

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.232/16/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000312656-16
Impugnação: 40.010139191-21
Impugnante: Minas Norte Colchões Ltda - ME
IE: 001052878.00-50
Coobrigado: Anderson Gomes de Oliveira
CPF: 526.168.356-49
Proc. S. Passivo: Rodrigo Ribeiro Rodrigues
Origem: DFT/Contagem

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE RECEITA – CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada a saída de mercadorias (colchões e artigos de colchoaria), sujeitas à substituição tributária, listadas no item 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as informações do faturamento do estabelecimento autuado constantes das declarações do Simples Nacional com os valores de vendas contidos 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. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, observado o disposto no § 2º do citado artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, de forma reiterada, 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 disposto no art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Acusação fiscal de que a Autuada, no período de janeiro de 2011 a novembro de 2012, promoveu saídas de mercadorias (colchões e artigos de colchoaria), sujeitas à substituição tributária, listadas no item 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desacobertadas de documentos fiscais, apuradas mediante confronto entre as informações do faturamento do estabelecimento autuado constantes das declarações do Simples Nacional com os valores de vendas contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, ambos da Lei nº 6.763/75.

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da citada lei c/c o disposto no art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 102 dos autos.

Foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o sócio administrador acima qualificado, em razão da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 138/141 e documentos de fls. 147/153.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 156/176, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 182/201, opina pela procedência do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 11/05/16, decide proferir o Despacho Interlocutório de fls. 202, com o seguinte teor:

ACORDA A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM EXARAR DESPACHO INTERLOCUTÓRIO PARA QUE A IMPUGNANTE, NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, CONTADO DO RECEBIMENTO DA INTIMAÇÃO: 1) TRAGA AOS AUTOS AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA FILIAL QUE SE PRESTARIAM AO ACOBERTAMENTO DAS OPERAÇÕES OBJETO DA AUTUAÇÃO; 2) FAÇA A CORRELAÇÃO DE CADA NOTA FISCAL APRESENTADA COM O BOLETO DO CARTÃO DE CRÉDITO, DEMONSTRANDO, INEQUIVOCAMENTE, TRATAR-SE DA MESMA OPERAÇÃO E 3) COMPROVE O PAGAMENTO DO IMPOSTO A ELAS RELATIVO.

A Impugnante, regularmente cientificada (fls. 204/205), não se manifesta.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 207/208, opina pela procedência do lançamento.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, no período de janeiro de 2011 a novembro de 2012, promoveu saídas de mercadorias (colchões e artigos de colchoaria), sujeitas à substituição tributária, listadas no item 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante confronto entre as informações do faturamento do estabelecimento autuado constantes das declarações do Simples Nacional com os valores de vendas contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, ambos Lei nº 6.763/75.

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional, tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c o disposto no art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11, conforme Termo de Exclusão constante às fls. 102 dos autos.

Primeiramente vale destacar que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02:

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

(...)

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Registra-se, ainda, que as obrigações acessórias as quais se encontram sujeitas as administradoras de cartões de crédito/débito encontram-se regulamentadas 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 de crédito, de cartões de débito em conta-corrente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ainda sobre esta questão, o § 5º do art. 50 da Lei nº 6.763/75 determina que:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

§ 5º - 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 estabelecimentos de contribuintes 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como relatado pela Fiscalização, a Autuada, por não ter efetuado o pagamento dos tributos devidos, foi intimada por meio do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000012879.12 (fls. 02/03), por ela recebido em 07/08/15, a apresentar todas as notas fiscais de saídas e de entradas, dentre outros.

E, como não foi apresentada qualquer nota fiscal de saída de mercadorias, a Fiscalização, após o cotejo das informações de vendas fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito com as informações do faturamento do estabelecimento autuado constantes dos extratos do Simples Nacional, que se encontravam zeradas (fls. 30/41, 51, 53, 55, 59, 61, 63, 65, 69, 72, 74, 76, 78, 80, 84, 86, 88, 90, informações sobre às receitas informadas ao Fisco pela Autuada (CNPJ 03.519.714/0001-07 – estabelecimento matriz), apurou a saída de mercadorias desacobertada de documentos fiscais, conforme demonstrativo de apuração de fls. 22/23.

Importante ressaltar o não atendimento da medida exarada por essa Câmara, na busca da verdade material e no melhor exercício da oportunidade ao amplo direito de defesa, para que a Impugnante trouxesse aos autos as notas fiscais emitidas pela filial que se prestariam ao acobertamento das operações objeto da autuação; fizesse a correlação de cada nota fiscal apresentada com o boleto do cartão de crédito, demonstrando, inequivocamente, tratar-se da mesma operação e comprovasse o pagamento do imposto a elas relativo.

Registra a Fiscalização que a Autuada comercializa mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (colchões e artigos de colchoaria, conforme contrato social), listadas no item 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, e, tendo em vista a constatação de que o imposto devido não foi recolhido antecipadamente, há no presente trabalho a exigência do ICMS/ST devido.

Destaca a Fiscalização que no período em que a Autuada exercia apenas a atividade de comércio varejista (janeiro de 2011 a junho de 2012), ela não apresentou nota fiscal de entrada sequer de saída de tais mercadorias. Portanto, concluiu-se que não houve o recolhimento do imposto a título de substituição tributária.

A partir de julho de 2012 passou a exercer a atividade de indústria. Nesse período, conforme o disposto no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, a Autuada é o contribuinte substituto tributário em relação ao recolhimento do ICMS devido na cadeia de comercialização de artigos de colchoaria. E, como as mercadorias foram comercializadas sem a emissão de documentos fiscais, também a partir de julho de 2012, constata-se que não houve recolhimento antecipado do imposto.

Verifica-se, portanto, que a Fiscalização corretamente exige o ICMS/ST devido pela Autuada, no período de janeiro de 2011 a junho de 2012, quando a empresa exercia a atividade de comércio varejista, na condição de responsável solidário pelo pagamento do ICMS/ST não recolhido pelo alienante (contribuinte substituto tributário), tendo em vista que ela não comprovou que nesse período adquiriu as mercadorias, cujas saídas ocorreram desacobertas de documentação fiscal, com acobertamento fiscal e com o recolhimento do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A responsabilidade solidária da Impugnante pelo pagamento do ICMS/ST não recolhido no referido período fundamenta-se no disposto no art. 22, § 18 da Lei nº 6.763/75 (art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02):

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

Já em relação às exigências fiscais cujos fatos geradores ocorreram a partir de julho de 2012, época em que a Autuada exercia a atividade de indústria, a Fiscalização corretamente exige o ICMS/ST dela nos termos do disposto no art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, na qualidade de contribuinte substituto tributário, tendo em vista que as saídas das mercadorias do estabelecimento autuado ocorreram sem a emissão de documentos fiscais e sem o recolhimento do ICMS devido em toda a cadeia de comercialização dos artigos de colchoaria.

Observa-se, portanto, que a apuração realizada pela Fiscalização nos presentes autos foi levada a efeito com a utilização de procedimentos tecnicamente idôneos previstos nos incisos I, V e VII do art. 194 do RICMS/02, *in verbis*:

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;

(...).

A Fiscalização, na apuração do imposto devido, em relação ao período em que a Autuada exercia a atividade de comércio varejista (janeiro de 2011 a junho de 2012), utilizou, corretamente, a alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme determina o art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1” da Lei nº 6.763/75 e art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6763/75

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;

RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Em relação ao período em que a Autuada passou a exercer a atividade de indústria (a partir de julho de 2012), a Fiscalização utilizou a alíquota de 12% (doze por cento) para o cálculo do ICMS/ST, nos termos do disposto no art. 42, inciso I, alínea "b", subalínea "b.7.1" do RICMS/02. Examine-se:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

"b.7.1) classificados na posição 94.03 da NBM/SH, assentos classificados nas subposições 9401.30, 9401.40, 9401.5, 9401.61.00, 9401.69.00, 9401.71.00, 9401.79.00, 9401.80.00 e 9401.90 da NBM/SH e colchões, estofados, espumas e mercadorias correlatas classificadas nas subposições 3909.50.29, 3921.13, 9404.21.00, 9404.29.00 e 9404.90.00, da NBM/SH, promovidas por estabelecimento industrial;"

Constata-se dos demonstrativos de fls. 21 (Planilhas Conclusão Fiscal - operação de crédito/débito e similares) e de fls. 93 (Demonstrativo do cálculo do ICMS e multas) que a apuração do ICMS/ST exigido no período em que a Autuada era contribuinte substituto tributário (responsável pelo recolhimento do imposto em toda a cadeia de circulação das mercadorias - até o consumidor final) deu-se da seguinte forma (a título de exemplo segue apuração efetuada para o mês de novembro de 2012):

- faturamento conforme informações das administradoras de cartão crédito/débito: R\$ 124.678,00;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- faturamento declarado pela estabelecimento autuado: R\$ 0,00;
- faturamento omitido: R\$ 124.678,00;
- apuração do ICMS/ST exigido: R\$ 124.678,00 x 12% = R\$ 14.962,44.

Nota-se que a Fiscalização calculou o ICMS/ST de forma direta (isto é, sem separação do ICMS operação própria e do ICMS/ST), o que não traz nenhum prejuízo para a Contribuinte, pois se tivesse exigido o ICMS op. (à alíquota de 12% - doze por cento), separadamente, o imposto apurado tornar-se-ia crédito na apuração do ICMS/ST (que deveria ser apurado utilizando-se a alíquota aplicável as demais operações praticadas por estabelecimento não industrial – alíquota de 18% - dezoito por cento), chegando-se ao mesmo valor do ICMS/ST apurado de forma direta.

Registra-se que a Fiscalização também não agregou a MVA – Margem de Valor Agregado prevista para as mercadorias comercializadas pela Autuada para apuração da base de cálculo do ICMS/ST, aplicando a alíquota do imposto no percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor das saídas das mercadorias descobertas.

Em que pese as observações acima mencionadas referentes à adoção de alíquota menor do imposto e da falta de agregação da MVA para o cálculo do ICMS/ST, constata-se que a Fiscalização observou a forma de tributação das mercadorias autuadas no tocante ao período em que o estabelecimento atuava como varejista ou industrial.

Nesse diapasão, conveniente ressaltar que, apesar de a Autuada estar cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz à margem de tal regime, nos termos da Lei Complementar nº 123/06. Confirma-se:

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Cita-se, a propósito, decisão do TJMG que aborda a matéria em exame:

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) (GRIFOS ACRESCIDOS).

No tocante às alegações da Defesa de que o estabelecimento autuado (matriz) estava com suas atividades encerradas desde 2009; que a máquina de cartão de crédito e débito do referido estabelecimento matriz passou a ser utilizada no endereço da filial desde a referida data e que o faturamento declarado pela filial foi desconsiderado neste trabalho fiscal, entende-se que tais alegações não elidem as acusações fiscais, adotando-se os mesmos fundamentos constantes da manifestação fiscal sobre o tema os quais são a seguir reproduzidos:

(...)

O contribuinte alega ainda que a empresa era composta por duas lojas, a matriz (CNPJ 03.519714/0001-07) e uma filial (03.519714/0002-80). E que em 2009, a máquina de cartão com o CNPJ da matriz, que estaria fechada, passou a operar no endereço da filial, e que o faturamento teria sido devidamente declarado, conforme extrato do Simples Nacional. Afirma ainda que o Fisco, ao realizar o cruzamento, desconsiderou totalmente o faturamento da filial. Tais alegações não merecem prosperar, haja vista que o cruzamento realizado engloba apenas as informações de vendas na modalidade de cartão do CNPJ 03.519714/0001-07 – matriz. As vendas

realizadas pelo CNPJ da filial não constam das exigências fiscais, não sendo possível incluir o faturamento declarado por ela no Simples Nacional nos cálculos do imposto devido.

Ademais, se há faturamento declarado pela filial, este refere-se às operações comerciais por ela promovidas, através de recebimentos praticados em sua dinâmica operacional (dinheiro, cheque, crediário, cartão, etc...). Não é razoável e nem viável supor que todo o faturamento declarado pela filial (CNPJ 03.519.714/0002-80) no Simples Nacional seria referente às vendas de cartões praticadas pela matriz (CNPJ 03.519714/0001-07). Além de não haver na peça defensória qualquer comprovação de correlação entre os recebimentos de cartões da matriz e as notas fiscais emitidas pela filial, tal prática representaria grave afronta ao princípio da autonomia dos estabelecimentos, conforme dispõe art. 24 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

(...)

Ou seja, a tese aventada pela defesa, além de não ser corroborada por provas, é frágil, insustentável, e configura prática ilegal, uma vez que cada estabelecimento de um mesmo contribuinte é responsável por sua escrita e pelas operações que pratica, já que, conforme as normas de regência do ICMS, prevalece a já citada autonomia dos estabelecimentos, preconizada também no inciso II do § 3º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, e no inciso I do art. 59 e caput do art. 167, ambos do RICMS/02:

(...)

Assim, à luz do princípio da autonomia dos estabelecimentos, cada estabelecimento, ainda que do mesmo contribuinte, é autônomo, no tocante ao cumprimento das obrigações principal e acessória do imposto, exigindo-se que cada um mantenha seus próprios livros e registros, independentemente.

Logo, caso houvesse comprovação da conduta denunciada pela Impugnante de que houve uma “confusão” entre os estabelecimentos, tal hipótese seria totalmente contrária à legislação vigente, o que não afastaria a acusação fiscal.

Ao contrário do que afirma a impugnante em sua defesa, o faturamento real não foi devidamente declarado, conforme se depreende do confronto entre as declarações e extratos do Simples Nacional,

constantes às fls. 25 a 91 do PTA, e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, fls.20.

O contribuinte continua cometendo inúmeros equívocos em sua peça defensiva: primeiramente faz referência à uma autuação diversa ao processo tributário em epígrafe, uma vez que o lançamento contestado pela impugnação é o PTA 01.000312656.16, e não o PTA 01.000312077-05. Além disso, a defendente alega que o Fisco desconsiderou o faturamento da filial, porém, repita-se por oportuno, as informações de vendas realizadas pela filial não constam da apuração realizada.

E a conduta do Fisco nem poderia ser diferente: primeiramente porque o sujeito passivo da autuação em comento é exatamente a matriz (CNPJ 03.519714/0001-07), e em segundo lugar, havendo vendas declaradas pela filial, não há que se falar em unificação de faturamentos, haja vista o já citado princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Desta forma, insubsistente a afirmativa de “consideração dos referidos faturamentos, sob pena de pagamento em duplicidade do imposto que gerou o Auto de Infração, isso sobre o mesmo fato gerador”, pois, conforme já explicitado, o trabalho fiscal não engloba cruzamento de vendas realizadas na modalidade de cartão da filial, cujo CNPJ é 03.519714/0002-80. De acordo com o documento de fls. 20 – Relatório Consolidação de Vendas por Administradora, o lançamento em comento abrange somente o faturamento da matriz, de CNPJ 03.519714/0001-07. Ademais, ao contrário do que afirma a impugnante, não houve apresentação de notas fiscais que comprovassem o acobertamento da totalidade das operações realizadas na modalidade de cartão de crédito/débito. Pelo contrário, as alegações da defesa apenas corroboram a constatação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Sendo assim, totalmente descabidas as afirmativas da impugnante de “comprovação de que houve a utilização da máquina de cartões de crédito da matriz, que estava fechada, bem como a utilização da máquina de cartões da filial, e que todas as notas foram emitidas, sendo recolhido devidamente o imposto”. Saliente-se: tais argumentos não foram corroborados com provas que pudessem sequer abalar as constatações fiscais. Mesmo na hipótese absurda de se desconsiderar o princípio da autonomia dos estabelecimentos, o contribuinte não lograria êxito em

sua defesa, pois, repita-se, não foi apresentado nenhum documento fiscal que demonstrasse que a venda realizada pela matriz estaria acobertada por notas fiscais emitidas pela filial. Ademais, tal conduta, se praticada, violaria os ditames legais pertinentes à matéria.

Desta forma, incabível a alegação de “mera irregularidade que não prejudicou o recolhimento do tributo”.

Repita-se: se a filial declarou faturamento no Simples Nacional, o mesmo se refere às suas próprias vendas, realizadas nas modalidades de pagamento por ela admitidas. Não é minimamente razoável acatar que tais informações poderiam se referir às vendas realizadas pela matriz através de cartões de crédito/débito. E, além de nada plausível, tal justificativa não passa de ilações totalmente desprovidas de valor comprobatório, vez que não consta da peça impugnatória nenhum elemento que corrobore tal hipótese. Desta forma, inadmissível a tese da defesa de inclusão dos faturamentos declarados pela filial na realização do cruzamento de cartões da matriz, que originou o crédito tributário em comento.

Cumprе rebater outros equívocos realizados pelo contribuinte em sua impugnação: a argumentação de que a matriz está fechada vai de encontro aos documentos comprobatórios constante dos autos, como o contrato social, que não sinaliza o encerramento de atividades da matriz. Pelo contrário, conforme fls. 128 e 129, a sede – matriz, permanece ativa, e apenas mudou de endereço; e sobre tal aspecto, é importante ressaltar que conforme contrato social, a matriz, localizada na Av. Bias Fortes, 1407 – lj 02, Barro Preto – BH mudou-se para a R. Hibisco, nº 195, Arvoredo – Contagem, endereço este que não é o da filial. Ou seja, ao contrário do que afirma a impugnante, de acordo com os documentos acostados aos autos, a matriz nunca funcionou no endereço da filial (Av. Silviano Brandão, 921 – Lj 01, Sagrada Família, BH). Ademais, as telas SICAF, às fls. 95, e o comprovante de inscrição e situação cadastral do CNPJ às fls. 100 indicam estar a matriz ativa. Por fim, há também os dados de vendas fornecidos pelas Administradoras de Cartões no CNPJ da matriz, às fls. 20. Desta forma, resta demonstrada as inconsistências das afirmativas da defesa.

O contribuinte alega também que, pelo exame dos documentos apensos, houve emissão de nota fiscal,

com devido destaque do imposto. Porém, não merece prosperar tal alegação, senão vejamos: os documentos apensos à Impugnação, às fls. 147 a 153, se referem: à rescisão de contrato do imóvel situado na Av. Bias Fortes, 1407 – loja 02 – BH; ao respectivo recibo de aluguel e entrega de chaves; ao protocolo de atendimento da CEMIG; à conta de energia elétrica e água e aos respectivos comprovantes de pagamento. Tais documentos apenas indicam alteração de endereço da matriz, conforme informação constante do contrato social, e portanto, em nada auxiliam a impugnante em sua defesa, uma vez que o lançamento em epígrafe não questiona a alteração de endereço da autuada, e sim, a prática de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. E sobre esta questão, a impugnante apenas alega a emissão de nota fiscal, não apresentando nenhum documento fiscal em sua impugnação que a pudesse socorrer.

Desta forma, incabível a alegação da defesa de que houve o recolhimento do imposto devido. Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pelas Administradoras dos cartões – Anexo 1) com as declarações e extratos do Simples Nacional – Anexo 3, o Fisco constatou que a Autuada promoveu vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito com as declarações e extratos do Simples Nacional – Anexo 3, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 93.

(Grifos acrescidos).

No tocante ao argumento da Defesa de que o lançamento em exame afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade prevista para o ICMS (art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988), vale destacar que as exigências de ICMS relativas ao desenquadramento da Autuada do Simples Nacional não estão sendo exigidas neste momento.

No caso em exame, não há que se falar em créditos de ICMS, repita-se, porque a Impugnante ainda não foi excluída do Simples Nacional. Somente após o trânsito em julgado da exclusão de ofício é que será feita a composição da conta gráfica adotando a sistemática de débito e crédito e fazendo jus aos créditos oriundos das entradas. Desse modo, percebe-se que não houve afronta ao princípio da não cumulatividade.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, estando, por conseguinte, corretas as exigências fiscais de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

Oportuno mencionar, que os documentos apresentados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são considerados documentos fiscais na forma da legislação vigente alhures estampada. Entretanto, este fato não habilita a aplicação da redução da penalidade isolada, uma vez que o redutor previsto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente se aplica quando a apuração do crédito tributário ocorrer com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O dispositivo atende ao lapso cometido pelo erro de interpretação ou apuração do contribuinte, que diligentemente informa todas as suas operações ao Fisco e este, no regular exercício de sua função não necessita da busca de elementos externos para a apuração e quantificação do crédito tributário.

Lado controverso é o caso dos autos. Não tivesse a Fiscalização auscultado terceiros, as administradoras dos cartões de crédito e/ou débito, para a verificação dos seus registros fiscais e contábeis, não teria alcançado o resultado apresentado. Claro, portanto, que a utilização exclusivamente da documentação da Autuada teria levado à homologação dos lançamentos informados nas declarações mensais entregues de forma espontânea.

Quanto às alegações da Defesa contrárias as exigências das multas acima mencionadas, cumpre registrar que elas foram exigidas de acordo com as disposições legais e que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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

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

(...)

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 94/11:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

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

Lei Complementar nº 123/06

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

Resolução CGSN nº 94/11

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

I - da RFB;

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

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

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

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

Não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais - RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

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

No caso, a Autuada foi intimada do “Termo de Exclusão” (fls. 137), e do Auto de Infração, fls. 135/136, em dois momentos distintos, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - 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 21.258/14/3ª:

EMENTA

(...)

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, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

Portanto, restou demonstrado que a Impugnante preencheu todos os requisitos para ser excluída de ofício do Simples Nacional em consonância com a legislação vigente, na medida em que as irregularidades apuradas configuraram saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais de forma reiterada, estando correta a sua exclusão do referido regime diferenciado.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão deste Conselho de Contribuintes:

ACÓRDÃO: 21.689/14/1ª RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000213250-39

EMENTA

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 NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Com relação à inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, cumpre esclarecer que o sócio administrador foi eleito em conformidade com o disposto no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c o art. 21, § 2º, inciso II 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:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- 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.

Desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira.

Induvidoso, no caso, que o sócio-administrador tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta do sócio-administrador da Autuada com intuito de lesar o erário mineiro.

No caso do presente processo, há a comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva do sócio-administrador da empresa autuada com base na legislação já mencionada.

Dessa forma, correta também a inclusão do sócio administrador no polo passivo da obrigação tributária.

Conforme esclarecido pela Fiscalização, a administração da sociedade passou a ser exercida pela Sra. Suliane de Assis Vieira e que o ICMS e respectivas multas correspondentes ao período de sua gestão, qual seja, dezembro de 2012 a dezembro de 2014, constam de outro Auto de Infração (PTA nº 01.000328528-41).

Portanto, caracterizadas as infringências à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências fiscais, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado provas capazes de ilidir o feito fiscal, legítimo é o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencidas, em parte, as Conselheiras Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Maria Gabriela Tomich Barbosa que o julgavam parcialmente procedente para adequar a multa isolada ao disposto no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei 6.763/75. Em seguida, à unanimidade, em julgar procedente a exclusão do Simples Nacional. Designado relator o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participou do julgamento, além do signatário, e das Conselheiras vencidas, o Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira

Sala das Sessões, 18 de outubro de 2016.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator designado**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.232/16/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000312656-16	
Impugnação:	40.010139191-21	
Impugnante:	Minas Norte Colchões Ltda - ME	
	IE: 001052878.00-50	
Coobrigado:	Anderson Gomes de Oliveira	
	CPF: 526.168.356-49	
Proc. S. Passivo:	Rodrigo Ribeiro Rodrigues	
Origem:	DFT/Contagem	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos e reside apenas na necessidade de adequação da penalidade isolada ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

A autuação sob análise versa, na parte a que se refere este voto, sobre a imputação fiscal de que a Impugnante teria promovido saídas de mercadorias (colchões e artigos de colchoaria), sujeitas à substituição tributária, listadas no item 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (colchões e artigos de colchoaria), sujeitas à substituição tributária, listadas no item 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, desacobertadas de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS, apuradas mediante confronto entre o faturamento informado pela Impugnante na Declaração de Apuração do Simples Nacional (DASN) e os valores das vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, informados pelas administradoras dos respectivos cartões, no período de janeiro de 2011 a novembro de 2012.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

Como visto, a infração foi verificada pela Fiscalização mediante confronto entre as vendas declaradas pela própria Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

As operações foram consideradas desacobertadas de documentos fiscais, nos termos do art. 16, incisos VI, VII, IX e XIII da Lei n.º 6.763/75.

Verifica-se da própria descrição feita no relatório do Auto de Infração que a Fiscalização chegou a tal imputação fiscal a partir dos valores obtidos por informação da própria Impugnante, fazendo um confronto entre estas informações e aquelas retiradas de documentos fiscais enviados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao imposto exigido bem como a multa de revalidação a ele intrinsecamente ligada, não restou comprovada nos autos a inocorrência da imputação fiscal, não tendo a Impugnante alcançado demonstrar que os valores por ela recebidos por cartões de crédito/débito se referem a outros recebimentos que não a venda de mercadorias, sua atividade fim.

No entanto, a Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, em homenagem ao princípio da legalidade, deve ser revista para reduzir o seu percentual a 20% (vinte por cento), nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Os requisitos contidos na citada alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75 são os seguintes:

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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

.....
O Fisco utilizou como base para a presente autuação os documentos fiscais emitidos, as vendas declaradas pela própria Impugnante e as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito referentes às transações realizadas por ela no mesmo período.

Neste ponto importante observar o que determina o inciso III do art. 132 do RICMS/02, a saber:

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

.....
III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Importa ressaltar que este Conselho, conforme exposto em diversas decisões, considera a possibilidade de utilização das informações obtidas junto às administradoras de cartões de débito/crédito para sustentar acusações fiscais exatamente pelo fato destas serem consideradas documentos fiscais.

Ademais, as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito são exatamente lançamentos relativos à escrita comercial do contribuinte.

Portanto, é possível a conclusão de que as informações prestadas pelas administradoras dos cartões de crédito/débito são, em verdade, informações da escrita comercial da própria Impugnante, no caso, retiradas de documentos fiscais.

O Fisco, acrescente-se, não traz aos autos quaisquer elementos para demonstrar que os valores recebidos das administradoras dos cartões de crédito/débito não foram objeto de lançamento na escrita comercial da Impugnante.

Na medida em que o art. 132, inciso III do RICMS/02 considera as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito referentes às transações realizadas pela Impugnante como documentos fiscais, mostram-se atendidos os requisitos para aplicação da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Por fim, ressalte-se que, em situações análogas foi exigida a mesma multa, mas ao percentual de 20% (vinte por cento) como pode ser visto no Acórdão n.º 19.745/12/2ª que se encontra assim ementado:

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 AO FISCO PELA IMPUGNANTE E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DA PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. 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.

Também no Acórdão n.º 21.883/15/3ª, que trata da mesma matéria, foi exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II com a redução prevista na alínea “a”. Confira-se:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE AS INFORMAÇÕES DE VENDAS CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO, TENDO EM VISTA QUE A IMPUGNANTE NÃO APRESENTOU DECLARAÇÕES DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DE ICMS - DAPIS NO PERÍODO OBJETO DO LANÇAMENTO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA CAPITULADAS NA LEI N.º 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II E 55, INCISO II. ENTRETANTO, TENDO EM VISTA QUE AS INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO SÃO CONSIDERADAS DOCUMENTOS FISCAIS, DEVE A MULTA ISOLADA SER ADEQUADA AO DISPOSTO NA ALÍNEA “A” DO INCISO II DO ART. 55 DA LEI N.º 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para adequar a multa isolada ao disposto no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75.

Sala das Sessões, 18 de outubro de 2016.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira