

Acórdão: 23.395/19/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000973739-56
Impugnação: 40.010146627-61
Impugnante: J.M. Andrade & Cia Ltda
IE: 110512849.00-80
Coobrigado: Espólio de Jorge Muniz de Andrade
CPF: 026.034.206-82
Origem: DFT/Poços de Caldas

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelo crédito correspondente às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75. Contudo, no caso dos presentes autos o espólio do Coobrigado responde pelo crédito tributário devido somente em relação ao período em que o sócio-administrador geriu a sociedade (maio de 2016).

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 o valor do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS-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 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, c/c o §2º, inciso I, do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Restou comprovado nos autos que a Autuada promoveu, reiteradamente, saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal. Correta a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18. Contudo, referida exclusão deve ser adequada devendo seus efeitos retroagir ao mês em que restou caracterizada a prática reiterada da infração

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de abril de 2015 a novembro de 2017, apuradas mediante confronto entre o valor do faturamento declarado pela Autuada ao Fisco (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

A empresa autuada está classificada no CNAE 4711-3/02 – comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados.

Exigem-se ICMS (18%), Multas de Revalidação e Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, c/c § 2º, I, do citado artigo, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Fiscalização a excluiu do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, conforme art. 29, incisos V e XI da Lei nº Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § § 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

Foram eleitos para polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o sócio-administrador arrolado no Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Explica a Fiscalização que as intimações relativas ao Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF, à lavratura do Auto de Infração, ao Termo de Exclusão do regime do Simples Nacional, dentre outros, foram efetuadas por meio de publicação no Diário Oficial do Estado nos termos do art. 10, § 1º do RPTA, tendo em vista o desaparecimento do contribuinte e também em razão das tentativas frustradas de intimação dos sócios da empresa.

Instruem os autos, Auto de Infração - AI de fls. 02/06; Relatório de Autuação Fiscal de fls. 07/13; Anexo 01: Dados cadastrais do contribuinte (SIARE, JUCEMG e RFB) – fls. 14/20; Anexo 02: Planilhas “Conclusão Fiscal - Operações de crédito, débito e similares” com a apuração do ICMS devido relativo às saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 21/25); Anexo 03: Extrato de Consulta às declarações do Simples Nacional – PGDAS-D de abril de 2015 a novembro de 2017 e Planilha “Notas Fiscais eletrônicas de terceiros” – de janeiro de 2015 a outubro de 2017 (fls. 26/122); Anexo 04: Planilha fiscal com totais de vendas com máquina de cartão de crédito/débito fornecidos pelas administradoras de cartões/Relatório consolidado das Administradoras de cartão de crédito/débito gerado pelo aplicativo Auditor Eletrônico/Mídia óptica (CD/DVD) contendo Relatório detalhado das operadoras de cartão de crédito/débito - por operação e amostragem (fls. 123/130); Termo de Intimação (fls. 131/132); Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fls. 133/135); Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 136/137).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada, tempestivamente e por seu representante legal, apresenta Impugnação às fls. 143/145, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 172/181.

A Assessoria do CC/MG exara a diligência de fls. 186, aos seguintes termos:

1 – Consta dos autos que o Coobrigado Jorge Muniz de Andrade faleceu m 26/05/16, providenciar a inclusão do espólio no polo passivo da obrigação tributária.

2 – Consta dos autos que a Autuada declarou 30% (trinta por cento) das vendas como “tributadas” e 70% (setenta por cento) das vendas como “sujeitas ao regime de substituição tributária”, mas referida informação não foi considerada, uma vez que os valores declarados não acobertam o volume de saídas, sendo incompatível com o total de notas fiscais eletrônicas de entrada, sendo considerada a totalidade das vendas desacobertadas de documento fiscal como tributadas.

Apresentar demonstrativo contendo a demonstração da alegação retro.

Conceder vista dos autos aos Sujeitos Passivos supra por 30 (trinta) dias, consoante art. 120, § 2º, do RPTA.

Ocorrendo manifestação, favor replicar em seguida.

Em resposta à diligência retro, a Fiscalização promove a rerratificação do lançamento (fls. 187/188) para “*alterar a denominação do Coobrigado para o Espólio de Jorge Muniz de Andrade, em decorrência do falecimento do Coobrigado em 26/05/16, conforme certidão de óbito colacionada aos autos*” (vide AI reemitido às fls. 189/191).

Na oportunidade, também foi colacionada aos autos “*planilha que demonstra que as notas fiscais eletrônicas de entrada não acobertam os valores apurados de saídas de mercadorias efetuadas com cartão de crédito/débito/similares, mas tão somente os valores declarados no PGDAS-D*” (fls. 192).

O PTA foi indevidamente inscrito em dívida ativa, mas posteriormente a Certidão de Dívida Ativa - CDA foi cancelada (fls. 198/209).

A Autuada e a Inventariante do espólio de Jorge Muniz de Andrade são devidamente intimadas da rerratificação do lançamento e da juntada de documentos (fls. 194/197), mas não se manifestaram.

A Assessoria do Conselho, em seu parecer às fls. 211/229, opina pela procedência parcial do lançamento para que a responsabilidade do espólio do Coobrigado seja limitada ao período em que este geriu a sociedade (de abril/15 a maio/16) e pela procedência parcial da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional, para considerá-la somente a partir de maio de 2015.

DECISÃO

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

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de abril de 2015 a novembro de 2017, apuradas por meio do confronto entre as vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito e as vendas declaradas nas declarações do Simples Nacional.

Exigem-se ICMS (18%), Multas de Revalidação e Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, do citado artigo, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Fiscalização a excluiu do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, conforme art. 29, incisos V e XI da Lei nº Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

Foram eleitos para polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o espólio do falecido sócio-administrador, conforme arrolado no Auto de Infração (Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 187/188), nos termos do disposto no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75.

Registra a Fiscalização que intimou o Sujeito Passivo, via postal, a apresentar planilhas contendo o detalhamento das vendas e as justificativas para a divergência apurada entre as informações repassadas ao Fisco pelas administradoras de cartão de crédito/débito e os valores do faturamento informados nas declarações do Simples Nacional.

Explica que, diante da informação retornada pelos Correios no sentido de que o contribuinte mudou de endereço, foi realizada diligência fiscal no endereço informado no Cadastro de Contribuintes do ICMS, constatando o desaparecimento do contribuinte e o encerramento irregular da empresa.

Em seguida, informa que foi emitido o AIAF cientificado o Autuado acerca do início da ação fiscal e requerendo a apresentação de documentação fiscal referente ao período ora autuado (publicação do diário oficial - art. 10, § 1º, do RPTA).

Tendo em vista a não apresentação da documentação solicitada e do CNAE do contribuinte, registra a Fiscalização que o valor referente às vendas sem acobertamento fiscal foi submetido à tributação com utilização da alíquota do imposto no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme art. 12, inciso I, “d”, “d.1”, c/c § 71 e o art. 51, inciso III, ambos da Lei nº 6.763/75.

Para a apuração do valor omitido, extraiu-se dos valores informados pelas Administradoras de cartão de crédito e débito (fls. 123/127), os valores de faturamento oficialmente informados ao Fisco pela empresa autuada (fls. 26/113 dos autos), obtendo-se o valor das saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (demonstrativos de fls. 21/25).

Informa a Fiscalização que a Autuada, nos exercícios de 2015 a 2017, era optante pelo regime Simples Nacional (tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a que se refere à LC nº 123/06).

Tendo em vista a fala da Fiscalização de que *“a Autuada declarou 30% (trinta por cento) das vendas como “tributadas” e 70% (setenta por cento) das vendas como “sujeitas ao regime de substituição tributária”, mas referida informação não foi considerada, uma vez que os valores declarados não acobertam o volume de saídas, sendo incompatível com o total de notas fiscais eletrônicas de entrada, sendo considerada a totalidade das vendas desacobertas de documento fiscal como tributadas”*, a Assessoria do CC/MG exarou a diligência de fls. 186, que no seu item 02 determinou que fosse demonstrada a citada alegação.

Em resposta ao item 02 da diligência retro, a Fiscalização colacionou aos autos *“planilha que demonstra que as notas fiscais eletrônicas de entrada não acobertam os valores apurados de saídas de mercadorias efetuadas com cartão de crédito/débito/similares, mas tão somente os valores declarados no PGDAS-D”* (fls. 192).

Compulsando referido demonstrativo, pode-se constatar que no período autuado (abril de 2015 a novembro de 2017) a Autuada registrou entradas de mercadorias acobertas por documento fiscal no montante de R\$ 133.361,11 (cento e trinta e três mil, trezentos e sessenta e um reais sessenta e um centavos).

Lado outro, conforme informações prestadas ao Fisco, no âmbito do Simples Nacional (declarações às fls. 26/113), foi informado um faturamento total no montante de R\$ 266.830,60 (duzentos e sessenta e seis mil, oitocentos e trinta reais e sessenta centavos) para o período autuado, este valor já foi considerado na apuração das saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal – saídas desacobertas de documento fiscal apuradas no montante de R\$ 6.464.113,61 (vide coluna “Faturamento” e “Faturamento omitido” dos demonstrativos de fls. 21/26 - Anexo 02: Planilhas *“Conclusão Fiscal - Operações de crédito, débito e similares”* com a apuração do ICMS devido relativo às saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal – Demonstrativo do Crédito Tributário).

Conclui-se, pois, sem muito esforço, conforme bem destacado pela Fiscalização, que as entradas de mercadorias informadas ao Fisco pela Autuada (R\$ 133.361,11) são insuficientes para suportar o volume de saídas informadas e constatadas (total de saídas declaradas e apuradas pelo Fisco: R\$ 266.830,60 + R\$ 6.464.113,61 = R\$ 6.730.944,21), denotando-se, dessa forma, que as mercadorias

objeto do lançamento entraram e saíram do estabelecimento da Autuada desacobertadas de documento fiscal.

Pode-se dizer que a Autuada teve um Custo de Mercadoria Vendida – CMV no montante de R\$ 133.361,11 (entradas declaradas) para um total de vendas de R\$ 6.730.944,21 (soma do faturamento omitido e declarado), o que equivale a uma margem de agregação aproximadamente de 4000% (quatro mil por cento), bastante elevada (praticamente inconcebível) para o segmento que atua (CNAE 4711-3/02 Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados), o que confirma a conclusão de que as mercadorias entraram e saíram do estabelecimento sem acobertamento fiscal. Estando, assim, correto o entendimento do Fisco em exigir ICMS da totalidade das saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal.

Corroborando o entendimento, ora externado, várias decisões deste Conselho de Contribuintes, dentre às quais se destaca:

ACÓRDÃO: 21.389/13/1ª RITO: ORDINÁRIO

(...)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. CONSTATADA A PRÁTICA DE ATOS COM INFRAÇÃO A LEI, CORRETA A ELEIÇÃO DO COOBRIGADO PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA NOS TERMOS DO ART. 124, INCISO II DO CTN C/C O ART. 21, INCISO XII DA LEI Nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSTATADO, MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES CONSTANTES EM DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS, DEVIDAMENTE APREENDIDOS NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA, COM AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS NO MESMO PERÍODO, QUE O SUJEITO PASSIVO PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (COSMÉTICOS, PERFUMARIA, ARTIGOS DE TOUCADOR) DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISO I DA PARTE GERAL DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO, ART. 56, INCISO II C/C § 2º, INCISO III E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

QUANTO À APURAÇÃO DO VALOR A TRIBUTAR, O PROCEDIMENTO UTILIZADO PELA FISCALIZAÇÃO NÃO DEIXA DÚVIDAS, PRINCIPALMENTE APÓS AS DILIGÊNCIAS DETERMINADAS PELA CÂMARA DE JULGAMENTO E PELA ASSESSORIA DO CC/MG, DE QUE AS ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A ST ESCRITURADAS PELA AUTUADA NÃO SÃO CAPAZES DE SUPOORTAR AS SAÍDAS DE MERCADORIAS EFETUADAS NO PERÍODO FISCALIZADO.

DEPREENDE-SE DO LEVANTAMENTO FISCAL QUE, PARA QUE FOSSE POSSÍVEL QUE A PARCELA DE MERCADORIAS SUJEITAS À ST, ADQUIRIDA COM ACOBERTAMENTO FISCAL, SUPOORTASSE AS VENDAS ACOBERTADAS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE MERCADORIAS SUJEITAS À ST E TAMBÉM AS SAÍDAS DESACOBERTADAS APURADAS NO LANÇAMENTO, SERIA NECESSÁRIO QUE A AUTUADA PRATICASSE UMA MARGEM DE AGREGAÇÃO MUITO SUPERIOR AQUELAS NORMALMENTE PRATICADAS PELO COMÉRCIO ATACADISTA CONFORME DEMONSTRATIVO SUPRA.

OBSERVA-SE, PELA PLANILHA CONSTANTE DE FL. 1526, QUE PARA O EXERCÍCIO DE 2010 A MARGEM DE AGREGAÇÃO CHEGARIA AO PATAMAR DE 4.687% (QUATRO MIL SEISCENTOS E OITENTA E SETE POR CENTO).

DESSA FORMA, OS ELEMENTOS DOS AUTOS AUTORIZAM A EXIGÊNCIA DO ICMS/ST E A RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO, UMA VEZ QUE RESTOU DEMONSTRADO QUE TAIS MERCADORIAS NÃO TIVERAM O IMPOSTO RECOLHIDO NO MOMENTO DA ENTRADA NO TERRITÓRIO MINEIRO.

(...)

Como se verifica dos autos, a Fiscalização, por entender que não restaram devidamente especificadas as cargas tributárias das operações realizadas sem a emissão de documento fiscal, aplicou corretamente a alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme preceituado no art. 12, § 71, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

A norma ínsita no art. 12, § 71, inciso I da Lei nº 6.763/75, foi introduzida na Lei nº 6.763/75 pela Lei nº 20.540, de 14 de dezembro de 2012, e assim dispõe:

Art. 12 (...)

§ 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. (Grifos acrescidos).

Depreende-se da leitura da norma em destaque, que sua aplicabilidade restringe-se aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela autoridade fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado nas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, § 2º), o que é caso da irregularidade consubstanciada **nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais apuradas nestes autos**, que foram apuradas mediante cotejo dos valores informados ao Fisco pelas administradoras de cartão de crédito/débito e os valores do faturamento declarados.

Portanto, correta as exigências de ICMS (18%), Multas de Revalidação e Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, do citado artigo, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido (fls. 25 dos autos).

Vale dizer que 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:

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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: (3128) I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil; (3128) 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.

(3128) § 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

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

(...)

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

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Nesse diapasão, conveniente mencionar que a representante legal da empresa autuada, alegando desconhecer os negócios da sociedade, que era gerida exclusivamente por seu falecido cônjuge, conforme alega, requereu prazo para que pudesse apurar o ocorrido; alegou ainda que o volume de recursos financeiros apontados no AI não foi creditado na conta corrente mantida pela empresa.

Contudo, os valores objeto de análise pelo Fisco na apuração fiscal foram informados pelas administradoras de cartão de crédito, conforme determina a legislação retro, e a Defendente, mesmo após o prazo decorrido após a impugnação, em razão da citada diligência exarada pela Assessoria do CC/MG, não trouxe aos autos qualquer comprovação do alegado.

Verifica-se, dos autos, que a Defendente apenas alega equívoco na apuração fiscal, mas não se desincumbiu devidamente do ônus de demonstrar os fatos constitutivos do direito, consoante determinação do art. 373, inciso I, do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):

art. 373. o ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (...)

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com o faturamento informado pelo Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 21/25.

Acresça-se que, com referência à metodologia de apuração do crédito tributário, cumpre salientar que o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação, por si só, não lhe ampara em sua pretensão de que parcela dos valores autuados seja tributada no âmbito do referido regime, haja vista o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

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

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

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais

será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

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

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

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

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

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, salvo ajuste da data inicial da referida exclusão que será abordado adiante, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, conforme arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", § § 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18. Confira-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

Subseção

II

Da Exclusão de Ofício

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - da RFB;

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

(...)

Subseção

III

Dos Efeitos da Exclusão de Ofício

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

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Grifou-se).

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 (e o art. 83, inciso II, retro), que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

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

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

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG 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 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A

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

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Todavia, merece reparo a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão constante do Termo de Exclusão de fls. 136/137, que deverá ser a partir de maio de 2015, data do segundo mês de apuração das infrações, ou seja, a data em que restou caracterizada, portanto, a prática reiterada da infração, nos termos do § 9º do art. 29, da Lei Complementar nº 123/06.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento e correta a exclusão da Autuada do Simples Nacional.

Como mencionado, foram eleitos para polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o espólio do falecido sócio-administrador, conforme arrolado no Auto de Infração (Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 187/188), nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Vale destacar que a Fiscalização promoveu a rerratificação do lançamento (fls. 187/188) para “*alterar a denominação do Coobrigado para o Espólio de Jorge Muniz de Andrade, em decorrência do falecimento do Coobrigado em 26/05/16, conforme certidão de óbito colacionada aos autos*” (AI reemitido às fls. 189/191).

Como se observa inicialmente, o Coobrigado (sócio-administrador da empresa Autuada) foi incluído no polo passivo da obrigação tributária e, devido ao seu falecimento em 26/05/16, conforme informado na impugnação, o *de cujus* foi substituído por seu espólio.

Entretanto, nos termos do que dispõe o art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75, o espólio do Coobrigado responde pelo crédito tributário devido somente em relação ao período em que o sócio-administrador pode gerir a sociedade.

Nestes termos, a responsabilidade pelo crédito tributário do espólio deve ser limitada ao mês de maio de 2016, tendo em vista o falecimento do referido sócio.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação efetuada pela Fiscalização às fls. 187/188, e, ainda para que a responsabilidade do espólio do Coobrigado seja limitada ao período em que este geriu a sociedade (abril/15 a maio/16), nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 1º/05/15. Pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor), Helder Luiz Costa e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 05 de setembro de 2019.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator/Presidente

P

CC/MG