

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.337/17/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000423586-61
Impugnação: 40.010140706-42, 40.010140708-04 (Coob.)
Impugnante: MG Cosméticos EIRELI - ME
IE: 002210458.00-48
Maria das Graças de Barros (Coob.)
CPF: 144.386.076-04
Proc. S. Passivo: Osvaldo Nunes de Oliveira/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – CORRETA A ELEIÇÃO. Há comprovação nos autos de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva da Coobrigada (sócia-administradora da empresa autuada) com base no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III, do CTN.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE RECEITA – CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada a saída de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as informações do faturamento do estabelecimento autuado, que se encontrava zerado no período autuado, com os valores de vendas contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Base de cálculo do imposto apurada nos termos do disposto nos arts. 53, inciso III, 54, §4º c/c o art. 194, inciso I, V e VII, todos do RICMS/02. Responsabilidade pelo recolhimento do imposto atribuída à Autuada, contribuinte substituído, conforme o disposto no art. 22, §18, da Lei nº 6.763/75, em razão de que as mercadorias foram adquiridas sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem o pagamento do ICMS/ST na operação anterior. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO - FALTA DE ENTREGA - SINTEGRA. Acusação fiscal de falta de entrega de arquivos eletrônicos, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 10 e 11, todos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6.763/75. Infração não caracterizada. Excluída a exigência fiscal.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

22.337/17/3ª

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertas de documentos fiscais, nos meses de outubro de 2013 a julho de 2015 e setembro de 2015 a dezembro de 2015.

Irregularidade apurada mediante confronto entre os valores de vendas contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e informações acerca das notas fiscais de saída (saídas de mercadorias consideradas como zeradas), em razão de que a empresa autuada, mesmo após intimação fiscal, não apresentou notas fiscais de saída no período autuado).

Registra a Fiscalização que, durante todo o período autuado, a empresa autuada também não apresentou as declarações de apuração do imposto por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório - PGDAS-D ou Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI) à SEF MG.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, do referido artigo, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/11. O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 34 dos autos.

Exige-se, também, a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV, da Lei nº 6.763/75, em razão da acusação fiscal de falta de entrega dos arquivos eletrônicos (Sintegra), no período de agosto de 2013 a dezembro de 2015.

Foi eleita para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, a sócia-administradora acima qualificada, nos termos do disposto no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformados, os Autuados apresentam, em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 40/69 e documentos de fls. 73/205.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 213/223, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG determina diligência às fls. 225/227, que resulta na manifestação fiscal de fls. 228/229.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 230/254, opina pela procedência parcial do lançamento para que sejam excluídas as exigências fiscais relativas ao item 2 do Auto de Infração.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, nos meses de outubro de 2013 a julho de 2015 e setembro de 2015 a dezembro de 2015, promoveu saídas de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacompanhadas de documentos fiscais.

Irregularidade apurada mediante confronto entre os valores de vendas contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e informações acerca das notas fiscais de saída (saídas de mercadorias consideradas como zeradas, em razão de que a empresa autuada, mesmo após intimação fiscal, não apresentou notas fiscais de saída no período autuado).

Registra a Fiscalização que, durante todo o período autuado, a empresa autuada também não apresentou as declarações de apuração do imposto por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório - PGDAS-D ou Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI) à SEF MG.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, do referido artigo, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/11. O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 34 dos autos.

Exige-se, também, a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV, da Lei nº 6.763/75, em razão da acusação fiscal de falta de entrega dos arquivos eletrônicos (Sintegra), no período de agosto de 2013 a dezembro de 2015.

Foi eleita para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, a sócia-administradora acima qualificada, nos termos do disposto no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Registra-se que a empresa autuada exerce a atividade de comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal (CNAE 4772-5/00), conforme consta dos autos.

Vale destacar que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III, do RICMS/02:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Registra-se, ainda, que as obrigações acessórias as quais se encontram sujeitas as administradoras de cartões de crédito/débito encontram-se regulamentadas 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ainda sobre esta questão, o § 5º do art. 50 da Lei nº 6.763/75 determina que:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

§ 5º - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação.

Como relatado pela Fiscalização, a Coobrigada, sócia-administradora da empresa autuada, informou “que não possui notas fiscais de entrada e nem de saída no período de 01/09/13 a 31/12/15”, conforme Termo de Declaração de fls. 36.

Ressalta-se que a empresa autuada foi, também, intimada (AIAF – Auto de Início da Ação Fiscal de fls. 02) a apresentar os documentos fiscais de saída e de entrada de mercadorias, comprovantes de recolhimento do ICMS/ST, entre outros, porventura emitidos no período autuado, contudo, ficou-se inerte.

E como não foi apresentada qualquer nota fiscal de saída de mercadorias, a Fiscalização, embasada no que dispõe o arts. 53, inciso III, 54, §4º, 194, inciso I, todos da Parte Geral do RICMS/02, apurou a saída de mercadorias desacobertada de documentos fiscais, conforme demonstrativo de apuração de fls. 06/19 (Anexo 1).

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

(...)

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

(...)

Art. 54 . Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

(...)

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

(...)

Assim, verifica-se que a totalidade dos valores contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito foram considerados como saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal.

Sobre os valores das saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, aplicou-se a alíquota do ICMS no percentual de 18% (dezoito por cento), apurando o imposto ora exigido.

Registra-se que a alíquota de 18% (dezoito por cento) para apuração do imposto foi aplicada com fulcro e por determinação da norma ínsita no art. 12, § 71, da Lei nº 6.763/75, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 20.540/12:

O dispositivo regulamentar retromencionado assim dispõe:

Art. 12 (...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

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

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

Depreende-se da norma em destaque, que sua aplicabilidade restringe-se aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela autoridade fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado pelas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, §2º), sendo certa a sua aplicação na apuração fiscal *sub examine*.

Sustentam as Impugnantes que a exigência do ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento) fere a sistemática da substituição tributária progressiva, segundo a qual, em determinadas situações previstas pela legislação, como é o caso dos produtos por ela comercializados (produtos de perfumaria, higiene pessoal e cosméticos), o recolhimento do ICMS devido nas demais etapas da circulação da mercadoria deve ser realizado antecipadamente por parte do estabelecimento que promover a primeira saída da mercadoria (estabelecimento

industrial, por exemplo). Diz que a obrigação do recolhimento antecipado do imposto é do fabricante, e não do comerciante varejista, e que é injustificada a pretensão fiscal no lançamento em exame.

Entendem, portanto, incorreta a eleição do Sujeito Passivo, sob o argumento de que se tratando de mercadorias sujeitas à substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto caberia ao estabelecimento industrial, nos termos do art. 12 da Parte 1 c/c item 20 da Parte 2, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Além do mais, entendem que a empresa autuada somente seria responsabilizada pelo recolhimento do ICMS quando não houver expressa atribuição ao alienante ou ao remetente (art. 14, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02), o que não é o caso dos presentes autos. Entendem, também, não ser possível a aplicação do disposto no art. 15 da Parte 1 do citado anexo, uma vez que a apuração e o recolhimento do tributo é efetuado no momento das saídas das mercadorias. E que o Fisco deveria, inicialmente, realizar a fiscalização e exigir o ICMS no estabelecimento industrial, efetivo sujeito passivo da obrigação tributária.

A Fiscalização, por sua vez, deixou consignado, sobre essa discussão acerca da sujeição passiva, que o art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 trata da regra geral do regime de substituição tributária. E que o estabelecimento industrial (situado neste estado e nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio) é o responsável tributário nas remessas de mercadorias listadas na Parte 2 deste mesmo anexo, devendo fazer a retenção do ICMS/ST na nota fiscal ou recolher o imposto devido.

Contudo, sustenta a Fiscalização que existem casos em que esta responsabilidade se desloca para o destinatário: quando as mercadorias são originárias de estados Federados que não celebraram protocolo ou convênio com Minas Gerais (art. 14, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02) ou na hipótese em que o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção do imposto ou efetua-la a menor ou, ainda, nas situações em que, apesar de obrigatória, a mercadoria esteja desacompanhada do comprovante do recolhimento do imposto (art. 15, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02).

Ressalta a Fiscalização, que de acordo com a declaração da sócia-administradora da empresa autuada, colacionada às fls. 36 - Anexo 7, todas as suas mercadorias foram adquiridas e posteriormente revendidas sem amparo documental. Não é possível, portanto, comprovar a origem das mercadorias. Além do mais, apesar de intimados, não houve apresentação de quaisquer documentos relativos aos recolhimentos do ICMS/ST em relação ao período fiscalizado.

E conclui a Fiscalização, como a Autuada recebeu as mercadorias sem documentos fiscais, não há comprovação de que houve retenção ou pagamento do imposto nas etapas anteriores, tornando-se responsável pelo recolhimento do ICMS/ST, nos termos do art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Com razão à Fiscalização, pois a empresa autuada, não obstante exerça a atividade de comércio varejista, foi corretamente eleita para o polo passivo da obrigação tributária, na condição de responsável solidário pelo pagamento do ICMS/ST

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não recolhido pelo alienante (contribuinte substituto tributário), tendo em vista que, conforme declaração da sócia-administradora, no período autuado, adquiriu as mercadorias, cujas saídas ocorreram desacobertas de documentação fiscal, sem acobertamento fiscal e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido.

A responsabilidade solidária da Autuada pelo pagamento do ICMS/ST não recolhido fundamenta-se no disposto no art. 22, §18, da Lei nº 6.763/75 (art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02):

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

Observa-se, portanto, que a apuração realizada pela Fiscalização nos presentes autos foi levada a efeito com a utilização de procedimentos tecnicamente idôneos previstos nos incisos I, V e VII do art. 194 do RICMS/02 além dos dispositivos legais já mencionados:

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;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

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;

(...).

Conforme destacado, a Fiscalização, na apuração do imposto devido, utilizou, corretamente, a alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme determina o art. 12, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1” da Lei nº 6.763/75 e art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02.

Registra-se que, no caso em exame, não foi acrescida ao valor das saídas das mercadorias desacobertas de documentação fiscal, para apuração da base de cálculo do ICMS, a MVA – Margem de Valor Agregado prevista para os produtos comercializados pela Autuada, listada na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, em razão de que os valores praticados nas vendas de mercadorias pela Autuada já é o

“preço de ponta”, última operação realizada com a mercadoria, isto é, preço ao consumidor final.

Há a destacar-se que a base de cálculo da substituição tributária é o valor que presumidamente o produto irá alcançar ao chegar ao mercado, realizando o objetivo de que o ICMS incida em toda a cadeia de consumo.

Nesse sentido, vale mencionar os ensinamentos de Marco Aurélio Greco, segundo o qual "o interesse arrecadatário do Fisco é o de receber o ICMS sobre o ciclo econômico inteiro – portanto, sobre o preço de ponta, na última operação realizada com aquela mercadoria, o consumidor final. É este o preço que vai definir o interesse arrecadatário do Estado" (*in Substituição Tributária (Antecipação do Fato Gerador*, 2ª edição, Malheiros, p. 111).

Nesse diapasão, conveniente ressaltar que, apesar de a Autuada estar cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz à margem de tal regime, nos termos da Lei Complementar nº 123/06. Confira-se:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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 TJMG que aborda a matéria em exame:

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) (GRIFOS ACRESCIDOS).

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, estando, por conseguinte, corretas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da 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:

(...)

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.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

(...)

Com relação a falta de entrega de arquivos eletrônicos relativos aos meses de agosto de 2013 a dezembro de 2015, referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, exige-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75.

A obrigatoriedade de entregar, mensalmente, os arquivos eletrônicos solicitados pela Fiscalização, encontra-se prevista nos arts. 10, *caput* e § 5º, e 11, *caput* e § 1º, ambos do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

(...)

§ 5º - O contribuinte, observado o disposto nos artigos 11 e 39 desta Parte, fornecerá o arquivo eletrônico de que trata este artigo, atendendo às especificações descritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 deste Anexo, vigente na data de sua entrega.

(...)

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o art. 10, observado o disposto no art. 39, todos desta Parte, será realizada, mensalmente, mediante sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet (www.sef.mg.gov.br).

(...)

De acordo com o disposto no art. 10, no seu § 5º, retrotranscrito, os contribuintes (usuários de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF e Processamento Eletrônico de Dados - PED para emissão de documento fiscal e ou escrituração de livro fiscal e de Emissor de Cupom Fiscal - ECF) devem entregar arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações realizadas no período de apuração, o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos, observadas as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

especificações prescritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 do Anexo VII do RICMS/02, vigentes na data da entrega do arquivo.

Já a norma ínsita no art. 11, § 1º, determina que ao contribuinte cabe verificar a consistência dos arquivos gerados e transmiti-los, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Sobre este item do lançamento, a Assessoria do CC/MG exarou a diligência de fls. 225/227 com o seguinte teor:

(...)

Considerando o disposto nos arts. 1º, §1º, 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02 quanto à obrigatoriedade da entrega dos arquivos eletrônicos, *in verbis*:

Art. 10. Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

(...)

Art. 11. A entrega do arquivo eletrônico de que trata o art. 10, observado o disposto no art. 39, todos desta Parte, será realizada, mensalmente, mediante sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

Art. 1º A emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por sistema de Processamento Eletrônico de Dados (PED) obedecerão às normas e condições estabelecidas neste Título e nas Partes 2 a 5 deste Anexo.

§ 1º As normas deste Anexo são obrigatórias para o contribuinte que, por meio de equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo eletrônico:

- I - emitir um ou mais documentos fiscais;
- II - escriturar um ou mais livros fiscais;
- III - emitir e escriturar um ou mais documentos e livros fiscais;

(...)

Considerando o disposto no art. 6º, inciso I, §1º, do Anexo VI do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 6º Fica dispensado da obrigatoriedade de uso do ECF:

- I - o contribuinte que estiver enquadrado como microempresa com receita bruta anual igual ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), exceto quando mantiver no recinto de atendimento ao público equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operação com mercadorias ou prestação de serviços ou a impressão de documento que se assemelhe ao Cupom Fiscal, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo e observado o disposto no art. 8º desta Parte;

(...)

§ 1º A exceção a que se refere o inciso I do caput deste artigo não se aplica ao equipamento eletrônico destinado a viabilizar o pagamento da operação ou prestação por meio de cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente, desde que:

I - as informações relativas às operações e prestações realizadas pelo estabelecimento cujos pagamentos foram realizados por meio de cartão de crédito ou de débito sejam mantidas, geradas e transmitidas conforme estabelecido no parágrafo único do art. 132 deste Regulamento;

II - o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do estabelecimento seja impresso no comprovante de pagamento.

(...)

1 - Fundamente a obrigatoriedade do Sujeito Passivo pela transmissão dos arquivos eletrônicos, de que tratam os arts. 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015 (irregularidade 02 do Auto de Infração).

A Fiscalização respondeu a diligência retro (fls. 225/226), em síntese, aos seguintes argumentos:

- os arts. 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02 determinam quais os contribuintes deverão efetuar a transmissão dos arquivos eletrônicos à SEF/MG, quais sejam, aqueles obrigados à emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais por PED – Processamento Eletrônico de Dados (§1º do art. 1º do Anexo VII do referido regulamento), bem como os obrigados ao uso do ECF – Emissor de Cupom Fiscal (10, §7º, do citado anexo);

- com relação à emissão de documentos fiscais por ECF, a regra geral é a obrigatoriedade para todo estabelecimento varejista (art. 4º, inciso I, do Anexo VI, do RICMS/02);

- contudo, o art. 6º, inciso I, do Anexo VI do RICMS/02 exclui a obrigatoriedade do uso de ECF para os casos em que o contribuinte estiver enquadrado como microempresa, porém com receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca a Fiscalização que a empresa autuada é comércio varejista, sendo obrigada a emissão de documentos fiscais por ECF, pois, nos exercícios fiscalizados, as receitas brutas de vendas foram superiores a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

- ao se encontrar o contribuinte obrigado à emissão de documentos fiscais por meio de ECF, o contribuinte também assume a obrigação de transmitir os arquivos eletrônicos, informando a totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias, entre outras informações;

- a transmissão deverá ocorrer inclusive nos períodos sem movimento de entrada e saída de mercadorias;

- conclui que a Autuada encontra-se obrigada a transmitir os arquivos eletrônicos e, como não o fez, correta a exigência da penalidade isolada retro.

Nesse diapasão, conveniente destacar que a empresa autuada, no período objeto deste lançamento, era optante pelo regime normal de recolhimento do imposto (débito/crédito) até 31/12/13. E, a partir de 01/01/14 até 31/12/15, era optante pelo Simples Nacional. Examine-se:

S I C A F
Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais
Consulta Regimes de Recolhimento do Contribuinte
SEF/MG
19.01.2017
09:44

Inscr. Estadual: 002210458 00 48 Situação: SUSPENSO
Nome Comerc.: MG COSMETICOS EIRELI - ME
Cod. Regime Atual: 01 Descrição: DEBITO E CREDITO

Cod. Regime Anterior: 58 Descrição: SIMPLES NACIONAL
Motivo: 4 47 Data Alteração: 31.12.2015

Cod. Regime Anterior: 01 Descrição: DEBITO E CREDITO
Motivo: 4 48 Data Alteração: 31.12.2013

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores

Data Inicial	Data Final	Detalhamento
01/01/2014	31/12/2015	Excluída por Ato Administrativo praticado pelo ente BELO HORIZONTE - MG

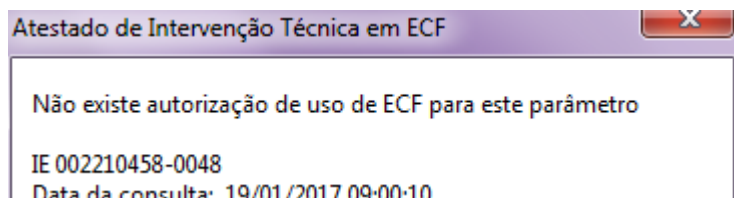
Depreende-se dos dispositivos contidos na Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, em especial art. 1º, §1º, art. 10 e art. 11, que o contribuinte do imposto que emite ou tenha condição de emitir documento fiscal por PED/ECF está obrigado a manter arquivo eletrônico da totalidade das operações de entrada e de saída de mercadoria ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, bem como a efetuar a entrega do mesmo até o dia 15 do mês subsequente ao das operações e prestações.

Como se verifica, a Fiscalização sustenta a obrigatoriedade da entrega dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arquivos eletrônicos em exame no fato de a Autuada estar obrigada ao uso do ECF para emissão de seus documentos fiscais.

Contudo, registra-se que para a empresa autuada não existe autorização para uso de ECF, conforme consulta ao banco de dados da SEF/MG:



Tem-se que a obrigação da transmissão dos arquivos eletrônico de que trata o art. 10 do Anexo VII do RICMS/02 é para os contribuintes que emite documentos fiscais por PED/ECF, escritura livros fiscais por PED, dentre outros, e não pelo fato de estar obrigado ao uso do ECF, como entende a Fiscalização no presente caso.

Assim, como a empresa autuada não era usuária de ECF e o fato de estar obrigada ao uso de tal equipamento não foi eleito pelo legislador para fins da obrigatoriedade da transmissão dos referidos arquivos, com a vênia devida, não restou caracterizada a infração apontada pela Fiscalização, pelo que exclui a exigência fiscal (Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75).

Quanto a inclusão da Coobrigada no polo passivo da obrigação tributária, cumpre esclarecer que o sócia-administradora foi eleita como Coobrigada em conformidade com o disposto no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN:

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.

Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Desse modo, responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do STJ para a responsabilização solidária do sócio-administrador:

Induvidoso, no caso, que a sócia-administradora tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as entradas/saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Vale lembrar que a Coobrigada, sócia-administradora da empresa autuada, reconheceu que no período autuado não possuiu notas fiscais de entrada e de saída (declaração de fls. 36).

Assim, resta clara a gestão fraudulenta da sócia-administradora da Autuada com intuito de lesar o erário mineiro.

Dessa forma, correta também a inclusão da sócia-administradora no polo passivo da obrigação tributária.

Reitera-se, por oportuno, que a responsabilidade solidária das pessoas arroladas no Auto de Infração está prescrita na Lei nº 6.763/75, em conformidade com os requisitos do CTN.

Diferentemente do entendimento da Impugnante, a inclusão da sócia-administradora no polo passivo da obrigação tributária encontra-se de acordo com a jurisprudência dos Tribunais. Examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA COM LIMINAR - ABSTENÇÃO DA COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - SÓCIO GERENTE - FUMUS BONI IURES - PERICULUM IN MORA - A - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - DECISÃO MANTIDA.
1. PARA A CONCESSÃO, INITIO LITIS, DA MEDIDA REQUERIDA TORNA-SE IMPRESCINDÍVEL QUE SE CONSTATE A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS BASILARES EXIGIDOS PELA NORMA PROCESSUAL, QUAIS SEJAM O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA.
2. TENDO A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL APURADO INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DA RESPECTIVA DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A PRINCÍPIO, NÃO SE PODE AFASTAR A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-ADMINISTRADOR, NA FORMA DO ARTIGO 21, §2º, II E §3º DA LEI 6.763/75, NÃO RESTANDO DEMONSTRADO O FUMUS BONI IURES, DEVENDO SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO FISCAL.
3. RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0024.14.151179-0/001, RELATOR(A): DES.(A) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 02/07/0015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/07/2015) (GRIFOU-SE).

Quanto às alegações da Defesa contrárias as exigências das multas acima mencionadas, cumpre registrar que elas foram exigidas de acordo com as disposições legais e 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*:

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;

(...)

Ademais, havendo previsão em lei, a aplicação da multa constitui não apenas prerrogativa da Administração Pública, mas verdadeira obrigação, configurando hipótese de ato administrativo vinculado, despido de qualquer discricionariedade.

A exigência da multa de revalidação, no caso em exame, respalda-se em diversas decisões judiciais, cite-se a seguinte:

APELAÇÕES CÍVEIS - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - ART. 47-A, ANEXÓ XV, DO DECRETO 43.080/02 (RICMS) - LEGALIDADE - MULTA ISOLADA E MULTA DE REVALIDAÇÃO - AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO - INCIDÊNCIA DE JUROS - ART. 161 DO CTN - ART. 106, II, C, DO CTN - APLICAÇÃO RESTRITA A PENALIDADES - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RAZOAVELMENTE ARBITRADOS - CPC/73, ART. 20, §4º - MANUTENÇÃO.
(...)

- EM QUE PESE A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DA SUPREMA CORTE VENHA RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO ÀS MULTAS DECORRENTES DE ILÍCITO TRIBUTÁRIO (ARE 851059 AGR/RN, REL. MIN. ROBERTO BARROSO, J. 01/03/2016), A AFERIÇÃO DO CARÁTER CONFISCATÓRIO EM RELAÇÃO ÀS PENALIDADES DEVE SER FEITA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COM MAIOR RIGOR, TENDO EM VISTA QUE O SEU PROPÓSITO É COIBIR A SONEGAÇÃO FISCAL.

- NÃO TÊM NATUREZA CONFISCATÓRIA AS MULTAS CUJO ALTO VALOR DO MONTANTE EXECUTADO NÃO DECORRE EXCLUSIVAMENTE DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, MAS DE DIVERSOS FATORES CUMULATIVOS REGULARMENTE PREVISTOS EM LEI, COMO A NECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO FISCAL PARA A COBRANÇA E A AGRAVAÇÃO DA PENALIDADE EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA, NOTADAMENTE CONSIDERANDO QUE O SEU INTUITO É DESESTIMULAR A PRÁTICA DO ILÍCITO.
- A INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE AS PENALIDADES TEM EXPRESSA PREVISÃO LEGAL NO ART. 161 DO CTN.
- O ART. 106, II, C, DO CTN NÃO SE APLICA EM HIPÓTESE DE MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA REFERENTE A JUROS DE MORA, JÁ QUE O REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL FAZ MENÇÃO EXPRESSA À PALAVRA "PENALIDADES", TORNANDO INCABÍVEL EVENTUAIS INTERPRETAÇÕES EXTENSIVAS DA REGRA. (...). (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.13.198117-7/002, RELATOR(A): DES.(A) AMAURI PINTO FERREIRA (JD CONVOCADO) , 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 03/11/2016, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 02/12/2016)

Da mesma forma, a aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR) (GRIFOU-SE).

Portanto, caracterizadas as infringências à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências fiscais, tendo sido o crédito tributário

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

regularmente formalizado e não tendo os Impugnantes apresentado provas capazes de ilidir o feito fiscal, legítimo é o lançamento em exame, ressalvada a exclusão da irregularidade 2 do AI.

Por fim, destaca-se que fica prejudicado o julgamento da impugnação no que se refere à exclusão do Simples Nacional, tendo em vista que a Autuada já se encontra excluída conforme Termo de Exclusão acostado às fls. 34.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para que sejam excluídas as exigências fiscais relativas ao item 2 do Auto de Infração – AI (falta de entrega de arquivos eletrônicos), nos termos do Parecer da Assessoria do CC/MG. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente para adequar a Multa Isolada ao disposto no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, o Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor).

Sala das Sessões, 15 de fevereiro de 2017.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

**Cinara Lucchesi Vasconcelos Campos
Relatora**

GR

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.337/17/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000423586-61
Impugnação: 40.010140706-42, 40.010140708-04 (Coob.)
Impugnante: MG Cosméticos EIRELI - ME
IE: 002210458.00-48
Maria das Graças de Barros (Coob.)
CPF: 144.386.076-04
Proc. S. Passivo: Osvaldo Nunes de Oliveira/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

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

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

A autuação sob análise versa acerca da imputação fiscal de que a Impugnante teria promovido saídas de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais, nos meses de outubro de 2013 a julho de 2015 e setembro de 2015 a dezembro de 2015.

A imputação fiscal foi verificada pelo Fisco mediante confronto entre os valores de vendas contidos em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e informações acerca das notas fiscais de saída.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c § 2º e 55, inciso II.

A infração foi verificada pela Fiscalização pelo confronto realizado entre os dados fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito com as notas fiscais da própria Impugnante.

Assim, verifica-se de todo o conjunto probatório dos autos que a Fiscalização chegou à imputação fiscal a partir dos valores obtidos por informação da própria Impugnante, fazendo um confronto entre estas informações e aquelas retiradas de documentos fiscais enviados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito.

Portanto, ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pelas administradoras dos cartões) com as notas fiscais de saída emitidas pela Contribuinte no período autuado, a Fiscalização constatou vendas desacobertadas de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Já no Acórdão n.º 21.883/15/3ª, que trata da mesma matéria, a Câmara de Julgamento decidiu por adequar a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II ao disposto na alínea “a” do mesmo dispositivo. Confira-se:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE AS INFORMAÇÕES DE VENDAS CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO, TENDO EM VISTA QUE A IMPUGNANTE NÃO APRESENTOU DECLARAÇÕES DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DE ICMS - DAPIS NO PERÍODO OBJETO DO LANÇAMENTO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. 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. ENTRETANTO, TENDO EM VISTA QUE AS INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO SÃO CONSIDERADAS DOCUMENTOS FISCAIS, DEVE A MULTA ISOLADA SER ADEQUADA AO DISPOSTO NA ALÍNEA “A” DO INCISO II DO ART. 55 DA LEI N.º 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

(GRIFOS NÃO CONSTAM DO ORIGINAL)

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, 15 de fevereiro de 2017.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira