

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.092/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000267017-13
Impugnação: 40.010139957-66, 40.010140119-05 (Coob.), 40.010140120-81 (Coob.)
Impugnante: Ferreira Boni Comércio Ltda
IE: 062180539.00-49
Leny Ferreira da Silva (Coob.)
CPF: 370.850.936-68
Maria Lira Ferreira de Figueiredo (Coob.)
CPF: 060.019.756-55
Proc. S. Passivo: Gil Eduardo Moreno Moreira/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

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 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.

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

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

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 01/06/10 a 31/10/13.

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 procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 220/228, com juntada de documentos de fls. 229/257.

A Fiscalização rerratifica o lançamento para inclusão da sócia gerente no polo passivo do lançamento e reformula o crédito tributário (fls. 260/265).

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 272/275, contra a qual a Fiscalização se contrapõe às fls. 295/310 acerca de todos os argumentos de defesa.

Em sessão do dia 23/06/16, a 3ª Câmara de Julgamento julga parcialmente procedente o lançamento e procedente a exclusão do Simples Nacional.

Conforme fls. 314/315, a Conselheira relatora do acórdão propõe Incidente Processual, acatado conforme despacho do Presidente do CC/MG.

Em sessão do dia 20/09/16, a 1ª Câmara de Julgamento acorda, em preliminar, por maioria de votos, em não admitir o Incidente Processual.

DECISÃO

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, afirmando cerceamento de defesa em relação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, eis que não recebeu o Auto de Infração nele citado.

A respeito, a Fiscalização informa que, conforme comprovado às fls. 207, 208 e 218 dos autos, nos Avisos de Recebimento emitidos pelos correios (AR), as datas de recebimento expressas e respectivas assinaturas do recebedor são coincidentes (25/06/15). Quanto ao tipo de documento entregue, basta que se observe o registrado no campo “NAT. DO OBJETO”, onde se verifica, indubitavelmente, a entrega do “Termo de Exclusão do Simples Nacional” e do Auto de Infração em tela – fls. 207 e 208/218, respectivamente.

Quanto ao fato de o Termo de Exclusão ter mencionado número de Auto de Infração diverso do efetivamente recebido junto aquele, entende esta Câmara que não houve o prejuízo alegado.

Primeiro porque o Auto de Infração apresentando a irregularidade apurada pelo Fisco foi entregue na mesma data que o Termo de Exclusão do Simples Nacional (*vide* fls. 207 e 208).

Segundo porque há evidente correlação entre esses documentos, conforme evidenciado nos seguintes excertos deles:

Auto de Infração

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas no Anexo 2 ensejam a exclusão do Contribuinte do

Regime (...) – Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, foi providenciada sua intimação, dando-lhe ciência do início do processo de exclusão de ofício, através (sic) do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, conforme art. 75, §§ 1º e 2º da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011. Cópia do Termo de Exclusão encontra-se anexa a este Auto de Infração.

Termo de Exclusão

A presente exclusão de ofício decorre da constatação de prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006, e de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, de forma reiterada, nos termos do art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º da citada Lei Complementar e (...)

E, por fim, indubitável 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 vislumbra, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa, sendo aplicável o disposto no *caput* do art. 92 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

(...)

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

Do Mérito

Conforme já relatado, 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 01/06/10 a 31/10/13.

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.

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.

A Impugnante insurge-se contra o lançamento entendendo ter havido quebra de sigilo de dados de instituição financeira. Considera essas informações auferidas de forma irregular, devido à ausência de qualquer procedimento administrativo ou mesmo ordem judicial para sua obtenção.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, as administradoras de cartões estão obrigadas, por força dos arts 10-A e 13-A, parte 1 anexo VII do RICMS/02, a fornecer as informações determinadas pela Fiscalização:

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.

Relativo ainda à legitimidade dos dados informados pelas operadoras dos cartões, transcreve-se o disposto no art. 132 do RICMS/02:

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 das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Acrescenta-se ainda, nos termos da legislação pertinente, que a Fiscalização tem a condição prevista de examinar todos os papéis emitidos pela Autuada no exercício de sua atividade econômica, objetivando a apuração de ilícitos fiscais.

O disposto no art. 195 do Código Tributário Nacional – CTN, respalda o procedimento fiscal de utilização das informações remetidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, como se registra, *in verbis*:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.”

Importante ressaltar que o procedimento adotado pela Fiscalização por meio de análise da documentação subsidiária e fiscal da Autuada, a fim de proceder ao levantamento 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.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A alíquota de 18% (dezoito por cento) incidente sobre a base de cálculo apurada foi empregada em consonância com o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, que assim dispõe:

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, 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)

A Impugnante menciona o fato de que efetuou denúncia espontânea referente ao período de julho de 2007 a dezembro de 2010, razão pela qual entende indevida a cobrança referente ao ano de 2010.

A respeito, esclarece a Fiscalização que, realmente, conforme documentos de fl. 247 do PTA, protocolou-se perante à Secretaria de Estado de Fazenda, documento declarando que “*deixou de recolher a importância de R\$9.957,49 (nove mil, novecentos e quarenta e sete Reais e quarenta e nove centavos) referentes aos meses de julho a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2010, conforme valores discriminados em planilhas demonstrativas anexas.*” Tais planilhas, especificamente do período de junho a dezembro de 2010, fl. 249, discriminam os valores do imposto recolhido, às alíquotas estipuladas para os contribuintes enquadrados no regime do Simples Nacional (percentuais de 2,33% e 2,56%).

Cabe ressaltar que o recebimento da denúncia espontânea pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais vinculou-se ao que dispõe o art. 209 do RPTA:

Art. 209. O instrumento de denúncia espontânea será protocolizado na Administração Fazendária a que estiver circunscrito o estabelecimento do sujeito passivo, sendo vedado ao funcionário recusar o seu protocolo.

Contudo, o simples ato de se protocolizar o documento de denúncia espontânea não lhe confere a certeza de correção quanto aos débitos declarados.

In casu, a Impugnante não se pautou no que dispõe o art. 138 do CTN a seguir reproduzido:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Pelo dispositivo acima transcrito, a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea mediante o pagamento integral do tributo devido e dos juros de mora, não sendo, no caso dos autos, o efetivamente ocorrido.

Ao adotar de forma indevida a alíquota do regime do Simples Nacional (2,56%), a Autuada procedeu ao recolhimento de apenas uma parte do tributo devido, razão de não produzir efeitos as disposições e benefícios do instituto da denúncia espontânea.

Significa dizer, a denúncia apresentada foi considerada ineficaz à luz do que dispõe o art. 138 do CTN, pois, sem o recolhimento do valor integral do imposto, não há o devido atendimento à legislação aplicável e, conseqüentemente, também não se afasta a incidência das multas cabíveis, quais sejam, a multa de revalidação e a multa isolada.

Por conseguinte, há ainda imposto e multas a serem recolhidos, demonstrados pela reformulação do crédito tributário de fl. 262, e pela planilha do Anexo 1 (fl. 245).

Destaca-se que tal reformulação, excluindo parte do crédito tributário, atende corretamente o pleito da Impugnante, ao apontar erro material no lançamento da competência de julho de 2010, no valor de R\$ 20.474,05 (vinte mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e cinco centavos) que deixou de ser abatido do faturamento apurado.

No tocante especificamente à Multa Isolada, exigiu a Fiscalização a tipificada no art. 55, inciso II, da Lei Estadual nº 6763/75, penalizando a Autuada por descumprimento da obrigação acessória, qual seja, a falta de emissão do documento fiscal hábil a acobertar a operação realizada, *in verbis*:

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;

Veja-se que o demonstrativo do crédito tributário aponta corretamente a exigência da multa isolada ao percentual de 40% (quarenta por cento) com base na norma retrotranscrita porque não é o caso previsto na alínea “a” visto que as infrações não foram apuradas somente com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal da Contribuinte uma vez que, para constatar a saída desacobertada, foram necessários documentos das administradoras de cartão de crédito e débito e, também, não se aplica a alínea “b” por não se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada.

Em que pese os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito e/ou débito serem considerados documentos fiscais, repita-se 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

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização também se encontra 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 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:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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 da 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertas 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.

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração, em análise, referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

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

Em aditamento à impugnação, a Autuada contesta a inclusão das sócias da empresa no polo passivo da obrigação tributária.

Contudo, correta a aplicação do inciso II do art. 135 do CTN, mencionado pela Fiscalização nos Termos de Reeratificação (fls. 260/261), *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Importante ressaltar que a imputação determinada pelo art. 135 do CTN atinge os créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de infração de lei, traduzida, no caso, pelas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal em prejuízo do pagamento do respectivo imposto devido, conforme o capitulado no Auto de Infração em tela, e reiterado pelo exposto anteriormente.

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 não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

A alegação quanto ao caráter confiscatório das multas aplicadas, especialmente no que tange às penalidades previstas na Lei Estadual nº 6.763/75, não produz os efeitos pretendidos pela Autuada.

A atividade fiscalizatória é vinculada, conforme disposto no art. 142 do CTN, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Uma vez se tratar de penalidades contempladas por lei, não existe violação ao princípio do não confisco, considerando-se ainda que a tipificação legal abrange o fato concreto apurado pela Fiscalização.

Outrossim, no tocante à argumentação de confisco e aos princípios constitucionais invocados em impugnação, há que se observar a legislação vigente, mormente o disposto no art. 110 RPTA:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme Termo de Rerratificação de fls. 260/261 e reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 262. Vencidos, em parte, os Conselheiros Derec Fernando Alves Martins Leme (Relator) e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que também adequavam a Multa Isolada ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Ao final, à unanimidade, julgou-se procedente a exclusão do Simples Nacional. Designada relatora a Conselheira Ivana Maria de Almeida (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 23 de junho de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora designada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.092/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000267017-13
Impugnação: 40.010139957-66,40.010140119-05(Coob.),
40.010140120-81 (Coob.)
Impugnante: Ferreira Boni Comércio Ltda
IE: 062180539.00-49
Leny Ferreira da Silva (Coob.)
CPF: 370.850.936-68
Maria Lira Ferreira de Figueiredo (Coob.)
CPF: 060.019.756-55
Proc. S. Passivo: Gil Eduardo Moreno Moreira/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Derc Fernando Alves Martins Leme, 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 pelas alegações explicitadas nos autos do presente PTA.

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, ainda que prestadas por terceiros, 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 Autuada.

Em relação ao imposto exigido bem como a multa de revalidação a ele intrinsecamente ligada, como já fartamente demonstrado, não restou comprovada nos autos a inoportunidade da imputação fiscal, não tendo a Impugnante alcançado demonstrar que os valores recebidos pela empresa por cartões de crédito/débito se referem a outros recebimentos que não a venda de mercadorias.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

A Fiscalização utilizou como base para a presente autuação as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito referentes às transações realizadas por ela no mesmo período.

Importa ressaltar que este Conselho, conforme exposto em diversas decisões e, principalmente no presente caso, 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/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.

SIMPLESNACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIASDESACOBERTADAS 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.

Também no Acórdão n.º 20.492/12/3ª, que tratada 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para 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, 23 de junho de 2016.

**Derec Fernando Alves Martins Leme
Conselheiro**

CC/MG