

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.032/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166734-31
Impugnação: 40.010128254-17
Impugnante: Ana Linda Modas Ltda ME
IE: 702846677.00-47
Proc. S. Passivo: Flávia Mendes Nunes/Outro(s)
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - Constatado, por meio de conclusão fiscal, procedimento previsto no art. 194, inciso V do RICMS/02, que a Autuada deu saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Procedimento fiscal levado a efeito a partir do confronto entre as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito e os registros constantes dos livros fiscais. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Lançamento precedente. Decisão unânime.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - SAÍDA DESACOBERTADA - Uma vez comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 5º, incisos V e XIII da Resolução CGSN nº 15/07. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A presente autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período compreendido entre os meses de janeiro de 2007 e dezembro de 2009, apuradas mediante confronto entre as informações prestadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito e os registros constantes dos livros fiscais da Autuada.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído, dele constando, dentre outros, a seguinte documentação:

- Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fls. 02);
- Auto de Infração - AI (fls. 05/06);
- Relatório Fiscal (fls. 07/09);

- Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 10/11);
- relatório demonstrativo da “Conclusão Fiscal” empreendida pelo Fisco (fls. 15/17);
- “Termo de Intimação” lavrado para fins de apresentação, pela Autuada, do detalhamento das operações realizadas no período de 01/01/07 a 31/12/09 (fls. 19);
- documento intitulado “Detalhamento das Vendas”, entregue pela Autuada em resposta à intimação acima referida (fls. 21/23);
- cópias do livro Registro de Saídas da Autuada, relativamente ao período objeto do lançamento (fls. 25/215).

Da Exclusão do Regime do Simples Nacional

Tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação acima referida, o Fisco procedeu, de ofício, a exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional.

Fundamentou-se, para tanto, no comando contido 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, de 23 de julho de 2007.

Neste sentido, em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 4º da mencionada Resolução, o presente PTA encontra-se instruído com o “Termo de Exclusão do Simples Nacional” (fls. 12).

Da Impugnação

A Autuada, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, comparece aos autos e apresenta a Impugnação de fls. 218/235, no âmbito da qual insurge-se tanto em relação ao lançamento contra si efetuado, como também no que tange à sua exclusão do regime do Simples Nacional, aduzindo, em síntese, o que se segue.

1) Do lançamento

No que tange à acusação fiscal de que teria promovido saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, afirma que o próprio Auto de Infração evidencia a improcedência do lançamento, uma vez que os documentos teriam sido emitidos e apresentados à Fiscalização.

Em seguida, assevera que o feito fiscal se baseia em presunções, a partir das quais foi arbitrada a base de cálculo do tributo ora exigido. Nesta perspectiva, passa a discorrer acerca do instituto do arbitramento, ocasião em que menciona lições doutrinárias e excertos jurisprudenciais atinentes ao tema. Isto posto, conclui que a Administração, a quem incumbe o ônus da prova em situações tais, não demonstrou omissão e tampouco má fé de sua parte.

No que tange às multas aplicadas, reitera que, por se tratar de ação fundada em presunções, descabe cogitar da exigência das ditas penalidades. Além disso, manifesta entendimento no sentido de que a multa de revalidação contraria as normas

do Código de Defesa do Contribuinte e a própria Constituição da República, na medida em que importa violação ao direito de ampla defesa.

Alega, ainda, que a autuação ora em apreço foi lavrada em desconformidade com o princípio constitucional da capacidade contributiva, justificando sua assertiva no fato de que o valor exigido no Auto de Infração supera em muito o valor do seu capital social.

Com referência à alíquota utilizada para fins de cálculo do tributo, afirma ter havido equívoco por parte do Fisco ao valer-se do percentual de 18% (dezoito por cento). Fundamenta sua argumentação na disposição contida no art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06, para concluir que deveria ter sido adotada, como limite máximo, a maior alíquota prevista neste diploma normativo.

2) Da exclusão do regime do Simples Nacional

No que concerne especificamente à exclusão do regime do Simples Nacional, aduz que tal procedimento se mostra indevido, haja vista o descabimento da autuação fiscal que o ensejou, conforme argumentação acima expendida.

Todavia, com fulcro no princípio da eventualidade, assinala que tanto a retroatividade da dita exclusão quanto a vedação de reingresso no regime pelo prazo de 3 (três) anos não encontram respaldo na legislação.

Neste sentido, ressalta que o preceito contido no § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 somente se aplica nas hipóteses descritas nos incisos II e XII do mencionado dispositivo.

Isto posto, pede pela procedência da impugnação e conseqüente cancelamento do Auto de Infração, bem como do ato de exclusão do regime do Simples Nacional.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, por seu turno, no âmbito da Manifestação Fiscal de fls. 267/278, refuta integralmente as alegações da Impugnante.

1) Do lançamento

De início, a Fiscalização se pronuncia relativamente ao alegado arbitramento da base de cálculo do tributo. Argumenta, a propósito, que tal procedimento não foi adotado no âmbito da presente autuação, uma vez que a mesma foi baseada em informações obtidas junto às administradoras de cartão de crédito/débito, as quais foram posteriormente confirmadas pela Impugnante.

Assim sendo, tendo se valido dos dados reais relativos às operações em questão, fornecidos pela própria Impugnante, não se fez necessário empreender o arbitramento da base de cálculo do imposto.

Em seguida, contradiz as alegações de que o trabalho realizado não se encontra devidamente instruído no que tange às provas da infração cometida, apontando a fundamentação legal que respalda o feito fiscal.

Opõe-se, ainda, às alegações feitas pela Impugnante no tocante às penalidades aplicadas, bem como à suposta violação ao princípio da capacidade contributiva. Neste particular, ressalta que o valor do capital social da empresa não é capaz de elidir o feito fiscal, uma vez que somente o faturamento auferido com as operações ocorridas nos últimos quatro meses do período autuado já superam o referido valor.

No que concerne ao questionamento acerca da alíquota utilizada para fins de cálculo do imposto devido, pondera que o art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06 não é aplicável à espécie, haja vista referir-se a situação diversa da tratada nos presentes autos.

2) Da exclusão do regime do Simples Nacional

Com relação à exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional, manifesta-se pelo cabimento da medida, face à infração cometida e à legislação de regência da matéria, a qual transcreve em sua manifestação.

Por fim, propugna pela manutenção do lançamento e do consequente ato de exclusão da Impugnante do regime acima referido.

DECISÃO

Do Mérito

Consoante acima exposto, as questões ora postas à apreciação desta Câmara de Julgamento cingem-se à acusação de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal e a consequente exclusão de ofício do contribuinte relativamente ao regime de tributação simplificada do Simples Nacional.

No que concerne ao lançamento efetuado, do qual resultou a exigência de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75, temos que as operações objeto da autuação foram constatadas, consoante explicitado no Relatório Fiscal de fls. 07/09, a partir de informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

Insta registrar, por oportuno, que a disciplina regulamentar da matéria encontra-se prevista nos art. 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, 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.

Isto posto, a Fiscalização procedeu ao cruzamento de tais informações com os dados levados a registro na escrita fiscal da Impugnante, tendo daí resultado a diferença que ensejou o Auto de Infração em questão.

A conduta fiscal se deu, portanto, mediante procedimento tecnicamente idôneo, respaldado no art. 195, incisos I e V do Regulamento do ICMS, bem como em informações obtidas em consonância com a legislação vigente.

Sobreleva destacar, ademais, que a própria Impugnante, por escrito e de modo incontroverso, atestou a veracidade das alegações fiscais, na medida em que consignou no documento “Detalhamento de Vendas” (fls. 21/23 dos autos) valores de operações idênticos àqueles que serviram de base para o lançamento.

Neste ponto, cumpre observar que efetivamente não se cogita de “arbitramento” nesta situação, uma vez que referido procedimento, por definição, somente tem lugar quando sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado (CTN: art. 148), o que, a toda evidência, não é o caso dos presentes autos.

De igual modo, não há como prosperar a alegada violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva. Afigura-se equivocada a verificação do atendimento ou descumprimento deste princípio a partir do valor do capital social da empresa, mormente quando se faz o cotejo deste valor com a obrigações tributárias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigidas em face das operações realizadas pelo contribuinte e por ele expressamente reconhecidas.

Quanto à suposta incorreção decorrente da adoção da alíquota de 18% (dezoito por cento), falece razão à Impugnante no que tange à aplicabilidade, *in casu*, do disposto no art. 39, § 2º da Lei Complementar nº 123/06.

Com efeito, segundo tal dispositivo:

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 ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

§ 2º No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal.

Como se depreende do texto legal acima transcrito, a norma é aplicável tão somente aos contribuintes enquadrados no regime do Simples Nacional que exerçam, cumulativamente, atividades incluídas no âmbito de incidência do ICMS e do ISS. Neste caso, tendo sido constatada omissão de receita e não sendo possível identificar a origem dos respectivos recursos (se decorrente de operações ou de prestações de serviço tributáveis pelo ISS), aí sim se tem por cabível a incidência do dito preceito legal.

Na hipótese vertente, trata-se de contribuinte que realiza exclusivamente operações tributadas por via de ICMS, enquadrado na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE - sob o código 4781-4/00 (comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios).

Uma vez comprovada a realização de operações sem o devido acobertamento documental, resulta correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme decorre do preceito legal abaixo reproduzido:

Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 13. (...)

§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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal; (negritou-se)

No que tange, por fim, à afirmação de que a exigência da multa de revalidação importaria violação ao Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais (Lei nº 13.515/00) e à Constituição da República, é de se registrar que este ponto dispensa maior aprofundamento, haja vista o balizamento da competência deste órgão Julgador, de acordo com o que estabelece o art. 110 do RPTA/MG.

Logo, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Impugnante apresentado provas capazes de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Conforme apontado acima, também se submete à apreciação da Câmara o ato de exclusão da Impugnante do regime de tributação do Simples Nacional.

Nesta perspectiva, faz-se necessário trazer à colação os dispositivos legais que disciplinam a matéria, a saber:

Lei Complementar nº 123/2006:

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 da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 desta Lei Complementar;

(...)

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumpra considerar, em acréscimo, as disposições hauridas da Resolução nº 15/07, do Comitê Gestor do Simples Nacional, que “dispõe sobre a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)”, *in litteris*:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

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

(...)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação.

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

XIII - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto no caput do art. 2º da Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007

Resulta evidenciado a partir da análise das disposições legais de regência da matéria que, à vista da constatação da realização de operações com mercadorias sem o devido acobertamento documental, a exclusão do regime do Simples Nacional constitui necessário consectário da conduta infracional.

Em outras palavras, aprova ao legislador, em situações tais, cominar a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, sendo bastante e suficiente, para tanto, a comprovação da prática, dentre outras, da infração mencionada.

Destarte, correto o ato administrativo de exclusão da Impugnante do aludido regime.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, julgou-se improcedente a impugnação contra a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 09 de dezembro de 2010.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Relator**