

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	21.800/18/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000427585-46	
Impugnação:	40.010140819-54	
Impugnante:	Impacto Comércio de Aparelhos Eletrônicos Eireli IE: 001402453.00-46	
Coobrigado:	André de Souza Lessa CPF: 093.659.036-02	
Origem:	DFT/Manhuaçu	

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), prevista no art. 980-A do Código Civil, 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. Comprovado nos autos a prática de atos que repercutiram no descumprimento das obrigações tributárias. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco (valores lançados nos últimos PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional- Declaratório, transmitidos à Receita Federal) e os valores reais, constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito somados aos valores declarados pela empresa como vendas em dinheiro. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I, V e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a Multa Isolada deve ser adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, c/c disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. Exclusão da Autuada do Regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06. Tendo em vista que não foi impugnado o Termo de Exclusão, este tornou-se efetivo, conforme estabelece o art. 75, § 4º da Resolução CGSN nº 94/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação fiscal se refere a saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, tendo em vista a constatação, por meio de Conclusão Fiscal, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2013, de omissão de receita de vendas.

Tal irregularidade foi apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco (valores lançados nos últimos PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório, transmitidos à Receita Federal) e os valores reais, constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, somados aos valores declarados pela empresa como vendas em dinheiro, acarretando recolhimento a menor de ICMS.

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

O titular da empresa individual à época dos fatos geradores, André de Souza Lessa, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, por concorrer ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

O presente trabalho encontra-se instruído por Termo de Intimação nº 275/2015 (fls. 02/05); Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000015253.68 (fls. 06/07); Auto de Infração-AI (fls. 08/15); Anexo 1 - Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 16/18); Anexo 2 – Base Legal – Infringências e Penalidades (fls. 19/27); Planilhas de Conclusão Fiscal – 2011 a 2013 (fls. 28/30); Extratos do Simples Nacional (fls. 31/40); Contrato Social e documentos JUCEMG (fls. 41/53); Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 54).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 58, solicitando o reajustamento dos “valores informados nos DAS das competências de janeiro a outubro de 2013”, conforme planilhas de fls. 59/61 e extratos do PGDAS-D de fls. 62/91.

O Fisco, em manifestação de fls. 102/108, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência do lançamento.

Em sequência, a Assessoria do CC/MG exara o Despacho Interlocutório de fls. 116/117, o qual não foi cumprido pela Autuada, embora tenha sido devidamente intimada.

DECISÃO

Inicialmente, cumpre relembrar que a autuação trata de conclusão fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, tendo em vista a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constatação, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2013, de omissão de receita de vendas.

Tal irregularidade foi apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco (valores lançados nos últimos PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório, transmitidos à Receita Federal) e os valores reais, constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, somados aos valores declarados pela empresa como vendas em dinheiro, acarretando recolhimento a menor de ICMS.

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

Registra-se que o presente processo foi considerado complementar ao PTA nº 01.000431331-75, nos termos do § 2º do art. 150 do RPTA.

O titular da empresa individual à época dos fatos geradores, André de Souza Lessa, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, por concorrer ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

De acordo com as informações e documentações constantes dos autos, verifica-se que, mediante o Termo de Intimação nº 275/2015 (fls. 02), emitido em 06/07/15, o Fisco solicitou à Contribuinte, o preenchimento de planilha com o Detalhamento Mensal de Vendas (valores mensais de vendas em dinheiro, cheque, crediário e outras modalidades de pagamento, exceto cartão de crédito/débito), referente ao período de janeiro de 2010 a dezembro de 2014, o que foi atendido pela empresa, conforme planilhas de fls. 03/05, relativas ao período autuado.

Em seguida, o Fisco notificou a Autuada sobre o início da ação fiscal, conforme Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF nº 10.000015253.68 entregue à empresa em 18/03/16 (fls. 06/07), pelo qual foi solicitada “*cópia dos PGDAS do período janeiro de 2011 a dezembro de 2015*”.

Cotejando o faturamento declarado pela Autuada junto à Receita Federal (PGDAS-D) com o faturamento real da Contribuinte, que corresponde aos valores apresentados pela empresa em resposta à citada intimação (vendas em dinheiro, cheque, crediário e outras modalidades de pagamento, exceto cartão de crédito/débito) e os dados informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, foram constatadas omissões de receitas de vendas, uma vez que o faturamento real da empresa se apresentava maior que o declarado pela Contribuinte em PGDAS-D.

Assim, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para exigir o imposto devido e as multas cabíveis, considerando, por conclusão fiscal, que houve saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal.

As planilhas relativas à Conclusão Fiscal, utilizadas para confrontar as vendas reais com o faturamento declarado pela empresa em PGDAS-D, apurando-se o faturamento omitido em todo o período autuado, foram apresentadas às fls. 28/30, cujo resultado (receita omitida e imposto devido) foi levado à planilha de fls. 16/18,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Demonstrativo do Crédito Tributário”, em que se demonstrou, também, o cálculo da multa de revalidação e da multa isolada.

Às fls. 31/40, o Fisco anexou os Extratos do Simples Nacional, relativos a todo o período autuado, dos quais foram extraídos os dados de faturamento declarado pela Contribuinte.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

Cumprе mencionar que a Contribuinte foi intimada do Auto de Infração por via postal em 29/06/16 (fls. 55) e o titular da empresa individual, Coobrigado, foi intimado por edital em 21/10/16, conforme publicação na Imprensa Oficial de Minas Gerais de fls. 111, em razão da impossibilidade de intimação via postal, de acordo com os documentos de fls. 56/57, sendo respeitado, em ambas intimações, o prazo legal de 30 (trinta) dias para o contraditório e a ampla defesa.

Examinando os autos, verifica-se que o procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I, V 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;

(...)

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;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

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

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

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

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

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

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

(...)

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

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

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.

Dessa forma, verifica-se que se encontra correto o procedimento fiscal, ao exigir ICMS e multas cabíveis, quando constatou vendas não levadas à tributação.

Cumprе ressaltar que a legislação tributária determina que a saída de mercadoria, a qualquer título, é fato gerador do ICMS, conforme dispõe o inciso VI do art. 6º da Lei nº 6.763/75:

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Portanto, toda saída de mercadoria deve ser acobertada por documentação fiscal e declarada ao Fisco por meio de documento hábil, de acordo com o regime de apuração adotado pelo contribuinte. Não se trata de ato facultativo e sim de uma obrigação do contribuinte, como prevê o art. 16 da Lei nº 6.763/75:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI- escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

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

Destaca-se, ainda, que, conforme preceitua o § 2º do art. 12 do Anexo V do RICMS/02, é dever da Autuada emitir a nota fiscal antes de iniciada a saída da mercadoria e quando o pagamento for efetuado por meio de cartão de crédito:

Art. 12. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06 (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)

Na mesma linha se encontra o posicionamento deste Conselho, conforme se depreende, por exemplo, das decisões proferidas nos Acórdãos de nºs 20.078/10/1ª, 21.464/14/1ª e 22.150/16/1ª.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumpre registrar que a alíquota aplicável às saídas consideradas descobertas de documentação fiscal está prevista no art. 42 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;

(...)

§ 29. Na hipótese do art. 53 e do parágrafo único do art. 196, ambos deste Regulamento, 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;

A Impugnante alega, em sua peça de defesa, que há divergências quanto aos “valores informados nos DAS das competências de janeiro a outubro de 2013”, afirmando que tais valores deveriam ser de acordo com os extratos acostados às fls. 62/91 dos autos.

Assim, solicita que esses valores sejam reajustados conforme planilhas de apuração anexadas às fls. 59/61.

O Fisco, por sua vez, apresenta em sua manifestação fiscal os seguintes esclarecimentos:

A autuada recebeu da DFT de Manhuaçu, ainda em atividade exploratória, a intimação 275/2015 solicitando informações detalhadas sobre as vendas e sobre o faturamento. Na ocasião a empresa atendeu a intimação especificando o recebimento em dinheiro e o faturamento da empresa (com valores muito superiores aos que constavam nos PGDAS transmitidos até aquele momento relativamente ao período janeiro de 2013 a outubro de 2013). Nesse período fez retransmissão dos PGDAS adequando os valores do mesmo ao faturamento informado na planilha, porém sem apresentar comprovação de documentação fiscal emitida para justificar a alteração de valores no faturamento. Considerando que, mesmo com a alteração das declarações, o levantamento fiscal ainda apresentava pequenas diferenças que não foram regularizadas, foi programada auditoria para a empresa.

A fiscalização, então, lavrou o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) número 10.000015253.68 que foi recebido pela autuada em 18/03/2016 para dar início ao procedimento fiscal e proceder a lavratura do

presente auto de infração. Em nova análise aos sistemas da Fazenda verificamos que a impugnante havia retransmitido novamente os PGDAS, junto a Receita Federal do Brasil, zerando o faturamento da empresa.

Esclarecemos que, ao lavrar o presente auto de infração, foram consideradas como vendas reais o faturamento constante das últimas declarações feitas pelo contribuinte, acostadas ao auto às folhas 31 a 40 e a diferença apurada entre as Vendas reais e a venda declarada foi considerada saída desacompanhada de documentação fiscal.

(...)

Ressaltamos, novamente, que a autuada alterou as declarações junto à Receita Federal do Brasil, porém não apresentou nenhum documento fiscal emitido que justificasse a alteração dos PGDAS, e esclarecemos, ainda, que as declarações apresentadas pela autuada nessa impugnação para refazer o cálculo do imposto devido foram transmitidas em data anterior à data em que foram transmitidas as declarações usadas pelo fisco na lavratura do auto de infração, ou seja, o fisco usou declarações transmitidas após as declarações apresentadas pela autuada.

Considerando que, em relação ao período de janeiro a outubro de 2013, a Impugnante traz aos autos as declarações retificadoras, que foram transmitidas pela Autuada em data anterior às declarações utilizadas pelo Fisco no presente trabalho, alegando que elas deveriam ser consideradas pelo Fisco para a apuração do imposto devido, contudo, tais declarações se encontram desacompanhadas de qualquer documento que pudesse comprovar o alegado.

Para dirimir quaisquer dúvidas, a Assessoria do CC/MG exarou Despacho Interlocutório de fls. 116/117, com o seguinte teor, dando nova oportunidade para a Defesa trazer aos autos comprovações de suas alegações:

No exercício da competência estatuída nos arts. 146 e 147, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, decide esta Assessoria do CC/MG exarar Despacho Interlocutório para que o Sujeito Passivo cumpra o abaixo solicitado no prazo de 30 (trinta) dias, consoante o que estabelece a Deliberação nº 04/08 do Conselho Pleno do CC/MG, em face da complexidade das informações solicitadas:

1) Trazer aos autos as notas fiscais de saída que comprovam o faturamento informado nas DASN apensadas pela Impugnante às fls. 62/91. Se tais

documentos representarem volume expressivo para serem anexados aos autos, eles poderão ser apresentados em mídia eletrônica, mediante cópias digitalizadas;

2) Elaborar planilha, em formato excel, vinculando, mês a mês, as notas fiscais de saída mencionadas no item anterior, e seus respectivos valores, ao faturamento constante das DASN pensadas pela Impugnante às fls. 62/91.

Todavia, a Impugnante nem se manifestou, não acostando aos autos qualquer comprovação do faturamento defendido por ela, em sua impugnação.

Portanto, conforme já externado pelo Fisco, depreende-se dos fatos que a Autuada, inicialmente, retificou as PGDAS-D relativas ao período de janeiro a outubro de 2013, conforme documentos de fls. 62/91, para adequar às informações declaradas por ela em resposta à intimação fiscal (planilhas de fls. 03/05).

Posteriormente, a Contribuinte retificou, novamente, as informações constantes em PGDAS-D, relativas ao mesmo período citado, apresentando, agora, os faturamentos zerados.

Considerando que essas são as últimas informações declaradas pela empresa, cujo faturamento se encontra zerado; considerando que as informações prestadas em PGDAS-D têm caráter declaratório e considerando que não há qualquer comprovação do faturamento alegado pela Impugnante, constante das PGDAS-D retificadas anteriormente, entende-se correto o procedimento fiscal de se utilizar da última declaração transmitida pela Autuada à Receita Federal (PGDAS-D) para apuração do imposto devido.

Salienta-se que a Impugnante reconheceu as diferenças apuradas no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme planilhas por ela elaboradas, constantes às fls. 59/60.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, estando, por conseguinte, corretas as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

No que tange à Multa Isolada aplicada, registra-se que ela tem por fato gerador, o descumprimento de obrigação acessória e foi exigida nos termos da legislação, no percentual de 40% (quarenta por cento) do valor das saídas desacobertas, com fulcro no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

Registra-se, contudo, que o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 traz limitações a multas previstas no mesmo artigo, sendo que sua redação foi alterada por meio da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/2017), e, mais recentemente, pela Lei nº 22.796, de 28 dezembro de 2017, nos seguintes termos:

Lei nº 6.763/75

Art. 55. (...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

Efeitos de 1º/07/2017 a 28/12/2017 - Acrescido pelo art. 56 e vigência estabelecida pelo art. 80, ambos da Lei nº 22.549, de 30/06/2017:

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

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. "

Nota-se que a redação vigente desse dispositivo, efetivada pela Lei nº 22.796, determina a limitação das multas previstas no art. 55, a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, sem qualquer ressalva.

Da análise do Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 13/18), observa-se que a alíquota adotada foi a de 18% (dezoito por cento) e, considerando que a penalidade isolada é de 40% (quarenta por cento) do valor da operação (inciso II do art. 55), verifica-se que a última alteração legislativa do referido § 2º resulta mais favorável à Autuada. Dessa forma, necessária se torna a aplicação do art. 106 do CTN, o qual assim dispõe:

CTN

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, com respaldo no art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN.

No tocante à inclusão de André de Souza Lessa no polo passivo da obrigação tributária, cumpre destacar que, no caso dos autos, o que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao referido Coobrigado, foi a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando cometeu as irregularidades de dar saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Induidoso, portanto, que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos, caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta do Coobrigado com intuito de lesar o Erário Estadual.

Registra-se que consta do contrato social da Autuada (fls. 41/53), a condição de único sócio (Empresário) durante todo o período autuado. Essa situação não foi questionada pela Impugnante.

Dessa forma, correta a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, do titular da empresa autuada, à época dos fatos geradores, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O Fisco 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”, nos termos do 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, dando ciência à Autuada do início do processo de exclusão de ofício, conforme fls. 54.

De acordo com a legislação pertinente, a prática reiterada é caracterizada quando ocorrida em dois ou mais períodos de apuração (consecutivos ou não) de idênticas infrações, nos últimos cinco anos-calendários. Veja-se:

Lei Complementar nº 123/06

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 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

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

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 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

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;

(...)

§ 6º. Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em 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;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (grifou-se)

Assim, no presente caso, configurou-se a prática reiterada, sendo, portanto, correta a exclusão, de ofício, da Autuada, do Regime do Simples Nacional.

Destaca-se, por oportuno, que a exclusão empreendida concedeu regularmente o direito ao contraditório e à ampla defesa no prazo legal de 30 (trinta) dias.

A Autuada foi excluída do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06.

Tendo sido regularmente intimada do Termo de Exclusão, a Autuada não o impugnou, hipótese em que este se torna efetivo, conforme estabelece o § 4º do art. 75 da Resolução CGSN nº 94/11.

Art. 75 (...)

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

Portanto, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais e, conseqüentemente, a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa Isolada ao previsto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que ainda aplicava a redução da Multa Isolada prevista na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Geraldo Júnio de Sá Ferreira. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2018.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Cindy Andrade Moraes
Relatora

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	21.800/18/2 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000427585-46	
Impugnação:	40.010140819-54	
Impugnante:	Impacto Comércio de Aparelhos Eletrônicos Eireli	
	IE: 001402453.00-46	
Coobrigado:	André de Souza Lessa	
	CPF: 093.659.036-02	
Origem:	DFT/Manhuaçu	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, 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.

A autuação fiscal se refere a saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, tendo em vista a constatação, por meio de Conclusão Fiscal, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2013, de omissão de receita de vendas.

Tal irregularidade foi apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco (valores lançados nos últimos PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório, transmitidos à Receita Federal) e os valores reais, constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, somados aos valores declarados pela empresa como vendas em dinheiro, acarretando recolhimento a menor de ICMS.

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

O titular da empresa individual à época dos fatos geradores, André de Souza Lessa, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, por concorrer ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

A infração foi constatada pela Fiscalização pelo confronto realizado entre as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pelas administradoras dos cartões) com as saídas declaradas pela própria Impugnante, ao Fisco no período autuado.

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 por ela mesma entregue e aquelas retiradas de documentos fiscais enviados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito, mas que a ela se referiam.

Em relação ao imposto exigido bem como a multa de revalidação a ele intrinsecamente ligada, não restou comprovada nos autos a inoportunidade 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 mesma 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 desacompanhada 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

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 22.538/17/3ª 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 PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELA FISCALIZAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A", AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL DE FORMA REITERADA, SENDO 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 DISPOSTO NO ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS “D” E “J”, § 3º E 6º, INCISO I, 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.

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)

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa Isolada ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2018.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro