

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.713/14/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000219227-54
Impugnação: 40.010136601-36
Impugnante: Lanchonete e Danceteria Baden Ltda - ME
IE: 056104970.00-24
Proc. S. Passivo: Aline Celina Cardoso de Paula
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/09 a 30/04/14.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado artigo.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/40, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 54/65.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz que a Fiscalização não observou o art. 129, § 3º da Resolução CGSN 94/11, e tributou-a indevidamente, uma vez que se encontrava sob a guarda da Lei Complementar 123/06, na condição de optante do Simples Nacional, aduz, ainda, que a alíquota utilizada foi de 8,4% (oito vírgula quatro por cento), em desacordo com sua faixa de receita bruta, para a qual deveria ter sido utilizada a alíquota de 1,25% (um vírgula vinte e cinco por cento).

Considera que deveria ter sido primeiramente intimada do Termo de Exclusão do Simples Nacional, com o direito ao contraditório e, só após decisão definitiva desfavorável à Impugnante, poderia ter sido cobrado o ICMS nos termos utilizados na presente peça fiscal.

Verifica-se que os argumentos trazidos pela Autuada confundem-se com o mérito e assim serão analisados mais adiante.

Oportuno registrar, porém, que o Auto de Infração não apresenta erros. Contém todos os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Foram observados todos os requisitos formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/09 a 30/04/14.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado artigo.

Inicialmente, a Impugnante alega, com base no art. 174 do Código Tributário Nacional (CTN), que os débitos fiscais referentes ao período de 01/01/09 a 30/07/09 encontravam-se prescritos, uma vez que o prazo para a Fazenda Pública exigir o crédito tributário expira em 5 (cinco) anos.

Nota-se que há um equívoco na utilização do instituto da prescrição. Na verdade, o que se quer pleitear na impugnação é a decadência em relação ao período mencionado pela Impugnante. A decadência relaciona-se com a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário por meio do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme estabelece o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Contudo, havendo omissão de receita, como no presente caso, não há que se falar em homologação de lançamento, tornando-se imperioso à Fiscalização realizar o lançamento de ofício, com base no art. 149, inciso V do CTN, *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela Autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

Constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

No caso em tela, o termo de contagem inicial para a decadência, em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2009, começa em 01/01/10 e finda em 31/12/14. Assim, considerando que o recebimento do Auto de Infração data de 17/07/14, não há que se falar em decadência.

Quanto ao mérito propriamente dito, cumpre destacar que a Fiscalização realizou diligência no estabelecimento comercial da Autuada em 02/06/14 e, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000009089.21, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/09 a 30/04/14.

A Contribuinte foi intimada, às fls. 8/9, a se pronunciar quanto à possível falta de emissão das notas fiscais de saída, ao que responde às fls. 10, informando apenas que não tem condições financeiras de quitar seus débitos, uma vez que encontra-se sem movimento há vários meses.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com os dados informados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), a Fiscalização constatou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

(...)

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

(...)

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

Art. 10-A. As administradoras de cartões 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

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

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

(...)

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

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

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

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com os dados informados na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), estando o cálculo demonstrado nas planilhas de fls. 17/22.

A tese da Impugnante se lastreia, em síntese, na impossibilidade de se cobrar o ICMS oriundo de omissão de receita, nos moldes como foi cobrado no presente PTA, pelo fato de a empresa ser optante pelo regime de recolhimento do Simples Nacional. Na sua interpretação, para se cobrar o tributo, o Estado deveria antes excluí-la do Simples Nacional, e só após decisão definitiva desfavorável, poderia ser realizado o lançamento.

Afirma que tem o direito de ter aplicada a alíquota correspondente ao seu enquadramento no Simples Nacional, baseada no percentual de receita bruta, que seria de 1,25% (um vírgula vinte e cinco por cento), e não aquela utilizada no PTA, de 18%

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(dezoito por cento) com redução da base de cálculo para 8,40% (oito vírgula quatro por cento) em conformidade com o Decreto Estadual nº 43.080/02.

De fato, com a finalidade de dar tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, entrou em vigor a partir de 1/07/07, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, denominado de Simples Nacional.

Porém, no Capítulo IV, Seção I do mencionado diploma legal, o legislador, ao tratar de omissão de receitas, mormente as oriundas por falta de emissão de documento fiscal, afastou completamente a incidência do regime Simples Nacional, devendo ser utilizada a legislação do ICMS aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme se depreende do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "F", *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

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

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

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

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

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, como alegado pela Impugnante, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

Repita-se, a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

A Autuada argumenta ainda que, em observância ao princípio constitucional da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal/88, a Fiscalização, ao lavrar a peça fiscal, deveria ter considerado o crédito de ICMS nas entradas de mercadorias.

Não se vislumbra, porém, na legislação do Simples Nacional, a possibilidade de ocorrer essa hipótese, conforme art. 23 da Lei Complementar 123/06, *in verbis*:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional. [grifou-se]

Nesse 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 será feita a recomposição da conta gráfica adotando a sistemática de débito e crédito e fazendo jus aos créditos oriundos das entradas. Portanto, percebe-se que não houve afronta ao princípio da não cumulatividade.

Registra-se, por oportuno, que a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 foi adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, sendo limitada a duas vezes e meia o valor do imposto exigido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 13 de novembro de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**

IS/D