

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.754/15/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000174228-66
Impugnação: 40.010137850-52
Impugnante: Café Galeria Antiquários Ltda - ME
IE: 367119390.00-00
Coobrigado: José Roberto Bittar Miana
CPF: 377.885.587-53
Proc. S. Passivo: Meire Matos Vale/Outro(s)
Origem: DF/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, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada 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 c/c § 2º, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/07/07 a 31/12/11, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante nas DASN – Declaração Anual do Simples Nacional, e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Exige-se o ICMS devido, bem como Multa de Revalidação conforme disposto no art. 56, inciso II e de Multa Isolada consoante disposto no art. 55, inciso II c/c art. 55, § 2º, ambos da Lei nº 6.763/75.

O Fisco inclui o sócio-administrador, José Roberto Bittar Miana no polo passivo da autuação, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei Estadual nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN.

Considerando a inexistência de impugnação, lavrou-se o Termo de Revelia de fls. 98, com encaminhamento à Advocacia Regional de Juiz de Fora, que procedeu à Certidão de Dívida Ativa (fls. 105/111).

Em face de questionamentos solicitados pela Advocacia Regional em Juiz de Fora de fls. 117, a Delegacia Fiscal de Juiz de Fora reformulou o crédito tributário, para a exclusão dos valores referentes ao período de julho a dezembro de 2011, conforme documentos de fls. 118/121 e 132/135.

A rerratificação do crédito tributário, foi efetuada em função do estabelecimento mineiro detentor do CNPJ: 04.238798/0001-56, ter sido transferido para o Estado da Bahia, no município de Porto Seguro a partir de julho de 2011.

Devidamente intimados da alteração do crédito tributário, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 143/169, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 296/307.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante traz como questões preliminares diversos temas que, segundo seu entendimento, ensejariam a nulidade do lançamento.

Entende inexistir notificação válida por ocasião do Auto de Infração original.

Os elementos dos autos não endossam sua tese.

As intimações a Autuada e Coobrigado foram efetuadas com base no disposto no art. 10, § 1º, do RPTA – Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, conforme Ofícios nºs 249/2012 e 250/2012, de fls. 87/90.

Considerando a devolução dos ARs – Aviso de Recebimento pelos Correios, informando a não efetivação da intimação, procedeu a Fiscalização a intimação mediante Edital no Diário Oficial de Minas Gerais, fls. 93/94.

Como é possível observar, não ocorreu irregularidade na intimação do Auto de Infração a Autuada e Coobrigado, eis que efetuado nos termos da legislação, em especial o disposto no art. 10, § 1º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, situação típica quando o destinatário se encontra em local ignorado, incerto ou inacessível:

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 dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado e não tiver sido intimado em seu domicílio eletrônico, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no órgão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

Importa destacar que os Avisos de Recebimento de fls. 89/ 90 demonstram que a Fisco envidou os esforços para localizar a Contribuinte e o Coobrigado, considerando suas informações cadastrais junto à Secretaria de Fazenda.

Nesse aspecto, tendo havido encerramento das atividades da Contribuinte, caberia a ela fazer a devida comunicação ao Fisco mineiro, não sendo eficaz qualquer justificativa com base em inscrição estadual existente fora do território mineiro.

O Impugnante insurge-se contra o lançamento entendendo ter havido quebra de sigilo de dados de instituição financeira.

Entretanto, não lhe assiste razão.

As administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações determinadas pelo Fisco e, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prescreve que as Autoridades e os Agentes Fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso se tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Para corroborar, transcreve-se a ementa do Processo nº. 1.0024.04.444277-0/002(1) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, data do julgamento 12/08/10, publicado em 18/11/10, com a decisão de que a regra do sigilo não é absoluta prevalecendo o interesse público, sobretudo nos casos em que o fornecimento das informações e documentos é necessário à Administração Tributária, conforme previsão da norma mencionada (art. 6º da Lei Complementar nº 105/01):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO - FISCO - COMPROVAÇÃO - ART. 6º, LC 105/01 - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A REGRA DO **SIGILO NÃO É ABSOLUTA**, DEVENDO SER MITIGADA EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS, SOBRETUDO NOS CASOS EM QUE O FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS MOSTRA-SE NECESSÁRIO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, DIANTE DA POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE SONEGAÇÃO **FISCAL**, CONFORME PREVISÃO NO ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01, DEVENDO PREVALECER O INTERESSE PÚBLICO. (DESTACOU-SE)

Quanto ao entendimento de que o procedimento fiscal é irregular por inexistir exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, tal discussão refere-se ao mérito do lançamento e como tal será adiante abordado.

Destaca-se o fato de que o Auto de Infração contém 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. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA.

Induidoso, também, 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.

Outrossim, tendo havido a regular intimação da Autuada, como anteriormente defendido, não produz os efeitos pretendidos a alegação de cerceamento de defesa.

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

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante nas DASN – Declaração Anual do Simples Nacional 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 01/07/07 a 30/06/11, após a reformulação do crédito tributário de fls. 118/121 e 132/135.

A Autuada pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fiscalização de lançar os fatos geradores anteriores a fevereiro de 2010, eis que somente houve a notificação do Sujeito Passivo em fevereiro de 2015, com o recebimento do Ofício nº 026/2015, conforme documentos de fls. 138/142.

Constata-se, pois, que sob o foco da decadência, a Impugnante repete aqui seu posicionamento de inexistência de notificação válida por ocasião do Auto de Infração original.

Considerando a abordagem detalhada da questão quando da análise preliminar, faz-se necessário apenas repisar que não ocorreu qualquer irregularidade na intimação do Auto de Infração, ocorrida em agosto de 2012, eis que ela foi efetuada nos termos da legislação aplicável.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, 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.

No entanto, 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 Código Tributário Nacional - 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do “decisum”. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Assim, considerando aplicável o art. 173, inciso I do CTN para os créditos lançados de ofício, o pleito de decadência não encontra respaldo legal.

No que tange ao mérito propriamente dito, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/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:

(...)

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.

Aduz a Impugnante que todas as vendas apontadas no Auto de Infração ocorreram no Estado da Bahia. Acrescenta que desde 2004, com a abertura da filial naquele Estado, não há movimento em Minas Gerais e que, em 24/05/10, após encerramento dessa, transferiu a matriz, CNPJ 04.328798/001-56, para Porto Seguro/BA.

Entretanto, as provas dos autos não corroboram a tese da Autuada. As declarações das administradoras de cartões de crédito/débito demonstram que houve venda de mercadorias em Juiz de Fora, conforme se pode verificar nos documentos de fls.28/ 30 e fl. 32.

E, em assim sendo, para os fins de ilidir o lançamento tributário, deveria a Autuada trazer comprovação inequívoca de que as informações fiscais das administradoras não correspondem à realidade dos fatos.

Nesse aspecto, a existência de um contrato de locação em outro Estado nada comprova. Da mesma forma, a diligência fiscal realizada em 2012 atesta apenas o encerramento irregular da empresa antes disso, não afirmando a inexistência de atividades de 2007 a 2011.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por sua vez, as DASN – Declaração Anual do Simples Nacional - do período de julho de 2007 a maio de 2011, fls. 34/78 e 218/262 demonstram que a matriz de Juiz de Fora/MG funcionou até o mês maio de 2011.

A Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia, no site <http://www.sintegra.gov.br/>, com o CNPJ 04.328.798/0001-56, mostra que a empresa iniciou seu funcionamento naquele estado da Bahia, no município de Porto Seguro em 27/06/11. Confira-se:

Data da Consulta - 26/03/2015

Identificação - CNPJ 04.328.798/0001-56 - Inscrição Estadual 012.619.128 UF BA Razão Social Café Galeria Antiquários Ltda – ME

Endereço – Rua Bento Alexandrino de Moraes Número 131 Complemento

Bairro – Arraial Dajuda **UF –** BA **Município –** Porto Seguro **CEP –** 45816000

Endereço Eletrônico – juliana@contabilidadecoelho.com.br

Telefone – (73) 35752655

Informações Complementares

Atividade Econômica - Restaurantes e Similares **Data da Inscrição Estadual:** 27/06/2011 Usuário CEPD - ----- Situação Cadastral Atual – Habilitado

Data dessa Situação Cadastral – 27/06/2011 **Condição –** Microempresa

Observações –

Regime de Apuração do ICMS – Simples Nacional

Obsevações: Os dados acima são baseados em informações existentes na base de dados da Sefaz-Bahia e demonstra a situação cadastral do contribuinte nesta data.”

Assim, pelas informações retrotranscritas, as alegações da Defesa não se sustentam, pois constata-se que a empresa funcionou em Juiz de Fora/MG pelo menos até o mês de maio de 2011.

Mencione-se o fato de que o faturamento “zerado” das DASN da matriz mineira, transmitidas à Receita Federal, em nada socorre a Litigante. Pelo contrário, ratificam o trabalho fiscal de omissão de receita.

Argumenta a Defesa que existe diferença de regime para apuração da base de cálculo nas informações das administradoras de cartões de crédito/débito, regime de caixa, e aquelas informações ao Simples Nacional que se dão pelo regime de competência.

Novamente, não lhe assiste razão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme disposto no item 5, nº 08, na Parte 5, do Anexo VII, a que se refere o disposto no art. 10-A do Anexo VII, ambos do RICMS/02, as administradoras de cartões de crédito e de débito deverão informar o valor bruto da respectiva operação, realizada no período de apuração, portanto, trata-se do regime de competência.

Portanto, ambas as fontes de informações, DASN e arquivos eletrônicos das Administradoras de cartões, deverão ser informadas pelo regime de competência, não havendo a divergência alegada.

A Impugnante contesta também o lançamento por não ter sido excluída do regime do Simples Nacional, entendendo que a competência fiscal *in casu* seria da União.

Não obstante, 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 será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

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.

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)

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.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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;

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante em relação ao art. 112 do CTN não se fazem procedentes. Inexistem quaisquer dúvidas no lançamento.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento), postula a Autuada pela aplicação da redução prevista na alínea “a” do citado dispositivo. O dispositivo em questão prevê:

Lei nº 6.763/75

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;

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

(...)

Entretanto, em que pesem os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito e/ou débito serem considerados documentos fiscais, sem razão a Defesa, uma vez que o redutor previsto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente se aplica quando a apuração do crédito tributário ocorrer com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.

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.

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes e meia o valor do imposto exigido.

Com relação ao pedido de eventual acionamento do denominado permissivo legal por esta Câmara de Julgamento, para cancelamento ou redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Por fim, insta mencionar como correta a inclusão do sócio-administrador, José Roberto Bittar Miana, no polo passivo da autuação, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei Estadual nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do CTN.

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 118/121 e 132/135. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que também adequava a Multa Isolada ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Luciana Goulart Ferreira (Revisora) e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 26 de maio de 2015.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.754/15/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000174228-66
Impugnação: 40.010137850-52
Impugnante: Café Galeria Antiquários Ltda. - ME
IE: 367119390.00-00
Coobrigado: José Roberto Bittar Miana
CPF: 377.885.587-53
Proc. S. Passivo: Meire Matos Vale/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

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.

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 saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS, no período de 1º de julho de 2007 a 31 de dezembro de 2011, apuradas mediante cruzamento de dados eletrônicos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito com os valores informados nas Declarações do Simples Nacional.

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.

Como dito e cumpre ser repetido pela importância para este voto, a infração foi verificada pela Fiscalização mediante confronto entre as vendas declaradas pela própria Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Os valores relativos às diferenças encontradas pelo Fisco foram considerados como provenientes de operações desacobertadas de documentos fiscais, nos termos do art. 16, incisos VI, VII, IX e XIII da Lei n.º 6.763/75.

Verifica-se da própria descrição feita no relatório do Auto de Infração que a Fiscalização chegou à 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. Portanto, todas as informações das quais o Fisco se valeu referem-se a informações da própria Impugnante.

Em relação ao imposto exigido bem como a multa de revalidação a ele intrinsecamente ligada, não restou comprovada nos autos a incorrência da imputação fiscal, não tendo a Impugnante alcançado demonstrar que os valores por ela recebidos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 Defendente e as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito referentes às transações realizadas por ela 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disposições constantes do 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.

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 n.º 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Também no Acórdão n.º 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.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa Isolada aplicada ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Sala das Sessões, 26 de maio de 2015.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira