

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.999/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000307705-38
Impugnação: 40.010139151-69
Impugnante: Carpintaria e Depósito Moraes Ltda
IE: 062008869.00-58
Coobrigados: Antônio Miranda de Moraes
CPF: 390.403.136-87
Edson Miranda de Moraes
CPF: 229.373.316-53
Proc. S. Passivo: Patrícia Soares Cruz/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

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 (Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI) e 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. Exigência apenas da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, pois as mercadorias objeto da autuação estão sujeitas ao regime de recolhimento por substituição tributária.

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, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante confronto entre as declarações de saída prestadas pelo Contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, que o Sujeito Passivo deixou de emitir documentos fiscais nas saídas de mercadorias de seu estabelecimento, nos períodos de maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2010; janeiro, abril e dezembro de 2011; fevereiro e março de 2012; agosto, setembro e dezembro de 2013 e janeiro e agosto 2014.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como as saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, estavam sujeitas ao regime de recolhimento de ICMS por substituição tributária, exige-se apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75

Por se tratar de empresa inscrita no Simples Nacional, a Fiscalização, com base na Lei Complementar nº 123 de 2006 e na Resolução CGSN nº 94 de 2011, foi lavrado o Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 196/198).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 202/207, e junta documentos às fls. 208/217.

A Fiscalização retifica o lançamento, às fls.223/224, com a alteração do marco inicial da autuação, passando para maio de 2010. O Termo de Exclusão do Simples Nacional, também é alterado, passando o marco inicial para maio de 2010, conforme fls. 221/222 e o Aviso de Recebimento de fls. 225/226.

De acordo com o art. 120 § 1º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a Autuada é intimada para aditamento da impugnação.

A Autuada adita a Impugnação às fls. 231/243.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 256/262, e pede ao final pela procedência do lançamento

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, mediante confronto entre as declarações de saída prestadas pelo Contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, que o Sujeito Passivo deixou de emitir documentos fiscais nas saídas de mercadorias de seu estabelecimento, nos períodos de maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2010; janeiro, abril e dezembro de 2011; fevereiro e março de 2012; agosto, setembro e dezembro de 2013 e janeiro e agosto 2014.

Como as saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, estavam sujeitas ao regime de recolhimento de ICMS por substituição tributária, exige-se apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000012864.36, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período autuado.

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 desacobertadas de documentos fiscais, no período autuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 se encontra 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.

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.

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 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 vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 12/18.

Cabe destacar, as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta: (...)

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 desacobertas 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 art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar n.º 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;

(...)

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, 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.

As alegações da defesa não devem prosperar tendo em vista que a exclusão está estabelecida de forma clara na Lei Complementar nº 123/06 e foi transcrita para o Termo de Exclusão do Simples Nacional às fls. 196/198, e após a rerratificação do lançamento às fls. 221/222 do presente Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 29, inciso V da citada lei, traz a condição que levou a propor a exclusão, ou seja, foi constatada prática reiterada da infração “saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal”.

Já o art. 32, também da LC nº 123/06, esclarece que a partir do momento em que os efeitos da exclusão forem aplicados, o contribuinte ficará sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Isto posto, o Fisco tem o dever de estabelecer a exclusão a partir do momento em que se registrou a primeira infração para que o mesmo se enquadre ao regime de débito/crédito.

Neste caso, foi detectado que a primeira infração tem como marco inicial o mês de maio de 2010, portanto foi corrigido o Termo de Exclusão do Simples Nacional para retificar a data que anteriormente era 01/01/10, conforme consta às fls.228. Devido a esta correção, foi aberto um novo prazo de 30 (trinta) dias para impugnação ou pagamento/parcelamento do crédito tributário.

O fato do pedido de exclusão do Regime do Simples Nacional ter sido retroativo, não caracteriza uma mudança de critério jurídico como quer fazer crer a defesa. Este dispositivo está ligado ao que determina a Resolução nº 94/11 do CGSN que é bastante específico em seu art. 76, inciso IV, alínea “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, como transcrito anteriormente.

Não restou caracterizada, portanto, a mudança de critério jurídico nos termos do art. 146 do Código Tributário Nacional - CTN, o que anula os argumentos da Impugnante de que o Auto de Infração fere as relações de confiança existentes entre Fisco e Contribuinte.

Cabe destacar, que em nenhum momento o Fisco violou os princípios da boa-fé, nem da segurança jurídica. O procedimento utilizado pela Fiscalização está de acordo com a legislação do Simples Nacional.

Relativamente a Multa Isolada aplicada, capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

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 desacoberta 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:

(...)

Quanto às assertivas de ilegalidade, inconstitucionalidade e ofensa ao princípio da segurança jurídica trazidas pela Defesa, 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. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Tendo em vista o pedido formulado na peça defensiva, a aplicação do permissivo legal foi discutida na Câmara de Julgamento.

Entretanto, não foi cumprido o requisito quanto ao número de votos exigidos pela lei, mantendo-se inalterado o valor da multa isolada aplicada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. E, ainda, em aprovar a exclusão do Simples Nacional, devendo ser observado o Termo de Rerratificação de fls. 223. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 12 de abril de 2016.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

Andréia Fernandes da Mota
Relatora

IS/T