

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.770/18/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000744798-98
Impugnação: 40.010144169-13
Impugnante: Mr Dog & Cat Clínica Veterinária e Pet Shop Ltda
IE: 702897744.00-00
Coobrigado: Juliana Pires Rosa
CPF: 049.857.086-07
Proc. S. Passivo: Jorge Vinícius Salantino de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II 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 as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Declaração de Apuração e Informação de ICMS - DAPI) e na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, inciso V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c os arts. 75 e 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, constatadas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Receita Estadual através dos documentos Declaração de Apuração e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informação de ICMS – DAPI, extrato do Simples Nacional (PGDAS) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, apurando-se recolhimento do ICMS a menor, no período de 01/01/12 a 31/05/16.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 217/226, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 3393/3396.

A Fiscalização reformula o lançamento conforme Termo de Rerratificação de Auto de Infração às fls. 3400/3421.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 3425/3435 apresentando os anexos de fls. 3437/3453.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 3456/3461.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão da identificação de vícios no lançamento decorrentes da existência de erros materiais não sanáveis.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois, 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.

Percebe-se, sem a menor sombra de dúvida, que a Autuada compreendeu com clareza a descrição dos fatos ensejadores do lançamento, posto que realizou a sua defesa com a abrangência suficiente para enfatizar e demonstrar a sua discordância, inclusive quanto às quantidades e valores, de forma completa e irrestrita, conforme se verifica pelas razões de fato e de direito articuladas na impugnação, nas quais se aborda todos os aspectos relacionados às circunstâncias fáticas, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

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

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Receita Estadual e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/12 a 31/05/16.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado artigo.

À guisa de esclarecimento, cumpre destacar que, a lavratura do Auto de Infração em epígrafe foi precedida de diligências preliminares. Tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu-se o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000022286.77, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/12 a 31/05/16.

A Autuada alega, em sua defesa, que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal com base em dados extrafiscais, obtidos junto à administradora de cartão de crédito e/ou débito, não refletem a realidade do faturamento da atividade empresarial do seu estabelecimento.

Segundo argumenta, a atividade principal da empresa consiste em promover a prestação de serviços veterinários previstos no item 5 e seus subitens da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. Uma pequena parcela de sua atividade seria reservada, de forma complementar, a fornecer mercadorias ligadas umbilicalmente aos serviços veterinários.

Trata-se de algumas opções de rações, roupas, produtos de higiene e alguns medicamentos veterinários não injetáveis, excluindo-se as vacinas.

Circunscritos a esses termos, todos os materiais empregados na execução da prestação de serviços veterinários estariam fora do alcance da incidência do ICMS, conforme termos do disposto no § 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 116/03, escapando-se a atividade, portanto, da competência tributária do estado de Minas Gerais, posto que compreendida na competência municipal. O ICMS incidiria de forma residual nas vendas de produtos de pequena monta que se fazia no estabelecimento.

Com tais considerações, entende a Impugnante que os valores lançados individualmente como faturamentos de cartões de crédito não representariam o faturamento real da sua atividade, especialmente, em razão das peculiaridades inerentes à sua atividade, comparadas ao volume e aos valores de suas operações e serviços veterinários prestados, que, segundo argumenta, não deveriam compor o cálculo para fins da tributação do ICMS.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme será demonstrado a seguir.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ressalta-se que constituem documentos fiscais as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

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

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com as informações declaradas pela Impugnante em Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI e extrato do Simples Nacional - PGDAS, estando o cálculo demonstrado no Anexo II do Auto de Infração, às fls. 20/24, especificamente, nas colunas “E” a “L” das Planilhas.

Toda a apuração demonstrada nos anexos que compõem o Auto de Infração em exame resultou de cuidadosa análise de informações declaradas em documentos fornecidos pela própria Impugnante em cumprimento das obrigações tributárias

inerentes à sua condição de Contribuinte do ICMS e do ISSQN, optante pelo Simples Nacional.

Trata-se de Declarações de Apuração e Informação de ICMS – DAPI, às fls. 28/169; Extratos do Simples Nacional, às fls. 170/208; e, o Resumo de Geração de Notas Fiscais de Serviço eletrônica – NFS-e referente aos serviços prestados pela Impugnante no período de abril de 2010 a maio de 2017, bem como, os serviços tomados no período de março de 2010 a janeiro de 2014, às fls. 210/211, gerado por atendimento “*on-line*”, em 19/05/17.

Portanto, não se trata, *in casu*, de procedimento baseado em provas insuficientes, uma vez que consistem em documentos públicos, cujos dados neles contidos representam as informações fornecidas pela própria Impugnante.

À toda evidência, não procede o argumento de que os valores lançados individualmente como faturamentos de cartões de crédito não representariam o faturamento real da sua atividade, em razão das peculiaridades inerentes à sua atividade, ao volume e aos valores de suas operações e serviços veterinários prestados.

Contrario sensu, demonstrou-se que os valores que compõem a coluna “A” das planilhas de fls. 20/24, cujos dados e informações foram fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, representam os valores efetivos de faturamento das vendas de produtos e prestações de serviços veterinários, recebidos por esse meio de pagamento, que constituem a atividade empresarial da Impugnante.

Os valores lançados na coluna “C” das planilhas acima referidas, a título de prestação de serviços, foram cotejados a partir das informações fornecidas pela Prefeitura Municipal de Uberlândia, conforme documento de fls. 210/211, cujos dados representam as informações referentes à geração de Notas Fiscais de Serviço eletrônica – NFS-e promovida pela Impugnante no período de 2010 a 2017.

Ora, o faturamento total informado na coluna “E” representa a soma dos valores de revenda de mercadorias, sem ST (faturamento normal), por período de apuração, informados pela Impugnante em PGDAS, às fls. 170/208, com os valores de revenda de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Todos esses valores considerados resultam inexoravelmente na conclusão de que houve efetiva omissão de receita no período alcançado pelo lançamento.

Observa-se que, na apuração dos valores referentes às receitas omitidas, foram deduzidos os valores referentes às prestações de serviço declaradas pela Impugnante nos documentos fiscais acima referidos, conforme se encontra demonstrado nas planilhas de fls. 20/24 (Detalhamento das Vendas – Colunas “A”, “B”, “C” e “D”).

No mesmo passo, acolheu-se, ainda na fase de apreciação das razões de fato e de direito apresentadas na Impugnação, os argumentos da defesa apresentados no item 1 da peça referida, reformulando-se o crédito tributário, conforme Termo de Rerratificação de Auto de Infração às fls. 3400/3416, para excluir valores informados pelas administradoras de cartões de crédito que foram contestados pela Impugnante referentes aos meses de junho, julho, novembro e dezembro de 2013 e, ainda, para

recalcular a proporção das saídas de mercadorias sujeitas à ST, levando em consideração a planilha apresentada pela Defesa na qual se demonstra valores relativos a produtos de uso e consumo.

Encontra-se demonstrado nos autos, à exaustão, que, na apuração dos valores de faturamento omitidos não foram considerados os valores referentes às saídas dos produtos e materiais empregados na prestação de serviço. Como exemplo, destacam-se: agulhas, cateter, seringa, luva, equipo macflex, esparadrapo, sondas, avental, cabo de energia, at crepe, roupa cirúrgica lâmina de bisturi, etc.

Destaque-se que, as proporções entre o valor total das operações sujeitas ao imposto estadual em razão do faturamento omitido, por exercício autuado, e o total do faturamento auferido em razão das vendas com cartões de crédito/débito no mesmo período são 29,38% (vinte e nove vírgula trinta e oito por cento) em 2012, 23,70% (vinte e três vírgula setenta por cento) em 2013, 26,84% (vinte e seis vírgula oitenta e quatro por cento) em 2014, 29,30% (vinte e nove vírgula trinta por cento) em 2015 e 27,48% (vinte e sete vírgula quarenta e oito por cento) em 2016.

Portanto, as proporções apuradas refletem com coerência o principal argumento da Impugnante, qual seja: comparativamente, a receita auferida com a venda de mercadorias não representa a atividade preponderante da Impugnante.

Todavia, por outro lado, promover vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais reflete uma conduta contumaz da Autuada, que suprime da Receita estadual a oportunidade de realizar o controle fiscal da arrecadação do ICMS incidente sobre a parcela de seu faturamento, que, embora seja proporcionalmente menor em razão da sua atividade preponderante, não deixa de ser essencial para os propósitos da Administração Pública em face das demandas por políticas públicas.

Superados os argumentos expostos pela Impugnante nas razões de mérito apresentadas nos itens 1 e 2 da peça de impugnação, verifica-se, ao se analisar os valores parciais apresentados pela Defesa a propósito de questionar os valores exigidos pelo Fisco como incidente sobre as saídas de mercadorias, que todos os valores apresentados na peça referida foram revistos na oportunidade da reformulação do crédito tributário operada pela Autoridade Fiscal, conforme documentos de fls. 3400/3416.

Aliás, a própria Impugnante esclarece que “não foi possível recuperar todos os tickets”, baseando sua argumentação em documentos parciais, já que não foi capaz de providenciar a guarda dos documentos pelo tempo decadencial.

A vasta documentação que compõe os volumes I a X do PTA em epígrafe não se presta para desconstituir o crédito tributário decorrente de lançamento efetuado segundo critério idôneo, a partir de informações coligidas em documentos fiscais, cuja integridade não foi contestada em nenhum momento pela Impugnante.

De fato, os documentos juntados pela Impugnante são compostos por cópias de diversas páginas manuscritas de cadernos de anotações, agendas, vias de recibo de cartões de crédito, sem nenhuma identificação, contendo informações, cuja autenticidade e integridade são de difícil comprovação, especialmente, por que não se pode conferir com segurança e precisão os supostos eventos neles consignados, as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

supostas datas, os valores lançados e a sua vinculação com as eventuais prestações de serviços ou vendas efetuadas.

A denúncia espontânea juntada aos autos às fls. 3444/3455, protocolizada junto à Prefeitura Municipal de Uberlândia, em 11/10/17, sob o nº 24.584/17, não contribui para o deslinde da controvérsia, posto que a providência somente foi encaminhada após o recebimento da intimação do Auto de Infração em discussão.

Nada obstante, a providência tardia evidencia que, em matéria de cumprimento das obrigações tributárias, o Sujeito Passivo encontrava-se inadimplente até mesmo junto ao Fisco Municipal. Nada mais.

É importante que se destaque, que a Autoridade Fiscal somente conseguiu levantar o faturamento suprimido do conhecimento do Fisco a partir das informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito relativas às operações realizadas com cartões de crédito/débito. Sem esse recurso idôneo, a lesão ao Erário se perpetuaria.

Não se diga que a Autoridade Fiscal desconsiderou as peculiaridades inerentes à atividade de prestação de serviço vocalizada em várias passagens de sua defesa pela Impugnante.

Ao contrário, evidenciou-as, na medida em que demonstrou, pelas razões de fato e de direito articuladas nos autos, que compreendeu a complexidade da atividade econômica explorada pela Impugnante e buscou os meios idôneos para identificar a real dimensão do faturamento auferido pela Autuada no período alcançado pela auditoria fiscal.

Com efeito, comprovada a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS sem a emissão dos respectivos documentos fiscais, opera-se o procedimento administrativo para exigir o tributo devido, cumulado com a aplicação da sanção cominada, nos exatos termos do disposto no art. 142 do CTN.

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira relativas à base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

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

(...)

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

Portanto, constatada a falta de cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias, legítima a exigência do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, observadas as normas inerentes à alíquota aplicável, segundo o ramo de atividade da Autuada, conforme o disposto no art. 42, inciso I, alínea “e”, do RICMS/02.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal esgota-se o prazo para recolhimento do imposto para todos os efeitos, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

Ademais, vale destacar que o RICMS/02 disciplina a forma de apuração dos valores referentes às operações ou prestações realizadas pelo Sujeito Passivo, na hipótese de lançamento de ofício:

RICMS/02

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

§ 4º Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

(...)

O Decreto nº 46.698 de 30/12/14 alterou os arts. 194 e 195 do RICMS/02 e excluiu, da legislação mineira, o procedimento fiscal de Verificação Fiscal Analítica - VFA:

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

"V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;"

(...)

Art. 196. Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação que dispõe sobre os tributos federais.

(...) (Grifou-se).

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES

NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.(APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, às fls. 212/213, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, e inciso IV, alíneas "d" e "j", e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o "Termo de Exclusão do Simples Nacional" às fls. 212/213.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registre-se, que o Contribuinte foi intimado da exclusão do Simples Nacional juntamente com o Auto de Infração, conforme documentos de fls. 07 e 213, apresentando, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, a impugnação ao Termo de Exclusão às fls. 3336/3345, assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse *mister*, o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. 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.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional se encontra devidamente motivada, tendo sido observados os princípios da ampla defesa e devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA -

OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO) , 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...) (GRIFOU-SE).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização exigiu a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, limitada pelo § 2º do mesmo artigo, por descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a obrigação de emitir documentos fiscais, no montante de 40% (quarenta por cento) do valor da operação. Veja-se:

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:

(...)

Efeitos de 30/12/2005 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei 15.956/2005:

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto ou sujeita à tributação com alíquota ou redução de base de cálculo que resulte em carga tributária inferior a 7% (sete por cento), não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação.

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

“§ 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.”

Cumprir destacar que o § 2º do referido art. 55 da Lei nº 6.763/75, teve sua redação alterada pela Lei nº 22.549/17 e pela Lei nº 22.796/17 de 28 de dezembro de 2017. Confira-se:

Lei nº 22.549/17

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

(...)

Lei nº 22.796/17 (MG de 29/12/17 e retificado no MG de 03/02/18)

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 55 - (...)

§ 2º - (...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

(Grifou-se).

O Código Tributário Nacional – CTN, prevê, em seu art. 106, inciso II, alínea “c”, que a lei deverá retroagir para aplicar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época do fato gerador, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Portanto, no presente caso, a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, deve ser adequada ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Postula, ainda, a Autuada pela aplicação da redução prevista na alínea “a” do inciso II do citado art. 55. O dispositivo em questão prevê:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

RICMS/02

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

I - outros documentos não mencionados nos artigos anteriores e previstos neste Regulamento e seus Anexos e na legislação estadual;

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto.

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

Em relação ao polo passivo da obrigação tributária, correta a eleição do Coobrigado em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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:

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

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

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 3.400/3.416 e, ainda, para adequar a Multa Isolada nos termos do inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Assistiram ao julgamento, pela Impugnante, o Dr. Jorge de Souza que declinou da solicitação intempestiva de sustentação oral e, pela Fazenda Pública, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 04 de abril de 2018.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Geraldo da Silva Datas
Relator

D