

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.300/17/2ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000465957-81  
Impugnação: 40.010141217-19  
Impugnante: Milemaia Restaurante e Entretenimento Ltda - ME  
IE: 001653098.00-32  
Coobrigado: Luiz Flávio Arreguy Maia  
CPF: 133.259.736-04  
Proc. S. Passivo: Rafael Fabiano dos Santos Silva/Outro(s)  
Origem: DFT/Muriaé

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO.** Suprimidos do polo passivo, na condição de Coobrigados, por meio de Termo de Rerratificação, os dois sócios que haviam se retirado do quadro societário antes do período fiscalizado. Correta a manutenção do Coobrigado remanescente no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

**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 vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização com valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mesma lei. Cabe, no entanto, a adequação da multa isolada prevista no art. 55, inciso II da referida lei, para que seu valor seu adequado a 15% (quinze por cento) do “Faturamento Omitido Total”, mencionado nas planilhas dos itens 6.1.4.3 e 6.1.4.4, conforme disposto no § 2º do referido art. 55.

**SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA.** Comprovado nos autos que a Autuada promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de novembro de 2013 a março de 2014. Neste período, porém, a Autuada se encontrava no regime de débito e crédito. A possibilidade de exclusão de optante do Simples Nacional, disposta no art. 29, inciso V da LC nº 123/06, refere-se a atos praticados durante a permanência do optante neste regime. Não cabe, portanto, a exclusão do Simples Nacional por conduta de contribuinte anterior à opção ao regime e que tenha sido apurada depois de seu ingresso.

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre constatação de que o Sujeito Passivo realizou operações de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos meses de novembro de 2013 a março de 2014.

São exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, § 2º, todos da Lei nº 6.763/75.

O Demonstrativo do Crédito Tributário encontra-se às fls. 07/08 dos autos.

Na peça fiscal, constam como Coobrigados os senhores Bruno Bastos Pereira Lins, Luiz Flávio Arreguy Maia e Ademilde Fonseca Arreguy Maia, conforme art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN, art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Portaria SRE nº 148/15.

A Autuada esteve enquadrada no regime do Simples Nacional - Lei Complementar nº 123/06 no período de 27/08/10 a 31/12/12. De 01/01/13 a 31/12/14, encontrava-se inscrita no regime de débito/crédito.

Desde de 01/01/15 até a presente data, o Sujeito Passivo encontra-se novamente como optante do Simples Nacional.

A constatação de saída desacoberta de mercadorias foi apurada mediante confronto dos valores referentes às operações de cartão de crédito/débito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões, com os valores declarados pela Contribuinte como faturamento, conforme Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI – Modelo 1.

Em função da constatação da irregularidade de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, foi emitido também o Termo de Exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

O Coobrigado Bruno Bastos Pereira Lins ingressa com sua Impugnação às fls. 33/39, onde alega ter se retirado da sociedade em 18/12/12. Aduz que a alteração contratual foi levada a registro na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em 19/04/13.

A Fiscalização, revendo as circunstâncias que envolvem a participação dos Coobrigados no quadro societário, emite Termos de Rerratificação de Lançamento às fls. 49/50, onde, respectivamente, exclui os sócios Bruno Bastos Pereira Lins e Ademilde Fonseca Arreguy Maia, da condição de Coobrigados, por terem saído da sociedade antes do período fiscalizado.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação contra o Termo de Exclusão do Simples Nacional às fls. 57/64.

Contra o Auto de Infração, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 65/101.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 144/164.

***DECISÃO***

**Da Preliminar**

Argui a Impugnante que o Auto de Infração deve ser julgado nulo por ter a Fiscalização aplicado normas genéricas a fatos específicos sem sequer demonstrar a relação do fato à norma, de maneira suficiente para fundamentar a lavratura do Auto de Infração. Teria ainda deixado de aferir a realidade dos fatos.

A obrigatoriedade de motivação do ato administrativo teria, a seu ver, sido comprometida, na medida em que o Auto de Infração teria deixado de elucidar a razão pela qual a Impugnante seria responsável pelo suposto descumprimento de obrigação principal e acessória.

A conduta da Fiscalização estaria, assim, prejudicando o direito ao contraditório e à ampla defesa da Autuada.

Entretanto tais argumentos não merecem prosperar.

O Auto de Infração foi lavrado com base nas informações transmitidas à SEF/MG pelas administradoras de cartão de crédito/débito, as quais foram confrontadas com as vendas declaradas pela Autuada.

Acresça-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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Desta forma não há que se falar em cerceamento de defesa por falta de motivação, até porque a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, conforme se verifica pela Impugnação apresentada.

Portanto, rejeitam-se as prefaciais arguidas.

**Do Mérito**

A autuação versa sobre constatação, através de cruzamento eletrônico de operações com cartão de crédito/débito, de que o Sujeito Passivo realizou operações de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos meses de novembro de 2013 a março de 2014.

São exigidos ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, e seu § 2º, todos da Lei nº 6.763/75.

A Autuada é empresa que se dedica à atividade de restaurante e encontrava-se no regime de recolhimento de débito e crédito no período em que as irregularidades ocorreram (novembro de 2013 a março de 2014).

O ICMS incide sobre a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação ou bebida em bar, restaurante ou

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento similar, conforme disposto no art. 1º, inciso I do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02.

A obrigatoriedade de emitir documento fiscal correspondente a cada operação realizada, assim como a obrigação de pagar o imposto devido, encontram-se previstas no art. 16, incisos VII e IX da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir de remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada;

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária.

Tais obrigações encontram-se reproduzidas no art. 96 do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais: (grifei)

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

A obrigatoriedade de emissão de nota fiscal, na hipótese de pagamento efetuado por meio de cartão de crédito, encontra-se prevista no § 2º do art. 12 do Anexo V do RICMS/02, que assim dispõe:

Art. 12. A nota fiscal será emitida:

(...)

§ 2º - Na hipótese em que o pagamento seja efetuado por meio de cartão de crédito, o contribuinte deverá emitir nota fiscal com as indicações do nome da Administradora e do número do respectivo comprovante.

Contudo, ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras dos cartões, com as saídas realizadas pela Autuada, a Fiscalização constatou a existência de vendas desacobertadas de documentos fiscais, nos meses de novembro de 2013 a março de 2014.

É o que se verifica ao confrontar os valores declarados pela Autuada, para o período mencionado, por meio de DAPIs constantes do Anexo 9.3 com os dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, constantes dos Anexos 9.6 e 9.7 dos autos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nota-se, por exemplo, que nas declarações apresentadas pela Autuada, referentes aos meses de novembro e dezembro de 2013 e janeiro de 2014, o faturamento encontra-se zerado. Por esta razão, a receita bruta de vendas do mês (faturamento omitido) utilizada pela Fiscalização, no referido período, para o cálculo do ICMS, foi apenas a receita prestada pelas operadoras de cartão de crédito/débito, já que a Autuada declarou não ter realizado, nos referidos meses, sequer uma saída de mercadoria tributável ou não.

Quanto à participação das “saídas de mercadorias com tributação normal” e das “saídas de mercadorias anteriormente sujeitas à substituição tributária/isentas/outras” na “receita bruta total”, apurada mensalmente, a Fiscalização esclarece, às fls. 11 dos autos, ter apurado estes percentuais de 2011 a 2015. Posteriormente, entendeu, a título de arbitramento, ser devido aplicar os percentuais de rateio dos mesmos meses do exercício de 2012 para calcular o percentual das saídas tributáveis. Sendo assim, o percentual das saídas tributáveis foi:

- em novembro de 2013: 20,73% de saídas com tributação normal, sendo este percentual igual a novembro de 2012;

- em dezembro de 2013: 21,92% de saídas com tributação normal, percentual igual a dezembro de 2012;

- em janeiro de 2014: 26,62% de saídas com tributação normal, percentual igual a janeiro de 2012.

O referido cálculo foi demonstrado nas planilhas constantes no Anexo 9.9 do Auto de Infração.

O critério adotado pela Fiscalização encontra-se previsto no art. 51, incisos I e VI da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 51. O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I - o contribuinte não exibir 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;

(...)

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé a declaração, o esclarecimento prestado ou o documento expedido pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Nos dois meses seguintes, foram utilizados os seguintes percentuais para as “saídas de mercadorias com tributação normal/receita bruta auferida conforme DAPI”:

- para fevereiro de 2014: 32% de saídas com tributação normal, percentual igual ao apurado na DAPI de fevereiro de 2014;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- e para março de 2014: 100% de saídas com tributação normal, percentual igual ao apurado na DAPI de março de 2014.

A alíquota aplicada pela Fiscalização foi a de 8,4% (oito inteiros e quatro décimos por cento), em atendimento ao disposto no art. 43, inciso VI c/c item 20 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, que prevê, no caso de fornecimento de alimentação quando promovida por bares, restaurantes e similares, uma redução da base de cálculo de 53,33% (cinquenta e três inteiros e trinta e três centésimos por cento) ou a aplicação da alíquota utilizada pela Fiscalização.

A Impugnante faz uma breve menção ao direito ao crédito presumido, avançando para o argumento de que haveria na peça fiscal uma indeterminação do *quantum debeatur*.

No presente caso, para considerar-se o direito ao crédito presumido, cabe observar o disposto no art. 75, inciso XXXIX do RICMS/02:

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:

(...)

XXXIX - ao estabelecimento classificado no código 5611-2/01 (Restaurantes e similares), 5611-2/02 (Bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas) ou 5611-2/03 (Lanchonetes, casas de chás, de sucos e similares) da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), observado o disposto no § 10, de modo que a carga tributária resulte em:

a) 3% (três por cento), no fornecimento ou na saída de refeições;

b) 4% (quatro por cento), relativamente às demais operações;

Efeitos a partir de 1º/08/2013 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, ambos do Dec. nº 46.274, de 10/07/2013.

(...)

§ 10. Nas hipóteses dos incisos XVIII e XXXIX do caput deste artigo:

I - o benefício não alcança:

a) as operações com isenção integral ou não incidência do imposto;

b) as operações sujeitas ao regime de substituição tributária;

c) o imposto calculado pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata a alínea "c" do inciso III;

II - é vedado o aproveitamento de quaisquer outros créditos pelo contribuinte, inclusive aqueles já escriturados em seus livros fiscais;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - o benefício será opcional e fica condicionado:

a) ao uso, pelo contribuinte, de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou à emissão de documentos fiscais por processamento eletrônico de dados (PED);

b) à inexistência de débitos para com a Fazenda Pública Estadual; e

c) ao recolhimento do imposto devido na entrada de mercadoria ou serviço oriundo de outra unidade da Federação, calculado pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o valor da operação ou prestação;

IV - a opção pelo crédito presumido será feita pelo contribuinte mediante registro no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO) e comunicação à Administração Fazendária (AF) a que estiver circunscrito;

V - exercida a opção, o contribuinte será mantido no sistema adotado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, vedada a alteração antes do término do exercício financeiro.

Efeitos a partir de 1º/08/2013 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, ambos do Dec. nº 46.274, de 10/07/2013.

A Defesa não apresentou provas de que cumpriu as condições previstas nas alíneas “a” a “c” do inciso III do § 10 do art. 75 acima transcrito, ou que tenha feito a opção prevista no inciso IV do mesmo parágrafo, para ter direito a crédito presumido previsto no inciso XXXIX deste artigo.

A Fiscalização não se manifesta sobre as diversas condições elencadas. Porém, é possível verificar que a Contribuinte não fez opção por este benefício fiscal, conforme previsto no referido inciso IV do § 10 do art. 75 do RICMS/02. De outra forma não teria apurado o ICMS nas DAPIs de 2014, constantes do Anexo 9.3, da forma que apurou. Nestas não há menção ao crédito presumido.

Sendo assim, não há que se falar em direito a crédito presumido para a Impugnante, nem à indeterminação do *quantum debeatur*, na medida em que o cálculo do imposto exigido não envolve considerações a respeito de percentuais distintos para “fornecimento ou saída de refeições” (alínea “a” do inciso XXXIX do art. 75 do RICMS/02) em relação às demais operações (alínea “b” do mesmo dispositivo legal), como afirma a Impugnante em sua Defesa.

A Impugnante alega, ainda, não terem sido excluídos, da base de cálculo do imposto, os valores relativos às gorjetas.

A Consulta Interna nº. 032/12 vem esclarecer que, conforme o art. 50, inciso I, alínea “a” c/c art. 2º, inciso VIII, e art. 43, inciso VI, todos do RICMS/02,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

todas as importâncias recebidas ou debitadas devem integrar a base de cálculo do imposto, o que inclui as gorjetas. Veja-se:

CONSULTA INTERNA Nº 032/2012 – 02/04/2012

**Assunto:** ICMS - Base de Cálculo - gorjeta/ “Couvert” Artístico/ Serviço de “Vallet”

Origem: DF Juiz de Fora

Consultante: Marcos Renato Moreira Silveira

**Exposição/Pergunta:**

Consoante o disposto no artigo 50, inciso I, alínea “a”, c/c art. 2º, inciso VIII, e art. 43, inciso VI, todos do RICMS/02, na formação da base de cálculo do ICMS correspondente ao fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria por bar, restaurante ou por qualquer estabelecimento que explore tal atividade, deverão ser consideradas todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa qualquer, sendo que o fato gerador da referida operação engloba os serviços inerentes ao fornecimento de alimentação, e o valor total da operação compreende o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço.

Relativamente à gorjeta, esta Superintendência já se manifestou no sentido de que esta integra a base de cálculo do ICMS, quando do fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria por bar, restaurante ou por qualquer estabelecimento que explore tal atividade (Parecer DOET/SLT nº 006/1999 e Consulta de Contribuinte nº 004/1999).

**Resposta:**

Com fundamento no mencionado art. 50, inciso I, alínea “a” do RICMS/02 e ainda, considerando as manifestações dessa DOLT/SUTRI, conclui-se que o ICMS incidirá sobre o valor integral cobrado do cliente pelo fornecimento de alimentação, no qual deverão ser inseridas todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante do produto.

É de se concluir que toda a importância cobrada pelo contribuinte (fornecedor da refeição) ao seu cliente/consumidor, deverá repercutir no ICMS devido, ainda que relativa a *couvert* artístico, serviço de *vallet* ou a gorjeta.

Dessa forma, independentemente de tratar-se de contrato previamente firmado com o artista ou com o manobrista, o valor a eles relativo estará submetido à cobrança do ICMS, visto que comporão a base de



cálculo do referido imposto em cumprimento a regra contida no dispositivo acima citado.

Entendimento na mesma direção é expresso no Parecer DOET/SLT N.º 006/99:

DOT/DOLT/SUTRI/SEF

**REFERÊNCIA:** Ofício n.º 109/99 da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor

**ASSUNTO:**

REPERCUSSAO DA COBRANÇA DE GORJETA, POR PARTE DO COMÉRCIO HOTELEIRO E SIMILARES NA ÁREA TRIBUTÁRIA E FISCAL, SEM AMPARO DE INSTRUMENTO NORMATIVO.

**1. DOS FATOS:**

O Excelentíssimo Senhor Promotor de justiça, da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, Dr. Antonio Joaquim Fernandes Neto, em Ofício encaminhado a esta Superintendência, solicita posição pertinente aos possíveis reflexos da cobrança de gorjeta ou taxa de serviço, nas áreas tributária e fiscal, sem o amparo de Instrumento Normativo, vez que encontra-se revogada a Portaria SUPER n.º 02/96 de 24.7.96, que disciplinava estas cobranças que acrescem às notas de despesas dos clientes dos estabelecimentos supracitados; aduzindo ainda que pela Lei 8078/90, Código de Defesa do Consumidor, o importante é assegurar ao consumidor, informação prévia, clara e adequada sobre as características do produto ou serviço, dentre as quais o preço.

**2. DO MÉRITO:**

(...)

A Lei Complementar n.º 87 de 13.9.96, em seu artigo 2º, I, define como fato gerador a operação relativa à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; no que é acompanhada pela Lei Estadual 6763/75 e seu Regulamento aprovado pelo Decreto 38.104/96. E como momento de ocorrência desse fato gerador, aquele em que houver o fornecimento de alimentação por qualquer estabelecimento. Analogamente, aqueles mesmos diplomas legais, instituem como base de cálculo, o valor da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço, sendo previsto ainda no artigo 50, I, "a" do citado Regulamento do ICMS, como integrantes da base de cálculo do imposto nas operações, todas as importâncias recebidas ou

debitadas pelo alienante ou remetente (contribuinte/empregador).

Do exposto, é de se concluir que toda gorjeta cobrada pelo contribuinte/empregador ao cliente/consumidor, deverá repercutir no ICMS devido, mesmo ante à ausência de Instrumento Normativo (pela revogação da Portaria SUPER nº02/96 – da extinta SUNAB), por se tratar de instituto abrigado em Lei (CLT) e encontrar-se por demais, arraigado aos usos e costumes de nossa sociedade.

Oportuno se faz acrescentar derradeiramente, que no caso de hotéis e similares, por força do disposto no item 99 da Lista de Serviços da Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, estará configurado o fato gerador do ICMS se e somente se o valor da alimentação não estiver incluído no preço da diária. Pois, se ao contrário, estará fora do campo de incidência daquele imposto.

À consideração superior

Donizeti Ribeiro de Souza - Assessor

De acordo,

Edvaldo Ferreira - Coordenador

Constata-se, portanto, que a gorjeta integra a base de cálculo do ICMS, não havendo que se falar em equívoco em sua apuração pela Fiscalização.

O procedimento adotado pela Fiscalização para detectar as saídas desacobertadas de documentação fiscal é considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Veja-se:

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.

Ressalte-se que 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:

(...)

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.

No que diz respeito à responsabilidade tributária atribuída ao sócio-administrador remanescente, o Sr. Luiz Flávio Arreguy Maia, o CTN, em seu art. 135, inciso III, assim dispõe:

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.

O art. 21 da Lei nº 6.763/75 trata a questão nos seguintes termos:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

O RPTA, em seu art. 89, parágrafo único, prevê a emissão de Portaria da Subsecretaria da Receita Estadual que estabelecerá as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco. Veja-se:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

(...)

Parágrafo único. Portaria da Subsecretaria da Receita Estadual estabelecerá as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia.

**A Portaria SRE nº 148/15 tratou assim a questão:**

PORTARIA SRE Nº 148, DE 16 DE OUTUBRO DE 2015 (MG de 17/10/2015 e retificada no MG de 20/10/2015)

Estabelece hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia, de que trata o parágrafo único do art. 89 do RPTA.

**O SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL**, no uso de suas atribuições e, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 89 do Decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008, que estabelece o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), RESOLVE:

Art. 1º Ficam estabelecidas no Anexo Único desta Portaria as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Subsecretaria da Receita Estadual, em Belo Horizonte, aos 16 de outubro de 2015; 227º da Inconfidência Mineira e 194º da Independência do Brasil.

JOÃO ALBERTO VIZZOTTO  
Subsecretário da Receita Estadual

ANEXO ÚNICO (a que se refere o art. 1º da Portaria SRE nº 148/2015)

1.8. ENTRADA, SAÍDA E/OU ESTOQUE DESACOBERTADOS			
1.8.9	01.019.011	Cruzamento Eletrônico de Operações com Cartão de Crédito	4

4 - A inclusão do sócio-gerente ou administrador na condição de coobrigado aplica-se também aos casos de lavratura de Auto de Infração (série 01) para exigência da Multa Isolada relativa à desistência de parcelamento de Termo de Autodenúncia, caso este tenha sido enquadrado em um dos códigos de ocorrência acima, e também nos casos em que o TA não indique os referidos códigos, mas a infração denunciada caracterize a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN.

Portanto, correta se mostra a inclusão do sócio-gerente remanescente no polo passivo, na condição de Coobrigado.

Assim, restando caracterizada a infringência à legislação tributária, correta é a exigência do ICMS bem como da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

A Autuada alega ser indevida a aplicação de juros de mora retroativos, em relação à multa de revalidação, considerando que o vencimento da multa de revalidação não se deu na data de vencimento do tributo.

Entretanto, ao contrário do alegado, a exigência da multa de revalidação em questão, embora tenha ocorrido somente com o lançamento de ofício, nasce com a exigência do imposto e deve ter a mesma data de vencimento deste, de forma que sobre ela devem incidir também os juros de mora, conforme determina o art. 226 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Por sua vez, a cobrança dos juros de mora encontra-se disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97, que determina que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil:

RESOLUÇÃO N° 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997 (MG de 14/10/97):

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

Observa-se que, somente em relação à multa isolada, há ressalva no tocante ao termo inicial para cobrança dos juros de mora, de acordo com o inciso II do art. 2º da citada Resolução.

Portanto, não cabe razão à Impugnante em sua alegação e não carece de qualquer reparo a cobrança dos juros de mora incidentes sobre a multa de revalidação.

Está sendo exigida, também, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

A princípio, o cálculo do valor desta multa deveria ser: “Faturamento Omitido Total” X 40% (quarenta por cento), conforme disposto no inciso II de art. 55 acima transcrito. Ocorre que, para os meses de novembro de 2013 a fevereiro de 2014, o valor das “saídas de mercadorias com tributação normal” é bem inferior ao valor das “saídas de mercadorias anteriormente sujeitas à substituição tributária/isentas/outras”, considerando-se que estas duas parcelas compõem o “Faturamento Omitido Total”.

A Impugnante reclama do cálculo da multa isolada, mencionando o disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, para que se respeite apenas o limite de duas vezes e meia do valor do imposto.

Contudo, se o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 determina que a multa isolada não pode ser superior a duas vezes e meia o valor do imposto exigido, ele ainda prescreve que a mesma seja calculada também sobre o valor das operações ou prestações não tributadas, o que, no presente caso, alcança as “saídas de mercadorias anteriormente sujeitas à substituição tributária/isentas/outras”.

A Fiscalização, para calcular a multa isolada, realizou a seguinte multiplicação: “Faturamento Omitido Total” X 8,4% X 2,5”. Porém, nos meses de novembro de 2013 a fevereiro de 2014, o resultado foi superior a 15% (quinze por cento) do “Faturamento Omitido Total”, o que ultrapassa o limite previsto no referido § 2º do art. 55.

Sendo assim, a correta interpretação do dispositivo exige que se adeque o valor da multa isolada, referente aos meses de novembro de 2013 a fevereiro de 2014, a 15% (quinze por cento) do valor do “Faturamento Omitido Total”, mencionado nas planilhas dos itens 6.1.4.3 e 6.1.4.4 às fls. 15/16 dos autos. Já o cálculo da multa isolada para o mês de março de 2014 deve permanecer como está, porque neste mês o contribuinte lançou na DAPI que o total das saídas era tributável. Sendo assim, a Fiscalização calculou a multa isolada aplicando o limite de 2,5 (duas vezes e meia) sobre o valor do imposto exigido.

Quanto ao efeito confiscatório das multas aplicadas alegado pela Impugnante, 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, *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Quanto à emissão do Termo de Exclusão do Simples Nacional, em relação ao qual a Impugnante também apresentou sua Impugnação, cabe ressaltar que no período de novembro de 2013 a março de 2014, quando a Impugnante praticou a conduta de dar saída a mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, ela se encontrava sob o regime de débito e crédito.

Ora, a possibilidade de exclusão de optante do Simples Nacional, disposta no art. 29, inciso V da LC nº 123/06, refere-se a atos praticados durante a permanência do contribuinte neste regime. Não cabe, portanto, a exclusão do Simples Nacional por conduta de contribuinte anterior à opção ao regime e que tenha sido apurada depois de seu ingresso.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme os Termos de Rerratificação efetuados pela Fiscalização às fls. 49/50 e, ainda, adequar a multa isolada referente aos meses de novembro/13 a fevereiro/14, a 15% (quinze por cento) do valor "Faturamento Omitido Total", mencionado nas planilhas dos itens 6.1.4.3 e 6.1.4.4 às fls. 15/16 dos autos. E, ainda, em julgar improcedente a exclusão do Simples Nacional. O Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes apresentará voto em separado com relação à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

**Sala das Sessões, 18 de janeiro de 2017.**

**Sauro Henrique de Almeida**  
**Presidente**

**Alexandre Périssé de Abreu**  
**Relator**

P



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.300/17/2 <sup>a</sup>	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000465957-81	
Impugnação:	40.010141217-19	
Impugnante:	Milemaia Restaurante e Entretenimento Ltda - ME IE: 001653098.00-32	
Coobrigado:	Luiz Flávio Arreguy Maia CPF: 133.259.736-04	
Proc. S. Passivo:	Rafael Fabiano dos Santos Silva/Outro(s)	
Origem:	DFT/Muriaé	

Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, nos termos do art. 54 do Regimento Interno do CC/MG.

A autuação fiscal em comento versa sobre a constatação, através de cruzamento eletrônico de operações com cartão de crédito, de operações de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2013 e 2014, quando a Impugnante não recolhia os tributos pelo Simples Nacional.

Trata, ainda, a presente autuação, da exclusão da Autuada do referido regime de tributação.

O presente voto em separado está sendo apresentado simplesmente para elucidar os fundamentos pelos quais este Conselheiro entende que a exclusão do Simples Nacional está incorreta. Mas é importante destacar que concordo com o Conselheiro Relator pela improcedência da exclusão do Simples Nacional.

É possível verificar nos autos, que a Contribuinte teria realizado operações desacobertas de documento fiscal, o que ensejou a cobrança do tributo e também poderia ensejar a sua vedação ao ingresso no Simples Nacional.

Todavia, o termo de exclusão fora embasado com fulcro no art. 29, que trata de apuração de prática reiterada de descumprimento de obrigação tributária, quando na realidade deveria ser o inciso V do art. 17 da Lei Complementar 123/06, constante na Seção II – “Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional”:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Denota-se que a capitulação utilizada para fundamentar a exclusão do Simples Nacional está equivocada, pois o lançamento apurou débitos preexistentes ao

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

ingresso no Simples Nacional, que poderia vedar seu ingresso neste regime tributário, e não há prática reiterada prevista no art. 29 do mesmo diploma legal.

Pelos fundamentos supracitados, julgo improcedente a exclusão do Simples Nacional.

**Sala das Sessões, 18 de janeiro de 2017.**

**Marcelo Nogueira de Moraes**  
**Conselheiro**

CC/MIG