

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.385/13/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000186671-37
Impugnação: 40.010134026-50
Impugnante: Lanchonete Paraná Ltda - ME
IE: 001062400.00-60
Proc. S. Passivo: Júlio César Baêta Neves/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII 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, adequada ao § 2º do mesmo dispositivo, todos da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - INEXISTÊNCIA DO EQUIPAMENTO. Constatada a inexistência de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento da Contribuinte. Infração caracterizada nos termos do art. 4º, inciso I do Anexo VI do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso X, alínea "b", majorada em 50% (cinquenta por cento) pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, 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, 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 por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de maio de 2008 a maio de 2011, apuradas mediante o confronto entre as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito/débito e o somatório das notas fiscais de saída emitidas pela Autuada.

Apurou-se, ainda, a falta de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multas Isoladas capituladas nos arts. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo, e 54, inciso X, alínea “b”, esta majorada em 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, o Fisco promoveu, 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, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94/11.

Nesse 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. 454).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 457/477 e requer, ao final, a procedência da peça de defesa.

O Fisco manifesta-se às fls. 503/518, requerendo a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 521/532, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade do Auto de Infração. Ainda em preliminar, pelo indeferimento do pedido de perícia. Também em preliminar, para julgar improcedente a impugnação contra a exclusão do Simples Nacional. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, para adequar a multa isolada sobre saída de mercadorias do regime normal de tributação ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Argui a Impugnante a nulidade do lançamento por inobservância do devido processo legal na exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

Aduz que, enquanto não encerrar o processo administrativo da exclusão, a Autuada permanece no sistema, e que os efeitos somente surgem após a publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Destaca que não ocorreu a intimação específica para a exclusão, mas tão somente o envio do termo com o Auto de Infração.

A Lei Complementar nº 123/06 estabelece, dentre outras, as seguintes obrigações para os contribuintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

Logo, a opção pelo regime simplificado não é amplo e irrestrito, mas condicionado e limitado, podendo qualquer contribuinte ser dele excluído, caso pratique qualquer um dos ilícitos tributários previstos na lei como condição para nele permanecer.

Ocorrendo a exclusão do regime simplificado, o contribuinte simplesmente retorna ao regime normal de apuração, pelo simples descumprimento voluntário das condições impostas para se operar com o benefício daquele regime.

Ademais, a perda do benefício da Impugnante decorreu do descumprimento de obrigação normal e comum de qualquer comerciante de emitir documento fiscal por ocasião da venda de mercadorias.

Sobre a exclusão do Simples Nacional, a Lei Complementar nº 123/06 assim dispõe:

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

(...)

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

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26; (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011);

§ 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.

§ 2º - O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§ 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.

Ao dispor sobre a exclusão do Simples Nacional, o Comitê Gestor do Simples Nacional revogou a Resolução CGSN nº 15/07, com o advento da Resolução CGSN nº 94/11, que assim passou a tratar a matéria:

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.

§ 3º - Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º - Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º - A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º - Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

§ 7º - Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resta absolutamente claro, portanto, que a legislação não exige tratamento individualizado para a exclusão do Simples Nacional, mas apenas e tão somente que o Fisco expeça o “Termo de Exclusão” e o encaminhe à excluída do regime, nos termos dos §§ 1º e 2º anteriormente transcritos.

Não restam dúvidas quanto à correção do procedimento adotado pelo Fisco, conforme se observa pelo “Termo de Exclusão” de fls. 454, recebido pela Autuada conforme “AR” de fls. 456.

Por outro lado, as exigências fiscais do presente lançamento não estão atreladas à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional. Com efeito, a previsão contida no § 5º, anteriormente transcrito, no sentido de que a “exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro”, diz respeito à apuração realizada pela Autuada no regime simplificado, antes e depois da lavratura do “Termo de Exclusão”.

No caso dos autos, as exigências decorrem da constatação de saída de mercadorias sem emissão de notas fiscais, e em razão disso, afasta-se o benefício para essas operações, com a tributação em apartado, a teor do que dispõe o art. 13, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, com a seguinte redação:

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

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Conforme bem ressaltou o Fisco, por ocasião da decisão definitiva acerca da exclusão do Simples Nacional, e após o lançamento no Portal do Simples Nacional, poderá ser exigida a recomposição dos valores lançados na escrita fiscal da Impugnante, que se referem às vendas à vista declaradas ao Fisco, cobrando-se a diferença entre a apuração simplificada e o regime de débito e crédito.

Importante registrar que as decisões do CC/MG colacionadas pela Impugnante dizem respeito a lançamentos realizados sem a expedição do “Termo de Exclusão”, não se aplicando ao caso ora em análise.

Dessa forma, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Pedido de Perícia

Requer a Impugnante a realização de prova pericial, apresentando os quesitos de fls. 477 e indicando assistente técnico.

Analisando os quesitos apresentados, percebe-se que versam sobre as saídas dos produtos comercializados e a carga tributária incidente sobre eles.

No caso dos autos, no entanto, o pedido não se justifica, uma vez que o estabelecimento autuado não comercializa feijão, arroz ou cesta básica, mas sim alimentos preparados, cuja tributação decorre de previsão própria.

Com efeito, não obstante o tratamento tributário definido pelo Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, a preparação de alimentos constitui-se num processo de industrialização, razão pela qual a tributação incidente sobre a saída dos produtos comestíveis não acompanha a tributação sobre a entrada dos ingredientes.

Assim, a couve inserida no “feijão tropeiro”, adquirida com isenção do ICMS, não terá o mesmo tratamento tributário, mas sim aquele específico para o fornecimento de alimentação.

Nessa linha, indefere-se o pedido de perícia.

Do Mérito

Versa o presente feito sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de maio de 2008 a maio de 2011, apuradas mediante o confronto entre as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito/débito e o somatório das notas fiscais de saída emitidas pela Autuada.

O procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, Parte Geral do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

(...)

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

O “Anexo 2” (fls. 19/26) contém o faturamento mensal do estabelecimento informado pelas administradoras dos cartões, apurado mediante análise dos arquivos eletrônicos (registro 66).

Apurou o Fisco o total de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (“Anexo 3” – fls. 27/50).

De posse dessas informações o Fisco elaborou o “Anexo 1” (fls. 14/18), contendo a apuração das saídas mensais sem emissão de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se constata pela planilha, o Fisco agregou ao faturamento via cartões as vendas em dinheiro, de modo a alcançar o faturamento total do período. Nesse caso, os valores das vendas em dinheiro foram apurados mediante confronto entre o valor declarado pelas administradoras dos cartões e a receita informada no extrato do Simples Nacional.

Para apuração da base de cálculo tributável, o Fisco excluiu os valores relativos às entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, considerando a base de cálculo para a substituição tributária informada no documento, fazendo incidir, em seguida, o ICMS com a carga tributária reduzida (alíquota de 8,40%).

Para o cálculo da multa isolada, o Fisco adequa a exigência ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, tanto em relação às saídas tributadas, quando às saídas amparadas por substituição tributária. Registre-se que, em relação a essas últimas, não se exigiu a parcela de ICMS, mas somente a penalidade isolada.

O Demonstrativo do Crédito Tributário encontra-se às fls. 52/53 dos autos.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

Como bem salienta o Fisco, as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02, transcrito a seguir:

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.

Diante disso, o Fisco procedeu ao cruzamento de tais informações com os dados levados a registro na escrita fiscal da Impugnante, apurando a diferença que ensejou o Auto de Infração em análise.

Quanto ao mérito, destaca a Impugnante que as suas aquisições de mercadorias foram devidamente acobertadas por documentos fiscais, e sendo em sua maioria, aquisições de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, não há imposto a ser cobrado na saída.

Destaca que a escrituração das aquisições demonstra que os valores são bem menores que aqueles declarados ao Simples Nacional como receita operacional, em face da Impugnante ter deixado de escriturar vários documentos, em decorrência de desorganização interna e da pouca escolaridade dos sócios.

Salienta que, se não foi recolhido o ICMS nas aquisições de parte dos produtos, a Impugnante desconhece o fato e não pode se responsabilizar por ele, razão pela qual não há que se exigir a multa de revalidação, por se tratar de transferência de multas.

O equívoco da Defesa é evidente, uma vez que as exigências foram lançadas em decorrência da ausência de notas fiscais de saída de mercadorias, depois de afastadas as saídas amparadas por substituição tributária, considerando-se todos os documentos escriturados pela Autuada.

Alega, ainda, a Impugnante que determinadas mercadorias estão sujeitas a uma carga tributária específica, como carnes, mel, leite, arroz, feijão, frutas e hortaliças, o que implica em adotar carga tributária inferior à utilizada pelo Fisco, a teor do que dispõe o item 20 do Anexo IV do RICMS/02.

Adotando-se a mesma fundamentação relativa ao pedido de perícia, pode-se afirmar que não tem razão a Impugnante, uma vez que suas saídas referem-se a produtos alimentícios preparados no estabelecimento, não havendo comercialização de cestas básicas ou produtos *in natura*.

Pretende, ainda, a Impugnante o expurgo dos valores relativos aos chamados “tickets” de alimentação, afirmando que parte das informações prestadas pelas administradoras dos cartões não se refere a fornecimento de alimentação, mas sim à troca dos “tickets” por dinheiro, mediante deságio de 2% (dois por cento).

A hipótese, no entanto, não encontra respaldo na legislação tributária. A uma por se tratar de prática vedada por lei, uma vez que é proibido o comércio dos “tickets de alimentação”. A duas, porque a alegação de que os valores referem-se a todo o saldo de cada usuário não resta provada nos autos.

Assim, em se tratando de contribuinte do ICMS, eventual prestação de serviço, ainda que irregular, deve ser comprovada mediante emissão do documento correspondente.

No tocante à alegação de invalidade do arbitramento, cumpre esclarecer que o lançamento ora em análise não cuida de arbitramento, mas sim de aferir o real faturamento da Autuada mediante análise das informações prestadas pelas administradas de cartão de crédito.

Por tudo, resta demonstrada a ausência de emissão de notas fiscais para as operações do estabelecimento autuado, legitimando, assim, a cobrança da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

De igual modo, no tocante à exigência da obrigação principal, aplica-se ao caso o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, que exclui da apuração pelo Simples Nacional as operações desacobertadas de documento fiscal.

Ao apurar o valor da penalidade isolada, contudo, o Fisco promoveu as adequações previstas no § 2º do mesmo dispositivo, separadamente em relação às saídas sujeitas ao regime de substituição tributária e aquelas com a apuração do imposto normal.

Da Falta de Emissor de Cupom Fiscal - ECF

Constatou o Fisco que o estabelecimento não possuía equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF para comprovar as vendas realizadas, aplicando-se, então, a penalidade prevista no art. 54, inciso X, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 53, § 7º da mencionada lei.

A legislação que rege a espécie assim dispõe:

Anexo VI do RICMS/02

Art. 4º - É obrigatória a emissão de documento fiscal por ECF:

I - na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadoria ou bem promovida por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 6º - Fica dispensado da obrigatoriedade de uso do ECF:

I - o contribuinte que estiver enquadrado como microempresa com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), exceto quando mantiver no recinto de atendimento ao público equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operação com mercadorias ou prestação de serviços ou a impressão de documento que se assemelhe ao Cupom Fiscal, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo e observado o disposto no art. 8º desta Parte.

(...)

Parágrafo único - A exceção a que se refere o inciso I do caput deste artigo não se aplica ao equipamento eletrônico destinado a viabilizar o pagamento da operação ou prestação por meio de cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente, desde que:

I - as informações relativas às operações e prestações realizadas pelo estabelecimento cujos pagamentos foram realizados por meio de cartão de crédito ou de débito sejam mantidas, geradas e transmitidas conforme estabelecido no parágrafo único do art. 132 deste Regulamento;

II - o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do estabelecimento seja impresso no comprovante de pagamento.

(...)

Lei nº 6.763/75

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

X - por não possuir ou deixar de manter, no estabelecimento, para acobertamento das operações ou prestações que realizar:

(...)

b) ECF devidamente autorizado, quando obrigatório - 1.000 (mil) UFEMGs por constatação do Fisco;

(...)

Assim, não se enquadrando na dispensa prevista no inciso I do art. 6º acima transcrito, obriga-se a Autuada a comprovar as suas operações por meio de Emissor de Cupom Fiscal - ECF, estando correta a penalidade imputada.

A reincidência apontada pelo Fisco encontra-se demonstrada às fls. 57 dos autos, em decorrência do DAF nº 04.002192691-68, em 19/11/10.

Assim, verifica-se que restaram caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Da Exclusão do Regime do Simples Nacional

No que concerne, especificamente, à exclusão do regime do Simples Nacional, aduz a Autuada que tal procedimento mostra-se indevido, haja vista que a prática reiterada, que menciona o § 9º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, deve ser interpretada no sentido de que o ilícito apontado pelo Fisco ocorra em cinco anos sucessivos e que, no caso em tela, a apuração refere-se a apenas 3 (três) exercícios.

Afirma, ainda, que não ocorreu a prática de artifício, arдил ou qualquer outro meio fraudulento que induza o Fisco em erro, mas simplesmente a ausência de emissão de documento fiscal.

Da análise dos autos, resulta evidenciado, a partir 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 mostra-se evidente.

Em outras palavras, decidiu o legislador, em situações tais, autorizar 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.

No caso dos autos, a reiteração do cometimento do ilícito restou demonstrada na medida em que a saída sem emissão de documento fiscal ocorreu em pelo menos quatro exercícios (2008 a 2011), mais do que suficiente para configuração da prática reiterada.

A lei de regência do Simples Nacional (LC nº 123/06) traz a conceituação do que seja prática reiterada, exigindo a prática da infração por pelo menos 2 (dois) períodos de apuração consecutivos ou alternados, conforme dispõe o § 9º, art. 29, a saber:

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

(...)

§ 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;

Portanto, o período de 36 (trinta e seis) meses de cometimento da infração de venda de mercadorias sem o devido acobertamento por documento fiscal é muito mais do que o exigido pela lei para fins de aferir a prática reiterada de infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A interpretação levantada pela Impugnante não está correta, pois outra não existe a não ser a de que, o período de apuração menciona no inciso I do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 refere-se aos meses de cada exercício. Assim, se contatado o ilícito em dois meses, alternados ou consecutivos, dentro do marco decadencial de 5 (cinco) anos, está o Fisco autorizado a promover a exclusão do regime.

Noutra toada, a ausência de prática de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, que induza o Fisco em erro, não minora a situação da Impugnante. De modo contrário, se analisada a questão sob tal prisma, estaria a Autuada impedida de retornar ao regime diferenciado no prazo de 10 (dez) anos, enquanto a ausência das tipificações especiais afasta a Impugnante do regime pelo prazo de 3 (três) anos.

Assim, correta a exclusão do estabelecimento do regime do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª 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, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida que o julgava parcialmente procedente para adequar a multa isolada sobre a saída de mercadorias do regime normal de tributação ao disposto na alínea "a", inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos termos do parecer da Assessoria. Em seguida, à unanimidade, em julgar procedente a exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Maria Vanessa Soares Nunes (Revisora).

Sala das Sessões, 10 de outubro de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

EJ/R

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.385/13/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000186671-37
Impugnação: 40.010134026-50
Impugnante: Lanchonete Paraná Ltda - ME
IE: 001062400.00-60
Proc. S. Passivo: Júlio César Baêta Neves/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, 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.

A autuação versa sobre saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de maio de 2008 a maio de 2011, apuradas mediante o confronto entre as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito/débito e o somatório das notas fiscais de saída emitidas pela Autuada.

Ressalta-se que o inciso III do art. 132 da Parte Geral do RICMS/02 assim dispõe:

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.

Portanto, verificando que os arquivos eletrônicos com as informações prestadas pelas administradoras de cartões são considerados como documentos fiscais, percebe-se que a apuração resulta do confronto entre os documentos fiscais do estabelecimento, impondo-se a redução prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em relação às saídas de mercadorias sob tributação normal, mantendo-se a adequação no tocante às mercadorias sob regime de substituição tributária.

Com efeito, dispõe a alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 que:

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:

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;

(...)

Posto isso, julgo parcialmente procedente o lançamento, para adequar a multa isolada sobre a saída de mercadorias do regime normal de tributação ao disposto na alínea “a”, inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Sala das Sessões, 10 de outubro de 2013.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro