

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.663/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173605-69
Impugnação: 40.010132219-81
Impugnante: Sopero Indústria e Comércio Ltda - ME
IE: 186126487.04-61
Proc. S. Passivo: José Luiz Matthes/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Imputação fiscal de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal detectada a partir do confronto entre as vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos nos termos da legislação estadual pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII da Parte Geral do RICMS/02. Razões de defesa insuficientes para desconstituir a imputação fiscal. Mantidas as 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.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Restando comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sendo esta conduta caracterizada como motivo de exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06 c/c o art. 16, inciso VI, alínea "j" da Resolução CGSN n.º 94/11, correto se apresenta o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, nos períodos de julho de 2007 a janeiro de 2010 e novembro de 2010.

O trabalho realizado pelo Fisco que levou à imputação fiscal foi o confronto entre as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito e os valores das receitas brutas informadas na Declaração Anual do Simples Nacional - DASN, conforme demonstrado no Anexo 1 (fls. 13/15).

Foi protocolizada junto a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, em 25 de março de 2010, denúncia espontânea referente a mercadorias desacobertas

de documentos fiscais, sendo o ICMS recolhido considerado inferior ao devido em decorrência de utilização indevida da alíquota prevista no Anexo I da Lei Complementar n.º 123/06, contrariando o disposto no seu art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f", o Fisco lavrou o presente Auto de Infração.

Os valores recolhidos a título de ICMS na denúncia espontânea foram abatidos do ICMS devido pelas saídas desacobertas, nos termos do art.195, § 2º, inciso II do RICMS/02, resultando ainda imposto a recolher.

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais ensejam a exclusão do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar n.º 123/06, foi lavrado "Termo de Exclusão do Simples Nacional" e providenciada a intimação.

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

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação ao lançamento fiscal e ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, às fls. 141/166, em síntese, aos argumentos seguintes:

- as diferenças tidas como receitas omitidas foram apuradas mediante confronto com as "informações e documentos" de terceiros, os quais sequer foram qualificados nos autos, mas que, pelo reportado no Auto de Infração, representam movimentação financeira transmitida pelas operadoras de cartões de débito e crédito;

- a atuação padece de total nulidade, além de ser completamente improcedente em seu bojo, tanto que este Egrégio Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais anulou a primeira atuação, eis que inviável a exclusão do Simples antes do esgotamento da discussão que lhe serve de sustentáculo;

- estranhamente foi lavrada uma nova peça de acusação, bem como um novo Termo de Exclusão do Simples Nacional, mas nos mesmos moldes das acusações anteriormente anuladas, ou seja, replicando todos os vícios que causaram a nulidade da investigação fiscal;

- com a apresentação da competente defesa administrativa, recebida no efeito suspensivo, a exclusão somente poderá se operar, se e somente se, quando do trânsito em julgado da presente demanda, esta a confirmar (ou não) a imputação contida no lançamento fiscal e que embasa o Termo de Exclusão do Simples Nacional;

- cita decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

- o procedimento adotado pela Fiscalização Estadual está em dissonância com o disposto na Lei Complementar Nacional n.º 105/01, que disciplina o sigilo das operações de instituições financeiras, donde se extrai que a SEF/MG deveria ter instaurado regular procedimento administrativo para legitimar a requisição das informações às administradoras, o que não aconteceu;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o RICMS/02 não é suficiente a legitimar as ações do Fisco, pois traz prescrição incompatível com a Lei Complementar n.º 105/01;
- o art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01, retira a automaticidade do RICMS/02, pois deixa claro que o fornecimento de informações, por parte das empresas administradoras de cartões de débito e crédito, irá ocorrer no curso de processo administrativo ou procedimento administrativo fiscal, e apenas quando se mostrar útil e necessário via decisão motivada da autoridade administrativa;
- para o fornecimento de informações é indispensável a necessidade superveniente, fruto de um processo/procedimento fiscal já em curso, o que não se vê nos autos, sequer em tese;
- absolutamente ilegal é o procedimento adotado pela Fiscalização Mineira, para o levantamento de informações que serviram de base para a presente autuação;
- os dados apresentados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito, na forma como foram colhidos, não servem como prova juridicamente admissível, eis que obtidos em descompasso com a Lei Complementar n.º 105/01, o que torna todo o procedimento de exclusão do Simples absolutamente nulo;
- a questão da nulidade foi referida pela Sexta Câmara Julgadora do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, em sessão realizada em 19 de maio de 2011, nos autos de n.º DRT-6-662331/2010;
- cita decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema;
- antes de qualquer procedimento fiscal, promoveu a denúncia espontânea do débito e efetuou o recolhimento de toda a sua carga tributária, indo ao encontro das disposições constantes do art. 138 do Código Tributário Nacional;
- houve o acatamento da denúncia espontânea por conta dos agentes fiscais;
- cai por terra a afirmação de que descumpriu os ditames contidos no art. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06, uma vez que a existência de denúncia espontânea supre essa falta e macula todo o procedimento fiscal;
- o ICMS é tributo afeto ao princípio constitucional da não cumulatividade nos termos do art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988;
- o Fisco Estadual simplesmente identificou os valores supostamente omitidos de venda e aplicou a alíquota de 18% (dezoito por cento), sem, contudo, proceder a uma análise contábil no sentido de se verificar quais são os créditos advindos da operação imediatamente anterior;
- as disposições constantes dos arts. 25 a 27 da Lei Complementar n.º 123/06 permitem aferir que a empresa necessita manter a sua escrita contábil e, nessa condição, havendo a exclusão do Simples, para o efetivo cálculo do suposto crédito tributário, deveriam ser considerados os créditos havidos na operação, respeitando o princípio na não cumulatividade, impedindo cobrança excessiva de tributo;
- outro não poderia ser o entendimento uma vez que, no AIAF, houve solicitação dos livros de registro de entradas e saídas, notas fiscais de entradas e saídas e, nenhum destes documentos foram considerados na lavratura do Auto de Infração;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- adquire inúmeros produtos no Estado de São Paulo, onde existe a técnica da substituição tributária e, nada disso foi considerado pela Fiscalização Mineira,
- em que pesem a cultura e a dignidade do Fiscal Fazendário e o curto trabalho de elaboração de planilhas e juntada de cópias por ele realizadas, o presente lançamento não merece prosperar, pois esses indícios não fazem nascer a obrigação tributária e sequer comprovam a real ocorrência do fato gerador;
- o levantamento fiscal realizado não comprovou a ocorrência de uma venda e sequer de uma saída de mercadoria sem a respectiva emissão de nota fiscal;
- as informações transmitidas pelas operadoras de cartões de crédito e débito não tem o condão de convalidar os valores informados por elas em verdadeiras operações mercantis;
- a Fiscalização presumiu que o total das operações efetuadas com cartões decorreram de operações mercantis, o que não é verdade;
- a constatação ou apuração de eventuais diferenças numéricas não permite dizer que houve a efetiva ocorrência do fato gerador;
- demais elementos que deveriam ter sido levados em conta, tais como o lucro do estabelecimento, outros encargos e outros elementos informativos, foram desprezados sumariamente pela Fiscalização, tendo sido privilegiado apenas os dados fornecidos precariamente pelas operadoras de cartões de créditos;
- a hipótese construída para o levantamento fiscal até poderia ser estruturalmente lógica, não fosse o fato de fundar-se em premissa equivocada e não comprovada e, se a premissa não corresponde necessariamente à realidade, qualquer conclusão que chegue pelo seu desenvolvimento é meramente hipotética;
- não há sequer indícios sobre se houve tais operações, em que condições foram realizadas, quais mercadorias saíram de seu estabelecimento, havendo apenas presunção nascida de contas e conjecturas;
- trabalhos assim indiciários, inexatos e ilíquidos, não atendem aos princípios básicos que norteiam, em nível constitucional e complementar, a atividade da administração pública, que somente pode agir dentro da estrita legalidade;
- invoca a regra do art. 142 do Código Tributário Nacional e cita doutrina;
- cita também o art. 148 do Código Tributário Nacional;
- além da ofensa ao princípio da legalidade e da presunção de inocência (boa fé), o presente lançamento está impondo o insuportável (e impossível) ônus de produzir prova negativa;
- o ônus da prova, entretanto, é e continua sendo do Fisco;
- falta pressuposto factual e legal à exigência imposta pelo Autuante;
- deveria a Fiscalização, partindo dos supostos indícios apurados com as informações prestadas pelas administradoras de cartões, realizar outras provas, no sentido de demonstrar, de forma inequívoca, a ocorrência do fato gerador, ou seja, da circulação de mercadoria, o que não ocorreu no caso em tela;

- mesmo que não se acolha, por epítrope, a matéria aduzida, a multa imposta não merece subsistir, pois, não é lícito a imposição de dupla penalidade;
- a cumulação de juros de mora, multa de convalidação e multa isolada, apesar de estar prevista em lei - o que não se ignora - é absolutamente incabível;
- as multas aplicadas no presente caso são flagrantemente inconstitucionais, pois revestidas de caráter confiscatório e carecedoras de proporcionalidade à conduta praticada, pelo que devem ser canceladas desde já;
- requer o cancelamento das multas, uma vez que extrapolam os limites da razoabilidade e ferem o princípio constitucional do não confisco.

Ao final, pede a realização de prova pericial formulando os quesitos que pretende sejam respondidos e pede sejam acolhidas as preliminares, a fim de se reconhecer a nulidade absoluta do Auto de Infração, bem como acerca da impossibilidade de sua exclusão da sistemática do Simples e, no mérito, seja sua impugnação julgada procedente.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 180/193, contrariamente ao alegado pela defesa, em resumo, aos fundamentos que se seguem:

- ao comprovar a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, foi providenciada a exclusão de ofício da Autuada do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas "d" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11;
- depreende-se do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN n.º 94/11, 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;
- como não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, deve ser aplicado 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;
- a empresa foi intimada do Termo de Exclusão e do Auto de Infração, 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;
- o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e posteriormente a exclusão em si como no caso do Acórdão 19.032/10/2ª;
- as exigências fiscais constantes no Auto de Infração referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas;
- a decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) apresentada pela Defendente, em nada contradiz o lançamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a obrigatoriedade das administradoras de cartão de crédito/débito de prestarem informações à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais encontra-se prevista na Lei n.º 6.763/75, em seu art. 50, § 5º, sendo tais informações consideradas documentos fiscais, nos termos do art. 132 do RICMS/02;
- não cabe na esfera administrativa a discussão sobre a possível afronta da norma constante no RICMS/02 em relação à Lei Complementar n.º 105/01;
- toda circulação de mercadorias ou prestação de serviços deve ser antecedida da emissão de documento fiscal;
- nada justifica a Impugnante fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da sua impunidade;
- em relação à prova pericial, cita o art. 142, § 1º, inciso II do RPTA, afirmando que o caso em comento não exige conhecimentos técnicos especializados para elucidação dos quesitos arrolados na peça impugnatória e pede o indeferimento do pedido de perícia;
- cita os arts. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e 138 do Código Tributário Nacional;
- a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea somente se houver o pagamento integral do tributo devido e dos juros de mora, o que, efetivamente, não ocorreu, pois foi realizado o recolhimento de apenas parte destes;
- a alíquota de 18% (dezoito por cento) aplicada sobre a base de cálculo foi utilizada em consonância com o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar n.º 123/06;
- as operações realizadas sem acobertamento fiscal não se encontram inseridas na apuração e pagamento de tributos do Simples Nacional;
- o Fisco comprova a saída de mercadorias desacobertadas, utiliza a alíquota de 18% (dezoito por cento) no cálculo do imposto devido, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar n.º 123/06 e, conseqüentemente, inicia a exclusão de ofício da Autuada do regime diferenciado por meio do "Termo de Exclusão do Simples Nacional", não havendo que se falar em créditos de ICMS, mesmo porque, o Contribuinte permanece no Simples Nacional;
- os documentos apresentados foram analisados e serão considerados na apuração dos créditos no momento da composição da conta gráfica;
- a empresa está cadastrada na Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais sob o CNAE-F n.º 4781-4/00, ou seja, comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, para os quais não há previsão de sujeição ao regime de substituição tributária no RICMS/02 e as informações das DASNs revelam que as vendas de mercadorias, no período fiscalizado, ocorreram sem substituição tributária e que não houve aquisições interestaduais;
- esta empresa trata-se de uma filial e conforme a Nona Alteração Contratual, cláusula segunda (Dos Objetivos), o objetivo das filiais é a exploração do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ramo de "Comércio Varejista de Artigos do Vestuário em Geral", ou seja, ela não exerce a atividade de prestação de serviços, a sua atividade é tipicamente mercantil;

- consiste em um mero sofisma dizer que o Fisco transferiu o ônus da prova negativa ao Contribuinte porque, sendo do ramo comercial, as operações relativas a cartão de crédito, necessariamente, têm o intuito mercantil e das notas fiscais apresentadas, foi constatado não haver referência a serviços prestados;

- também, não houve, como imagina a Defendente, arbitramento, mas sim, a devida verificação da ocorrência do fato gerador por meio do confronto entre as operações realizadas mediante cartões e as informações por ela prestadas na DASN;

- a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75, refere-se ao descumprimento da obrigação principal e a Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II da mesma lei, foi exigida em razão das saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais consubstanciando em descumprimento de obrigação acessória, portanto, infrações distintas;

- no intuito de fazer valer a sua tese, a Impugnante transcreve nos autos, ementas de acórdãos de um Conselho de Contribuintes, sem identificar os seus números e a Unidade da Federação a que pertence, mas esta decisão apenas reforça a pertinência das exigências fiscais;

- quanto à alegação de que as multas são revestidas de caráter confiscatório, e que o julgador administrativo deve afastar a aplicabilidade de legislação flagrantemente inconstitucional, cumpre salientar que não inclui dentre as competências do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais decidir questionamentos acerca de inconstitucionalidade de lei, nos termos do inciso I, do art. 110 do RPTA;

Ao final, pede a total procedência do feito fiscal.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, nos períodos de julho de 2007 a janeiro de 2010 e novembro de 2010.

O trabalho realizado pelo Fisco que levou à imputação fiscal foi o confronto entre as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito e, os valores das receitas brutas informadas na Declaração Anual do Simples Nacional - DASN, conforme demonstrado no Anexo 1 (fls. 13/15).

Importante destacar que a Impugnante protocolou junto a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, em 25 de março de 2010, denúncia espontânea referente a mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Analisando este procedimento o Fisco entendeu que o ICMS recolhido era inferior ao devido por ter a Impugnante utilizado a alíquota prevista no Anexo I da Lei Complementar n.º 123/06, contrariando o disposto no seu art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f". Assim, a denúncia foi considerada ineficaz, uma vez que a empresa não

recolheu corretamente o tributo devido, condição necessária para a exclusão da responsabilidade por infrações, conforme art. 210 da Lei n.º 6.763/75.

Os valores recolhidos a título de ICMS na denúncia espontânea foram abatidos do ICMS devido pelas saídas desacobertas, nos termos do art.195, § 2º, inciso II do RICMS/02, resultando ainda imposto a recolher.

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais ensejam a exclusão do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar n.º 123/06, foi providenciada, também, a intimação da ora Impugnante, dando-lhe ciência da lavratura do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, conforme art. 75, §§ 1º e 2º da Resolução CGSN n.º 94/11.

Assim, à Câmara cumpre analisar as exigências relativas às saídas desacobertas, quais sejam, ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, e, 55, inciso II e, a correção da exclusão do Simples Nacional.

A Impugnante aborda os dois pontos em sua defesa.

Da Preliminar de Nulidade

De início, a Impugnante reitera que sua defesa contempla a impossibilidade de sua exclusão da sistemática do Simples Nacional e destaca que, com a apresentação da competente defesa administrativa, recebida no efeito suspensivo, a exclusão somente poderá se operar, se e somente se, quando do trânsito em julgado da presente demanda, esta confirmar a imputação contida no lançamento fiscal e que embasa o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Nesse sentido, cumpre destacar que é exatamente o pleito da Impugnante que está sendo atendido com a presente análise.

No caso em tela, não está sendo exigido qualquer valor ou parcela relativa aos efeitos de uma possível exclusão do Simples Nacional.

No presente processo estão sendo exigidas parcelas pertinentes a saídas desacobertas, inclusive reconhecidas pela Impugnante, e a consequente pertinência de sua exclusão do Simples Nacional.

Transcende ao regime do Simples Nacional a cobrança do ICMS quando relacionado à movimentação de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil. Este procedimento, ao contrário do alegado pela Impugnante, não fere preceitos legais, mas, em verdade, cumpre estritamente os ditames da Lei Complementar n.º 123/06, ponto que será também abordado no mérito.

Ainda preliminarmente, sustenta a Impugnante que seu desenquadramento partiu da acusação de que teria omitido receitas decorrentes de operações com cartões de crédito/débito, entretanto, o procedimento adotado pela Fiscalização estaria em dissonância com o disposto na Lei Complementar n.º 105/01, que disciplina o sigilo das operações de instituições financeiras e, segundo a qual, a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG deveria ter instaurado regular procedimento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administrativo para legitimar a requisição das informações às administradoras, o que não aconteceu.

A Defendente afirma que a SEF/MG requisitou informações junto às administradoras de cartão de crédito/débito sem que houvesse instaurado regular procedimento administrativo, e conseqüentemente, agindo em dissonância com o disposto no art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01

Citado dispositivo legal assim preconiza:

Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A obrigatoriedade das administradoras de cartão de crédito/débito de prestarem informações à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais encontra-se prevista na Lei n.º 6.763/75 que, em seu art. 50, § 5º, dispõe:

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.

Além disto, tais informações são consideradas documentos fiscais, nos termos do art. 132 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Portanto, tratando-se de informações (consideradas documentos fiscais), cuja obrigatoriedade das administradoras em prestá-las à SEF encontra-se prevista em normas estaduais, não há que se falar em ilegalidade na obtenção e utilização dos dados que lastrearam o presente lançamento.

Não é possível, nesta esfera administrativa, analisar o argumento de que a norma constante no RICMS/02 não é suficiente a legitimar as ações do Fisco, por ser tal dispositivo incompatível com a Lei Complementar n.º 105/01 (hierarquicamente superior), nos termos do art. 182 da Lei n.º 6.763/75 que assim determina:

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;

II - a aplicação da equidade.

Por todo o exposto, não devem ser acolhidas as preliminares levantadas pela Impugnante.

Da Prova Pericial

A Impugnante pleiteia também a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária tal prova à elucidação de eventuais obscuridades do Processo.

Para tanto formula os seguintes quesitos:

- a) Com base na documentação existente na contabilidade da empresa, era possível estabelecer o valor real da tributação?
- b) Considerando a resposta anterior, era possível aproveitar-se da contabilidade da empresa para delimitar a base de cálculo do ICMS?
- c) Se afirmativa a resposta anterior, é possível afirmar que, ao excluir a empresa do Simples e tributar em 18% de ICMS, o lançamento tributário desconsiderou o princípio da não cumulatividade?
- d) Logo, os procedimentos utilizados pelo fisco quanto a aferição da base de cálculo estão corretos?
- e) Com base nas respostas anteriores, é possível afirmar que os valores cobrados estão corretos?."

Segundo a doutrina "*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

"Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso vertido. Assim, indefere-se o pedido” (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG)

O art. 142, § 1º, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, trata do indeferimento do pedido de perícia:

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

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

II - será indeferido quando o procedimento for:

- a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

No caso em comento não se exige conhecimentos técnicos especializados para elucidação dos quesitos arrolados na peça impugnatória, isto porque, todos eles encontram-se devidamente comprovados nos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao primeiro quesito tem-se que a Impugnante emitiu e registrou notas fiscais correspondentes a apenas parte de suas vendas. Tal conduta foi por ela confessada e também comprovada após a realização do cruzamento de dados de cartão de crédito/débito em confronto com os valores declarados na DASN, procedimento respaldado no art. 194, inciso I e V do RICMS/02.

Ademais, todos os documentos apresentados foram analisados pela Fiscalização e, neste julgamento, pela Câmara.

No que tange aos segundo e terceiro quesitos, não há que se falar neste momento em créditos de ICMS de operações anteriores, pois a Impugnante continua no regime do Simples Nacional, até que seja concluído o julgamento do Termo de Exclusão. Somente após o trânsito em julgado das exigências fiscais (motivação da exclusão) e da exclusão propriamente dita é que o Fisco deverá cobrar os efeitos da exclusão, com a conseqüente recomposição de sua conta gráfica, levando-se em consideração os créditos oriundos das entradas.

O Processo Tributário Administrativo encontra-se tecnicamente perfeito para julgamento.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

O pedido requerido não se revela pertinente para o desate da demanda, eis que a prova pericial é supérflua por outras provas produzidas nos autos sob exame capazes de dirimir as dúvidas existentes, sem causar nenhum tipo de prejuízo a Impugnante.

Assim, o requerimento de perícia deve ser indeferido, com fundamento no § 1º, inciso II, art. 142 do RPTA.

Do Mérito

Primeiramente é importante frisar que o feito fiscal partiu de uma denúncia espontânea feita pela própria Impugnante. Assim, o argumento de que não há comprovação de realização de operações desacobertadas não pode ser acatado, pois foi a própria Defendente quem procurou o Fisco para afirmar tal ocorrência.

Desta forma, não cabem maiores comentários sobre a alegação da Impugnante de inexistência de provas a demonstrar a ocorrência do fato gerador do ICMS, pois ela mesma atestou, por sua denúncia espontânea, tal ocorrência.

Repita-se, pela importância, que nestes autos não se está formalizando qualquer exigência relativa ao desenquadramento da Impugnante do Simples Nacional. A exigência da alíquota de 18% (dezoito por cento) é feita para as operações de saídas de mercadoria desacobertadas na forma da legislação complementar que rege a matéria. Os efeitos de desenquadramento se alastram não para as operações de saída desacobertadas, mas também para aquelas que tenham saído devidamente acobertadas, pois, neste caso, a previsão legal é que, comprovado o desenquadramento, este se dá de forma retroativa. Contudo, repita-se pela importância, esta matéria não está sendo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

discutida nestes autos. O presente lançamento abrange apenas as situações anteriores ao desenquadramento que somente está sendo analisado neste momento.

A Lei Complementar n.º 123/06 estabelece os requisitos necessários para que o contribuinte seja contemplado pelo tratamento beneficiado e favorecido conhecido como Simples Nacional.

A regra contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da citada lei complementar é clara ao estabelecer a exclusão deste tratamento diferenciado das operações que ocorrerem sem a devida emissão de documentos fiscais.

Sendo assim, em observância a este dispositivo legal, o imposto devido pelas operações que ocorrerem desacobertas de documentos fiscais deve ser calculado nos moldes da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não abrangidas pelo tratamento beneficiado de que trata a Lei Complementar n.º 123/06.

Assim, em Minas Gerais, nestes casos, a base de cálculo do imposto é o valor das operações de saídas, e a alíquota determinada pelo art. 42 do RICMS/02.

Frise-se que a Lei Complementar n.º 123/06 é clara ao condicionar o tratamento beneficiado e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte à emissão do documento fiscal correspondente a cada operação, a saber:

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:

.....
f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

.....
Se aproveitar do tratamento beneficiado do Simples Nacional, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, caracteriza infração ao disposto no art. 13

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acima transcrito, e também ao § 2º do art. 9º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 30, de 7 de fevereiro de 2008 (vigente à época da ocorrência dos fatos), *in verbis*:

OMISSÃO DE RECEITA

Art. 9º Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

§ 1º - A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federativo não desobrigará: (Renumerado pela Resolução CGSN n.º 40, de 1º de setembro de 2008)

I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias;

II - da emissão de documento fiscal, previsto no art. 2º da Resolução CGSN n.º 10, de 28 de junho de 2007.

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN n.º 51, de 22 de dezembro de 2008, nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. (Redação dada pela Resolução CGSN n.º 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN n.º 50, de 2008)

Desta forma, ao comprovar a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, o Fisco providenciou a exclusão de ofício da Impugnante do regime diferenciado do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e art. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e art. 76, incisos IV, alíneas "d" e "j" e art. 76, § 6º, inciso I da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11 (vigente à época do desenquadramento).

Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 123/06:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes 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 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.

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;

Resolução CGSN n.º 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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 n.º 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas reiteradas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN n.º 94/11, abaixo 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 do Contribuinte, *in verbis*:

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."

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

No caso, a Impugnante foi intimada do Termo de Exclusão (fls. 137/138), e do Auto de Infração, fl. 139, 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.

O Fisco 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.

Inicialmente, o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Neste sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão 19.032/10/2ª:

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 DESACOBERTADAS 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 PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - SAÍDA DESACOBERTADA - UMA VEZ 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. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Frise-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas. O crédito tributário relativo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento.

Quanto à decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) apresentada pela Defendente, observa-se que, devido à falta de regular ciência do processo de exclusão do Simples, foi concedido ao Contribuinte prazo de 30 (trinta) dias para interposição de manifestação de inconformidade.

Conforme mencionado acima, a Impugnante foi regularmente intimada da exclusão, não havendo, necessidade de saneamento, como naquele caso. Na terceira parte da ementa deste mesmo acórdão - Manifestação de Inconformidade efeito suspensivo - decidiu-se que os efeitos da exclusão do Simples Nacional somente passam a vigorar após decisão administrativa definitiva, o que em nada contradiz o procedimento aqui tomado.

A Impugnante cita os arts. 26, inciso I da Lei Complementar n.º 123/06 e 138 do Código Tributário Nacional e sustenta que a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea.

Apesar de a Impugnante ter promovido a denúncia espontânea esta apenas surtiria efeito se houvesse o pagamento integral do tributo devido e dos juros de mora, o que efetivamente não ocorreu, pois foi realizado o recolhimento de apenas parte destes, restando ainda imposto a recolher. Por este motivo, ao contrário do alegado pela Impugnante, a denúncia não foi acatada pelo Fisco, e sim, considerada ineficaz, pois, sem recolher o valor integral do imposto, ela não atende ao disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional e, conseqüentemente, não afasta a incidência de penalidade.

A Defendente supõe que o Fisco Estadual, ao proceder à sua exclusão do Simples Nacional, apenas identificou os valores omitidos e aplicou a alíquota de 18% (dezoito por cento), sem, contudo, realizar a uma análise contábil no sentido de se verificar quais são os créditos advindos da operação imediatamente anterior, contrariando o princípio da não cumulatividade.

A alíquota de 18% (dezoito por cento) aplicada sobre a base de cálculo foi utilizada em consonância com o já citado art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar n.º 123/06.

Nos termos deste dispositivo, repita-se, as operações realizadas sem acobertamento fiscal não se encontram inseridas na apuração e pagamento de tributos dentro da sistemática do Simples Nacional.

No trabalho fiscal foram constatadas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, nos meses de julho de 2007 a janeiro de 2010 e novembro de 2010. Neste caso, a alíquota adotada foi aquela prevista na legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, vale dizer, no art. 42, alínea “e” do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais - RICMS/02, o que corresponde a uma alíquota de 18% (dezoito por cento):

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

.....

Insta deixar claro que, inicialmente, o Fisco comprova a saída de mercadorias desacobertadas, utiliza a alíquota de 18% (dezoito por cento) no cálculo do imposto devido, nos termos do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar n.º 123/06 e, conseqüentemente, inicia o procedimento de exclusão de ofício da ora Impugnante do regime diferenciado através do "Termo de Exclusão do Simples Nacional".

Neste momento não há que se falar em créditos de ICMS, mesmo porque a Impugnante ainda não foi excluída do Simples Nacional. Somente após o trânsito em julgado da exclusão de ofício é que esta passa a ser regida pela sistemática de débito e crédito e, quando da recomposição da conta gráfica, fará jus aos créditos oriundos das entradas.

Assim, não houve afronta ao princípio da não cumulatividade.

Não deve ser acolhida a tese de que foram solicitados os livros de registro de entradas/saídas e as notas fiscais de entradas/saídas, sendo todos desprezados pela Fiscalização na lavratura do Auto de Infração. Os documentos apresentados foram analisados e levaram à autuação.

A Defendente alega, ainda, que adquire produtos sujeitos à substituição tributária junto ao Estado de São Paulo, e nada foi considerado na apuração do crédito tributário. Contudo, também este argumento não pode ser acatado.

A Impugnante está cadastrada na Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais sob o CNAE-F n.º 4781-4/00, ou seja, comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, para os quais não há previsão de sujeição ao regime de substituição tributária no RICMS/02.

Como se não bastasse, as informações por ela própria prestadas nas DASNs, no campo "Atividade", revelam que as vendas de mercadorias, no período fiscalizado, ocorreram sem substituição tributária, ou seja, toda a receita bruta declarada foi passível de tributação. Verifica-se também nas suas declarações do Simples não haver aquisições interestaduais.

Assim, para a comprovação de suas alegações, necessário seria que a Impugnante anexasse aos autos documentos relativos à entrada de tais mercadorias sujeitas à substituição tributária, com o devido recolhimento do tributo, o que de fato não ocorreu.

A Impugnante deduz, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, que a Fiscalização não comprovou a ocorrência do fato gerador, pois esta considera todas as operações com cartão de crédito como sendo mercantis e conclui que, na realidade, ocorreu um arbitramento das operações por parte do Fisco, transferindo-lhe o ônus da prova.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante é uma filial e, conforme a Nona Alteração Contratual, cláusula segunda (Dos Objetivos), o objetivo das filiais é a exploração do ramo de "Comércio Varejista de Artigos do Vestuário em Geral", ou seja, ela não exerce a atividade de prestação de serviços, a sua atividade é tipicamente mercantil. Portanto, o Fisco não lhe transferiu o ônus da prova negativa porque, sendo do ramo comercial, as operações relativas a cartão de crédito, necessariamente, têm o intuito mercantil. Inclusive, quando da análise das notas fiscais apresentadas, foi constatado pelo Fisco não haver referência a serviços prestados.

No entanto, se houvesse prestação de serviço pagas com cartão de débito/crédito, bastava a Impugnante trazer a comprovação destas operações. Esta não seria uma prova negativa, mas positiva.

Também, não houve, como sustenta Defendente, arbitramento, mas sim, a devida verificação da ocorrência do fato gerador por meio do confronto entre as operações realizadas mediante cartões e as informações por ela prestadas na DASN. Além do mais, o Auto de Infração contempla todos os elementos previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional, indispensáveis à constituição do crédito tributário.

Em relação às multas aplicadas questiona a Impugnante a aplicação conjunta das multas isolada e de revalidação, defendendo a impossibilidade da aplicação cumulativa das penalidades constantes no art. 55, II e no art. 56, inciso II, ambos da Lei n.º 6.763/75.

A chamada Multa de Revalidação, exigida ao percentual de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 refere-se a descumprimento de obrigação principal exigida em razão do não recolhimento do imposto em favor do Estado de Minas Gerais.

A Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mesma Lei n.º 6.763/75 foi exigida pelas saídas desacobertadas.

Assim, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, trata-se de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Já a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75, refere-se ao descumprimento da obrigação principal, ou seja, o não pagamento de ICMS devido, a saber:

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.
.....

Portanto, as multas exigidas tratam de infrações distintas, sendo uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

Outrossim, a aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como se depreende da leitura da Apelação Cível n.º 1.0672.98.011610-3/001, cuja ementa é a seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Assim, ratifica-se o Termo de Exclusão do Simples por restar comprovada a causa da exclusão do regime unificado e simplificado, qual seja, as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar procedente o lançamento e a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor), Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora**