

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.538/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000210578-08
Impugnação: 40.010135730-12
Impugnante: Comercial Souza Mafra Ltda - ME
IE: 001327922.00-09
Coobrigado: Alex Costa Souza
CPF: 046.771.156-99
Origem: DFT/Manhuaçu

EMENTA

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

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída 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, com o recolhimento de ICMS a menor, no período de março de 2010 a dezembro de 2012.

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.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 31/37.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização acatou parcialmente a Impugnação, com a reformulação do crédito tributário às fls. 69/74.

Aberta vista à Autuada que, às fls. 87/91, apresenta aditamento à Impugnação, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 103/107.

DECISÃO

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 março de 2010 a dezembro de 2012.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, 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:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

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

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

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

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

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

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada e 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, transcrito 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A Autuada, em sua defesa, enfatiza que o fato ocorreu por um deslize operacional dos colaboradores e que, depois de constatado, o erro foi corrigido.

Alega, contudo, que a Fiscalização, injustamente, arbitrou toda a alíquota sobre o percentual de 18% (dezoito por cento), uma vez que o estabelecimento autuado é uma minimercaria, possuindo diversos itens com alíquotas diferenciadas, de acordo com o disposto no art. 12 da Lei nº 6.763/75.

Foi apresentada uma tabela às fls. 43, que relaciona às alíquotas os produtos comercializados, e o percentual sobre o faturamento da empresa. Em seguida, às fls. 44/45, a Autuada apresenta um demonstrativo com os valores de diferenças encontrados pela Fiscalização e propõe a utilização da alíquota média para cálculo do ICMS devido.

Importante ressaltar que de fato foram caracterizadas as saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal. Porém, ao apurar o valor do ICMS devido sobre as supostas operações, tem-se que é incorreta a aplicação dada pela Fiscalização de uma alíquota única para fins de apuração do ICMS.

Conclui-se, assim, que a alíquota média mensal da Autuada é diferente da alíquota de 18% (dezoito por cento) exigido no lançamento, uma vez que ela pratica diversas operações sujeitas a outras alíquotas, operações não tributadas e isentas conforme fls. 43.

É impossível imaginar que em uma minimercaria existem apenas itens de alíquota única, como descrito anteriormente. Por isso, notoriamente é possível afirmar que é correta a diversificação de produtos, sendo dispensado outro meio de prova conforme determinação do Art. 334, inciso I do CPC:

Art. 334 - Não dependem de provas os fatos:

I - Notórios

(...)

O que se constata nos presentes autos, é que a Autuada pratica operações sujeitas a outras alíquotas, operação não tributada e isenta.

Destaca-se, ainda, que há respaldo para aplicação da alíquota média em casos de saídas desacobertadas, conforme se verifica em várias decisões desse Conselho e também em autuações lavradas pela Fiscalização do Estado de Minas Gerais.

A propósito, são citadas as seguintes decisões desse Conselho:

ACÓRDÃO Nº 20.847/12/1ª

(...)

CERTO É, QUE O TRABALHO FISCAL FOI BASEADO APENAS NA ENTRADA DE RECURSOS DA CONTA NÃO CONTABILIZADA, OU SEJA, NOS DEPÓSITOS, DE CHEQUES E EM DINHEIRO. O MONTANTE DOS DEPÓSITOS, OBJETO DA AUTUAÇÃO, ENCONTRAM-SE DEMONSTRADOS NA PLANILHA 3 DE FLS.110/120.

NO QUE TANGE AO ASPECTO QUANTITATIVO, VERIFICA-SE QUE AS ALÍQUOTAS PRÓPRIAS DAS OPERAÇÕES COM OS PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELA IMPUGNANTE (FERMENTOS, FARINHAS, AMIDOS, FÉCULAS E OUTROS PRODUTOS PARA PADARIAS) SERIAM DE 18% (DEZOITO POR CENTO), 12% (DOZE POR CENTO) OU DE 7% (SETE POR CENTO). ASSIM, CORRETO AFIGURA-SE O CRITÉRIO UTILIZADO PELO FISCO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA MÉDIA SOBRE A BASE DE CÁLCULO APURADA, SENDO QUE, NAS OPERAÇÕES REALIZADAS EM 2007, APUROU-SE A ALÍQUOTA MÉDIA DE 8,32% (OITO INTEIROS E TRINTA E DOIS DÉCIMOS POR CENTO) E NAS SAÍDAS DE 2008, A DE 7,61% (SETE INTEIROS E SESSENTA E UM DÉCIMOS POR CENTO). (GRIFOU-SE)

ACÓRDÃO Nº 20.399/14/2ª

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), A OCORRÊNCIA DE ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, ENSEJANDO A EXIGÊNCIA DO ICMS RELATIVO ÀS OPERAÇÕES DE SAÍDAS E ESTOQUE DESACOBERTADOS, ACRESCIDO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO INCISO II DO ART. 55, ALÍNEA “A”, TODOS DA LEI Nº 6.763/75; E, RELATIVAMENTE À INFRAÇÃO DE ENTRADA DESACOBERTADA, SOMENTE A MULTA ISOLADA REFERIDA. IRREGULARIDADES APURADAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO TÉCNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO III, PARTE GERAL DO RICMS/02. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. NO ENTANTO, DEVE-SE APLICAR A ALÍQUOTA MÉDIA PARA EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

(...)

A IMPUGNANTE ALEGA AINDA QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO NÃO ESTÁ EM CONFORMIDADE COM AS ALÍQUOTAS PRATICADAS POR ELA, VISTO QUE AS VENDAS SÃO TRIBUTADAS A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

12% (DOZE POR CENTO) E 7% (SETE POR CENTO), POR SE TRATAR DE PRODUTOS TÊXTEIS.

O FISCO ARGUI QUE POR FORÇA DO ART. 195, § 2º, INCISO V, ALÍNEA “B” DA PARTE GERAL DO RICMS/02, NOS CASOS EM QUE NÃO É POSSÍVEL DETERMINAR SE A OPERAÇÃO FOI INTERNA, INTERESTADUAL OU DE EXPORTAÇÃO, SERÁ APLICADA A ALÍQUOTA INTERNA DO PRODUTO. E QUE, CONFORME PESQUISADO, A ALÍQUOTA DE TODOS OS PRODUTOS PRESENTES NOS AUTOS É DE 18% (DEZOITO POR CENTO).

(...)

VERIFICA-SE, PELA CONSULTA ÀS PLANILHAS “PRODUTOS SELECIONADOS PARA CÁLCULO DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO” (FLS. 21/23), “LEVANTAMENTO PRODUTOS VALORES” POR PERÍODO, ANO 2010 (FLS. 1602/1604) E ANO 2011 (1799/1802), QUE ESTÃO IDENTIFICADAS TODAS AS MERCADORIAS EM QUE HOVE SAÍDA, ENTRADA E ESTOQUE DESACOBERTADO, QUE SÃO, NA MAIORIA, “TECIDOS E SUBPRODUTOS DA TÊCELAGEM”.

ASSIM, O LEVANTAMENTO FISCAL DEVE SER ADEQUADO PARA APURAÇÃO DO IMPOSTO COM BASE NA ALÍQUOTA MÉDIA APURADA PARA O PERÍODO AUTUADO, POR MEIO DAS INFORMAÇÕES CONTIDAS NA DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DO ICMS (DAPI), POR RETRATAR MAIS ADEQUADAMENTE AS OPERAÇÕES DA CONTRIBUINTE.

(...)

ASSIM, CARACTERIZADA AS INFRINGÊNCIAS À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, ESTANDO CORRETAMENTE DEMONSTRADAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA, LEGÍTIMO SE TORNA O LANÇAMENTO, NOS TERMOS DA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EFETUADA PELO FISCO ÀS FLS. 1295/1298 DOS AUTOS E AINDA PARA APLICAR A ALÍQUOTA MÉDIA SOBRE A BASE DE CÁLCULO APURADA.

Portanto, deve ser aplicada a alíquota média apresentada na planilha de fls. 44/45.

Uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 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)

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

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

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

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

(...)

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

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

Lei Complementar nº 123/06

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

Resolução CGSN nº 94/11

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

I - da RFB;

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

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

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

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

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.

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

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 21.258/14/3ª:

EMENTA

(...)

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

Comprovada a realização de prática reiterada de descumprimento da legislação tributária, conforme se conclui dos elementos dos presentes autos, correta a exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco às fls. 70 e para considerar a alíquota média apresentada na planilha de fls. 45. Vencidos, em parte, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e José Luiz Drumond, que não consideravam a aplicação da alíquota média e a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que, além das exclusões procedidas, ainda adequava a Multa Isolada ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Em seguida, à unanimidade, julgou-se procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Conforme art. 163, § 2º do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 27 de agosto de 2014.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Alan Carlo Lopes Valentim Silva
Relator

GR/T

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.538/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000210578-08
Impugnação: 40.010135730-12
Impugnante: Comercial Souza Mafra Ltda - ME
IE: 001327922.00-09
Coobrigado: Alex Costa Souza
CPF: 046.771.156-99
Origem: DFT/Manhuaçu

Voto proferido pela Conselheira Ivana Maria 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.

Como visto, o presente lançamento decorre de constatação de omissão de receitas, resultante da diferença entre as vendas declaradas à Fiscalização e os valores constantes de extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito/débito.

A decisão majoritária entende restar caracterizada a infração de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal. Discorda, porém, do procedimento fiscal de aplicação de alíquota única de 18% (dezoito por cento) para fins de apuração do ICMS devido, caso em que decide pela adoção da alíquota média apresentada na planilha da Autuada (fls. 43/45).

Por essa planilha, a Defesa apresenta, segundo seu entendimento, apuração do “percentual de participação no faturamento” das diversas alíquotas, segundo os produtos que comercializa, e calcula, em consonância, os valores entendidos como devidos.

Lado outro, cumpre ressaltar que a adoção, pela Fiscalização, da alíquota única de 18% (dezoito por cento) tem por pressuposto a impossibilidade de se ter a informação de quais operações foram efetivamente realizadas, considerando o faturamento não levado à tributação.

Não obstante para o período autuado não haver regra específica a respeito, a legislação deste Estado, em situação de falta de informação inequívoca, já fazia previsão de se adotar parâmetros de operação interna. Tal dispositivo constitui o § 6º do art. 61 do RICMS/02, a saber:

Art. 61 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º - Para o efeito do disposto neste artigo, considera-se:

I - mineira a mercadoria encontrada sem documento fiscal;

II - iniciada neste Estado a prestação realizada sem documento fiscal.

Por sua vez, a partir de 15/12/12, o RICMS/02 passou a prever literalmente a alíquota de 18% (dezoito por cento) nas situações em que a alíquota efetiva é desconhecida. Confira-se:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 29. Na hipótese do art. 53 e do parágrafo único do art. 196, ambos deste Regulamento, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

(...)

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Conforme destaca a Fiscalização, ocorre que a Impugnante não trouxe provas documentais aos autos que comprovasse, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também os elementos dos autos não permitem análise a respeito.

Assim, não há como considerar reais os valores apresentados pela Impugnante na planilha de fls. 44/45, sem qualquer lastro documental.

Por fim, mencione-se que na existência de infração de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, o ônus probante cabe à Autuada, não tendo ela sido capaz de comprovar seu direito.

Por tudo exposto, discordo parcialmente da decisão majoritária e julgo parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário procedida pela Fiscalização às fls. 70.

Sala das Sessões, 27 de agosto de 2014.

**Ivana Maria de Almeida
Conselheira**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.538/14/2 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000210578-08	
Impugnação:	40.010135730-12	
Impugnante:	Comercial Souza Mafra Ltda - ME	
	IE: 001327922.00-09	
Coobrigado:	Alex Costa Souza	
	CPF: 046.771.156-99	
Origem:	DFT/Manhuaçu	

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

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

A autuação sob análise, na parte que se refere à matéria tratada neste voto, versa sobre a imputação fiscal de que a Impugnante teria promovido venda de mercadorias sem a devida emissão de documentos fiscais.

A infração foi verificada pela Fiscalização mediante confronto entre as vendas declaradas pela própria Impugnante na Declaração do Simples Nacional – DASN e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito. As operações foram consideradas desacobertas de documentos fiscais, nos termos do art. 16, incisos VI, VII, IX e XIII da Lei n.º 6.763/75.

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.

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

20% (vinte por cento), nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

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

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

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

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

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

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

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

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

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

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

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

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO PELA IMPUGNANTE E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DA PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C O ART. 5º, INCISOS V E XIII DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 15/07. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também no Acórdão nº 20.492/12/3ª, que trata da mesma matéria, foi exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II com a redução prevista na alínea “a”. Confira-se:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS AO FISCO PELA IMPUGNANTE E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DA PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGE-SE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. ENTRETANTO, EXCLUEM-SE AS EXIGÊNCIAS DOS PERÍODOS EM QUE RESTOU COMPROVADA A NÃO OMISSÃO DE VENDAS POR CARTÃO. E, COM RELAÇÃO AO MÊS DE JANEIRO DE 2007, DEVE-SE ADEQUAR O ICMS CONFORME MANIFESTAÇÃO DO FISCO À FL. 1568. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para, além das exclusões procedidas pela decisão majoritária, também adequar a Multa Isolada ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Sala das Sessões, 27 de agosto de 2014.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**