO AS PROVAS DIRETAS (PERÍCIAS, DOCUMENTOS, DEPOIMENTOS PESSOAIS ETC.) APENAS 'PRESUMEM.'

CONSIDERA-SE, POIS, COMO PLENAMENTE ACEITÁVEL EM DIREITO TRIBUTÁRIO, O USO DA PROVA INDIRETA, QUAL SEJA O INDÍCIO E A PRESUNÇÃO, ESPECIALMENTE NOS CASOS DE SONEGAÇÃO FISCAL QUE É EXATAMENTE O CASO DOS AUTOS..." (GRIFOU-SE).

Embora se confunda com o mérito, importante destacar que o feito fiscal está respaldado no art. 10-A do Anexo VII do RICMS/02 (vigência até 30/06/23) c/c art. 17 da Parte 2 do Anexo V do RICMS/23 (efeitos a partir de 01/07/23), dentre outros dispositivos listados no AI.

Anexo VII - RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

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

<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Efeitos de 31/12/21 a 01/08/22

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico

referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda,
<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Efeitos de 14/11/20 a 30/12/21

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

Efeitos de 09/10/18 a 13/11/20

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

peças 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>. (Grifou-se)

Anexo V - Parte 2 - RICMS/23

Efeitos a partir de 01/07/23

Art. 17 - As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e 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 da 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 SEF, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Parágrafo único - Os arquivos eletrônicos previstos no caput serão dispensados quando se referirem às operações e às prestações realizadas pelos estabelecimentos das próprias administradoras dos cartões ou por estabelecimentos de empresas coligadas, desde que tais estabelecimentos mantenham e promovam a entrega do arquivo eletrônico previsto no art. 8º desta parte.

Da leitura dos dispositivos acima, verifica-se que as administradoras de cartões devem manter, para posterior repasse ao Fisco, arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito/débito, realizadas não só por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, como também por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo

imposto, sendo este o caso dos autos, no tocante às operações praticadas pelo sócio-administrador do estabelecimento autuado.

1.2. Da Arguição de Nulidade do Lançamento – “Ilegalidade da Obtenção dos Dados das Administradoras de Cartões”

A Impugnante relata que é necessário discutir a obtenção das informações prestadas das administradoras de cartões.

Salienta que não se discute o direito do Fisco de buscar informações dos contribuintes com outros entes, como bancos, cartórios e, no caso, administradoras de cartões, ressaltando, porém, que a questão é quando e como esta quebra do sigilo pode ocorrer.

Destaca, nesse sentido, que o sigilo das informações bancárias é resguardado pelo art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, abaixo transcrito, bem como pelo art. 5º, incisos XII, LIV e LV da Constituição Federal de 1988 - CF/88.

“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.”

Afirma, porém, que da leitura do Auto de Infração e do Relatório que o acompanha fica claro o entendimento de que a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG, antes do início do procedimento fiscal, já havia acessado os seus dados, sem a prévia instauração de Processo Administrativo e cientificação da empresa para entrega voluntária de documentos, para que ficasse demonstrada, de forma clara, a necessidade da quebra do sigilo de informações.

Ressalta que o caso em questão ainda é mais peculiar por tratar de quebra de sigilo de pessoa física também. Por conseguinte, a quebra do sigilo do sócio se torna absolutamente ilegal e ilegítima, não havendo amparo para que a autoridade tributária houvesse feito esse acesso indevido.

Transcreve decisão do Superior Tribunal Justiça - STJ sobre a matéria e argumenta que no e-PTA não consta informação de como foram obtidas as informações, nem quando, nem em que procedimento ou processo tal pedido foi feito. Na verdade, fica claro pela leitura dos documentos e do próprio AI que a SEF/MG somente iniciou os procedimentos fiscalizatórios após a obtenção das informações, sem que o Contribuinte tivesse qualquer conhecimento da quebra desse sigilo.

Pontua que, mesmo que essa informação tivesse sido obtida após o início dos procedimentos fiscalizatórios, apesar de não haver essa informação no e-PTA, a fiscalização foi aberta em face da empresa, da pessoa jurídica. Em momento algum, poder-se-ia pretender que a autorização legislativa, que trata da abertura de processo administrativo para poder solicitar as informações, possa ser ampliada para os sócios,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

complementando que, para poder acessar as informações desses contribuintes, processos específicos deveriam ter sido criados e deveriam ser solicitadas as informações em separado da empresa.

Finaliza alegando que, partindo da premissa de que a autoridade fazendária se utilizou de forma ilegal, sem embasamento fático ou legal, das informações constantes da máquina de outro contribuinte, no caso o sócio Cristiano Chaves Belém, o acesso também ilegal desses dados leva ao entendimento de que deve ser anulado o Auto de Infração.

Contudo, verifica-se, uma vez mais, não assistir razão à Impugnante.

Qualquer entidade empresarial pode ser objeto de atividade exploratória por parte da Fazenda Estadual, para verificação da correteza das informações prestadas e declarações realizadas, bem como do correto funcionamento das empresas, de acordo com a legislação.

Dessa forma, em trabalho de exploratória, foi enviada intimação nº 48/2024 para a Impugnante, na data de 07/03/24, com ciência tácita em 18/03/24, por meio da qual foi solicitada a apresentação do “Detalhamento das Vendas” devidamente preenchido e assinado pelo representante legal da empresa, relativamente ao período de janeiro de 2019 a junho de 2023.

Como já informado, anexado à intimação, seguiu o modelo a ser preenchido, no qual constava campo específico para informação de valores recebidos, por meio de cartão de crédito/débito, tanto pela empresa, quanto pelos sócios (especialmente do sócio administrador).

Posteriormente, em face do descumprimento da intimação, foi lavrado Auto de Início de Ação fiscal nº 10.000049849.16 para apuração das informações.

Conforme exposto, as informações de cruzamento foram verificadas após o início da ação fiscal, não havendo, portanto, qualquer quebra de sigilo bancário da entidade empresarial ou do sócio-administrador.

Além do exposto, frise-se o fato de que o fornecimento de informações pelas instituições financeiras às administrações tributárias não resulta em quebra de sigilo bancário, conforme dicção da Cláusula terceira do Convênio ICMS nº 134/16, *verbis*:

Convênio ICMS nº 134/16

Cláusula terceira - As instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, fornecerão às unidades federadas alcançadas por este convênio, até o último dia do mês subsequente, todas as informações relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento de que trata este convênio, conforme leiaute previsto em Ato COTEPE/ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe salientar que tal dispositivo constante no convênio teve confirmação por ratificação do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal - STF, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 7.276 de 2024, confira-se:

ADI 7.276 DE 09/09/2024:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVÊNIO ICMS N. 134/2016 DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ, ALTERADO PELO CONVÊNIO N. 166/2022. ATO DA COMISSÃO TÉCNICA PERMANENTE DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - COTEPE/ICMS N. 65/2018, ALTERADO PELO ATO COTEPE/ICMS N. 37/2022, E O ATO COTEPE/ICMS N. 81/2022. MANUAL DE ORIENTAÇÕES DE LEIUTE DA DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES DE MEIOS DE PAGAMENTO - DIMP. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RESERVA LEGAL PARA EDIÇÃO DE NORMAS QUE VEICULAM OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS TRIBUTÁRIAS EDITADAS PARA FISCALIZAÇÃO DE TRIBUTOS. TRANSFERÊNCIA DE DADOS SIGILOSOS BANCÁRIOS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AOS ENTES FEDERADOS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, JULGADA IMPROCEDENTE.

(...)

3. SÃO FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS AS CLÁUSULAS SEGUNDA, TERCEIRA, QUARTA E PARÁGRAFO ÚNICO DA CLÁUSULA SEXTA DO CONVÊNIO ICMS N. 134/2016, DO CONFAZ, NORMAS COMPLEMENTARES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NOS TERMOS DO INC. IV DO ART. 100 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, EDITADAS COM FUNDAMENTO NO § 1º DO ART. 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.” (GRIFOU-SE)

Quanto à Lei Complementar (LC) nº 105/01, argumentos similares aos apresentados pela Impugnante já foram rejeitados pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, podendo ser citada, a título de exemplo, a decisão relativa ao Acórdão nº 24.715/23/3ª, com excertos infra transcritos:

ACÓRDÃO Nº 24.715/23/3ª

“... 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

[...]

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 INTERMEDIÇÃO 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 INFRA TRANSCRITA) 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. (GRIFOU-SE).

“... 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: (Grifou-se).

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, SEGUNDA 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 HOVER 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 PRETENSÃO 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.

ASSIM, DIVERSAMENTE DO ENTENDIMENTO DA DEFESA, HOUE 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.” (GRIFOS ORIGINAIS)

Assim como ocorreu na decisão acima, no presente caso, 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.

Ademais, como será visto na fase meritória, o presente lançamento está em perfeita consonância com a legislação que rege a matéria, especialmente no art. 10-A do Anexo VII do RICMS/02 (vigência até 30/06/23) c/c art. 17 da Parte 2 do Anexo V do RICMS/23 (efeitos a partir de 01/07/23), reproduzidos no tópico anterior, dentre outros dispositivos listados no AI.

Tais fatos, aliados àqueles já explicitados no tópico anterior, demonstram a im procedência dos argumentos da Impugnante.

Não há que se falar, portanto, em “ilegalidade da obtenção dos dados das Administradoras de Cartões”, como tenta fazer crer a Impugnante.

Rejeita-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, ocorridas no período de 01/01/20 a 31/12/23, 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.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas 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.

O confronto entre as operações declaradas pelas operadoras de cartões de crédito e débito, com as vendas declaradas nas PGDASN-D, relativo aos exercícios de 2020 a 2023, está demonstrado no Anexo 2 do AI (planilha “Conclusão Fiscal”).

Conforme demonstrado no Anexo 1 do Auto de Infração (AI), a base de cálculo das saídas desacobertadas corresponde ao valor das receitas omitidas, incluindo-se nesta o montante do próprio ICMS, nos termos estabelecidos no art. 49 do RICMS/02 c/c art. 18 do RICMS/23.

RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

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.

RICMS/23

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 18 - O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e IV do caput do art. 12 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 produtos em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias e armazéns” (CNAE 47.12-1/00).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I, V e VII do RICMS/02 c/c art. 159, incisos I, V e VII do RICMS/23.

RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

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;

[...]

V - conclusão fiscal;

[...]

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;

[...]

RICMS/23

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 159 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, a autoridade fiscal poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

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

[...]

V - conclusão fiscal;

[...]

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;

Ressalte-se que as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações de operações e prestações sujeitas ao ICMS, nos termos previstos no art. 50, § 6º da Lei nº 6.763/75, infra reproduzido, c/c arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02 (vigência até 30/06/23) e arts. 17 e 21 da Parte 2 do Anexo V do RICMS/23 (efeitos a partir de 01/07/23), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF -, ainda que não regularmente inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

Esse repasse ao Fisco das informações das operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, pelas administradoras de cartões de crédito/débito e estabelecimentos similares, encontra respaldo em decisões judiciais, dentre as quais pode ser destacada a seguinte:

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO - CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, V, DA LEI Nº 8.137/90) - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO NÃO TRANSCORRIDO - NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DE SIGILO FISCAL - INOCORRÊNCIA - FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - NULIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS - INOCORRÊNCIA - NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DO ACUSADO NA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - PREENCHIMENTO DAS FORMALIDADES E REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ALTERAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO FIXADAS NA SENTENÇA - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - IMPOSSIBILIDADE.

- SE NÃO DECORREU O PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS PREVISTOS NO ART. 117, DO CÓDIGO PENAL, NÃO HÁ COMO DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

- NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DO SIGILO FISCAL, SE O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES DE VENDA POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO À RECEITA ESTADUAL É UMA OPERAÇÃO OBRIGATÓRIA, PREVISTA NOS ARTS. 5º E 6º, DA LC Nº 105/2001, E ART. 10-A DA PARTE 1, DO ANEXO VII, DO RICMS/2002 (MINAS GERAIS).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- SE NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FOI OPORTUNIZADO AO RÉU O DIREITO DE DEFESA, TENDO ELE, INCLUSIVE, ACIONADO O CONSELHO DE CONTRIBUINTES, NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER VÍCIO QUE ACARRETE NULIDADE.
- É VÁLIDA A DENÚNCIA QUE PREENCHE AS FORMALIDADES E OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
- NÃO HÁ FALAR EM ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO QUE DEIXOU DE EMITIR NOTAS FISCAIS DE MERCADORIAS VENDIDAS, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS AOS COFRES PÚBLICOS.
- RESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE O AGENTE, NA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR DA EMPRESA, VENDEU MERCADORIAS SEM EMITIR AS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS, AO LONGO DE UM EXTENSO PERÍODO DE TEMPO, RESTA EVIDENCIADO O DOLO EM SUA CONDUTA, IMPONDO-SE A CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.
- NÃO DEVEM SER ALTERADAS AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS IMPOSTAS NA SENTENÇA, SE ELAS FORAM APLICADAS EM CONFORMIDADE COM OS ARTS. 43, 44, §2º, 45, 46, E 55, TODOS DO CÓDIGO PENAL.
- SE O RÉU ENCONTRA-SE ASSISTIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO, IMPROVADA A SUA HIPOSSUFICIÊNCIA, NÃO FAZ JUS À ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, NOS TERMOS DO ART.10, DA LEI ESTADUAL 14.939/03.

(TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL 1.0079.14.011858-3/001, RELATOR(A): DES.(A) AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO, 7ª CÂMARA CRIMINAL, JULGAMENTO EM 07/10/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 16/10/2015)

Contraopondo-se ao feito fiscal, a Impugnante questiona a alíquota de 18% (dezoito por cento) aplicada pelo Fisco com fulcro art. 12, inciso I, alínea “d.1” e § 71 c/c art. 51, inciso III da Lei nº 6.763/75, já citados anteriormente.

Salienta que o problema nesse raciocínio é que o Fisco desconsidera que as informações prestadas pelas administradoras de cartões se incluem, legalmente, no conceito de documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02 c/c art. 93, inciso III do RICMS/23.

Afirma que a própria legislação, citada inclusive pelo Fisco, define que as informações são consideradas documentos fiscais. Se o são para a constituição de créditos tributários, também o são para quando da definição da alíquota a ser aplicada.

Pontua que a afirmação feita no relatório fiscal de que a imposição da alíquota de 18% (dezoito por cento) se dá pela impossibilidade de apurar-se a “proporcionalidade das mercadorias” não pode prosperar, pelo fato de que a empresa é optante do Simples Nacional.

Ressalta que, nessa sistemática, a apuração do ICMS se dá por aplicação de alíquotas variáveis a serem aplicadas sobre o faturamento bruto, ou seja, mesmo considerando o valor indevidamente somado da máquina de cartão no CPF do sócio, utilizando-se as alíquotas previstas no Anexo I do Simples Nacional, os valores a serem apurados como devedores seriam significativamente menores.

Relata que, para o Fisco, mesmo que as empresas do Simples Nacional paguem tributos unificadamente, com alíquotas reduzidas, inclusive o ICMS, caso efetue alguma venda considerada pela SEF/MG não acobertada por documento fiscal, terá que recolher o ICMS separado, sobre a diferença sonogada no PGDAS, com base na alíquota geral do tributo: 18% (dezoito por cento).

Finalizando, a Impugnante reproduz decisões judiciais que respaldam o seu entendimento e requer, dessa forma, a revisão das exigências, para que o ICMS devido seja apurado com base no Anexo I do Simples Nacional, descartando a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento).

No entanto, as alegações da Impugnante não têm o condão de elidir o feito fiscal.

Ressalte-se, inicialmente, que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito realmente são consideradas documentos fiscais, o mesmo acontecendo com diversos outros documentos previstos no RICMS, a teor do disposto no art. 132, incisos I a III do RICMS/02 (vigência até 30/06/23) e art. 93, incisos I a III do RICMS/23 (efeitos a partir de 01/07/23).

RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

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

I - outros documentos não mencionados nos artigos anteriores e previstos neste Regulamento e seus Anexos e na legislação estadual;

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 09/10/2018 a 13/11/2020

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.

RICMS/28

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 93 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

I - outros documentos não mencionados nos arts. 91 e 92 e previstos neste regulamento e seus anexos e na legislação estadual;

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

III - as informações prestadas:

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

b) pelos intermediadores de serviços e de negócios, relativas às operações e às prestações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que tenham intermediado e que envolvam estabelecimentos de contribuintes, pessoas jurídicas inscritas no CNPJ ou pessoas físicas inscritas no CPF, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, localizados neste Estado, seja na condição de remetentes, destinatários ou tomadores, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

O art. 10-A do Anexo VII do RICMS/02 e o art. 17 da Parte 2 do Anexo V do RICMS/23, não deixam qualquer dúvida quanto ao objetivo da norma legal supra transcrita, qual seja, permitir ao Fisco a verificação do cumprimento das obrigações tributárias relativas às operações (e prestações) passíveis de tributação pelo ICMS, efetivadas por pessoas físicas ou jurídicas, por meio de cartões de crédito/débito, ainda que não regularmente inscritas no cadastro de contribuinte do imposto, confira-se:

Anexo VII - RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

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

Efeitos de 31/12/21 a 01/08/22

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda,
<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>.

Efeitos de 14/11/20 a 30/12/21

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

Efeitos de 09/10/18 a 13/11/20

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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>. (Grifou-se)

Anexo V - Parte 2 - RICMS/23

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 17 - As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e 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 da 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 SEF, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>. Parágrafo único - Os arquivos eletrônicos previstos no caput serão dispensados quando se referirem às operações e às prestações realizadas pelos estabelecimentos das próprias administradoras dos cartões ou por estabelecimentos de empresas coligadas, desde que tais estabelecimentos mantenham e promovam a entrega do arquivo eletrônico previsto no art. 8º desta parte. (Grifou-se)

Por sua vez, o art. 13-A do Anexo VII do RICMS/02 e o art. 21 do Anexo V da Parte 2 do RICMS/23 estabelecem a periodicidade/prazo de entrega das informações a serem repassadas pelas administradoras de cartões, bem como os aspectos formais a serem observados em relação à transmissão dos arquivos eletrônicos, com o fito de conferir autenticidade às informações neles contidas (arquivos eletrônicos).

Anexo VII - RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Efeitos de 31/12/21 a 01/08/22

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

Efeitos de 01/10/17 a 30/12/21

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

<http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>, 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;

Efeitos de 1º/10/2017 a 30/12/2021

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/instituicoes de pagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. (Grifou-se)

Anexo V - Parte 2 - RICMS/23

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 21 - 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 o arquivo eletrônico previsto no art. 20 desta parte até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas previstas no caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa disponível no endereço eletrônico <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela 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. (Grifou-se)

Verifica-se, portanto, que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, além de idôneas, são consideradas fidedignas, do ponto de vista fiscal (intituladas documentos fiscais), possibilitando ao Fisco a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações/prestações praticadas por terceiros (pessoas físicas ou jurídicas), ainda que não regularmente inscritas no cadastro de contribuintes deste Estado, e se houve o regular cumprimento das obrigações tributárias relativas a essas operações/prestações.

Obviamente, por se tratar operações realizadas por terceiros (no caso, o estabelecimento atuado), as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, ainda que consideradas como documentos fiscais, não têm o condão de acobertar as mencionadas operações, cujos recebimentos ocorreram sob essa forma de pagamento (cartões de crédito/débito), prestando-se, apenas, como fonte idôneas/fidedigna, que permite ao Fisco esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte (estabelecimento atuado, no presente caso).

A título de exemplo, seguem abaixo alguns documentos elencados no art. 92 do RICMS/23 (efeitos a partir de 01/07/23), também definidos como “documentos fiscais”, que não acobertam operações/prestações tributáveis pelo ICMS, apesar de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estarem vinculados, direta ou indiretamente, à apuração do imposto e ao seu recolhimento.

RICMS/23

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 92 - São documentos fiscais, além dos mencionados no *caput* do art. 91 deste regulamento:

I - Documento de Arrecadação Estadual - DAE;

II - Documento de Arrecadação Fiscal - DAF;

III - Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, modelo 23;

IV - Declaração de Apuração e Informação do ICMS - Dapi, modelo 1;

V - Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária - GIA-ST;

VI - Declaração de Substituição Tributária, Diferencial de Alíquota e Antecipação - Desta;

VII - Declaração Anual do Movimento Econômico e Fiscal - Damef ... (Grifou-se)

Nesse sentido, o art. 39, § 1º da Lei nº 6.763/75 determina a obrigatoriedade de acobertamento de toda movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação por documento fiscal hábil, na forma definida em regulamento.

Lei nº 6.763/75

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.
(Grifou-se)

Seguindo essa determinação, o art. 130 do RICMS/02 (vigência até 30/06/23) e o art. 91 do RICMS/23 (efeitos a partir de 01/07/23) disciplinam quais são os documentos fiscais que devem ser emitidos para fins de acobertamento das operações relativas à circulação de mercadorias, confira-se:

RICMS/02

(Vigência até 30/06/23)

Art. 130 - Para acobertar as operações ou as prestações que realizar, o contribuinte do imposto utilizará, conforme o caso, os seguintes documentos fiscais:

I - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2;
III - Cupom Fiscal emitido por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

[...]

XXXI - Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55;

[...]

XXXVIII - Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica - NFC-e -, modelo 65; ... (Grifou-se)

RICMS/23

(Efeitos a partir de 01/07/23)

Art. 91 - Para acobertar as operações ou as prestações que realizar, o contribuinte do imposto utilizará, conforme o caso, os seguintes documentos fiscais:

I - Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55;

II - Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica - NFC-e, modelo 65 ... (Grifou-se)

No caso dos autos, a Impugnante não comprovou a emissão dos documentos fiscais relativos ao faturamento por ela omitido.

Reitere-se que o sócio-administrador da empresa autuada em momento algum comprovou que parte ou a totalidade de sua movimentação com cartões de crédito/débito se referem a outras atividades, estranhas à empresa, não inseridas no campo de incidência do ICMS.

Lado outro, cabe destacar que a exigência do ICMS, sem os benefícios do regime simplificado de tributação do Simples Nacional, está respaldada 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à alíquota aplicada pelo Fisco: 18% (dezoito por cento), necessário reiterar que o procedimento fiscal está respaldado no art. 12, inciso I, subalínea “d.1” e § 71 c/c art. 51, inciso III da Lei nº 6.763/75,

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;

[...]

§ 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.

Corretas, portanto, as exigências fiscais, constituídas pelo ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, esta última já adequada ao limite estabelecido no § 2º, inciso I do mesmo dispositivo legal.

2.1. Da Sujeição Passiva:

Conforme relatado, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária o Sr. Sr. Cristiano Chaves Belém, 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.

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

[...]

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

[...]

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

[...]

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 (omissão de receitas – saídas desacobertadas de documentação fiscal).

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

2.2. Da Exclusão do Contribuinte do Simples Nacional:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, ao contrário da afirmação da Impugnante, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação da prática reiterada de saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS desacobertadas de documentação fiscal.

A exclusão em questão está respaldada nos 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 140/18 (antecedida pela Resolução CGSN nº 94/11), *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Grifou-se).

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 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, promova saídas de mercadorias sem a emissão das notas fiscais correspondentes.

Registre-se, por outro lado, que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CC/MG) julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si, conforme reiteradas decisões deste Órgão Julgador, podendo ser citada, a título de exemplo, a decisão relativa ao Acórdão nº 22.078/16/1ª:

ACÓRDÃO Nº 22.078/16/1ª

EMENTA (PARCIAL)

“... SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU A 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, ALÍNEAS “D” E “J”, § 3º E 6º, INCISO I DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.”

Reitere-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS desacobertadas de documentação fiscal.

O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, sujeitando o contribuinte à apuração do imposto pelo sistema normal de débito e crédito, por consequência de sua exclusão do regime simplificado de tributação do Simples Nacional, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado, se vier a ser exigido, somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Tal procedimento não representa ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, pois, havendo a exclusão do Simples Nacional, o contribuinte poderá apurar todos os créditos a que tem direito, relativos às entradas de mercadorias por ele adquiridas, que serão apropriados em sua conta gráfica e serão abatidos de seus débitos, a partir do momento em que passar a apurar o imposto pelo sistema normal de débito e crédito, ou serão abatidos no momento em que o Fisco efetuar a recomposição da conta gráfica da empresa, se for o caso.

2.3. Da Arguição de Aplicação Errônea da Multa Isolada Exigida:

A penalidade exigida pelo Fisco, capitulada no art. 55, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, amolda-se perfeitamente ao caso dos autos, uma vez caracterizada a infração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Lei nº 6.763/75

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

[...]

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta

por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

[...]

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação. (Grifou-se)

Ao contrário da alegação da Impugnante, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “a” da lei supracitada, afigura-se inaplicável ao presente processo, pois não se trata de emissão de documento fiscal com consignação de “importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação”, uma vez que sequer houve emissão de documentos fiscais relativos ao faturamento por ela omitido.

2.4. Das Questões de Cunho Constitucional:

As questões de cunho constitucional suscitadas pelos Impugnantes (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “*a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda*”.

Ressalte-se, no entanto, que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que estão expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig Peres. Participaram do julgamento, além das signatárias, as Conselheiras Mellissa Freitas Ribeiro (Revisora) e Cássia Adriana de Lima Rodrigues.

Sala das Sessões, 26 de fevereiro de 2025.

Emmanuelle Christie Oliveira Nunes
Relatora

Cindy Andrade Morais
Presidente

CS/D