

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

| | | |
|-------------------|---------------------------------------|---------------|
| Acórdão: | 23.227/19/1ª | Rito: Sumário |
| PTA/AI: | 01.000825175-23 | |
| Impugnação: | 40.010144600-50 | |
| Impugnante: | Gina & Clara Comércio de Roupas Ltda. | |
| | IE: 001035830.00-88 | |
| Coobrigado: | Gina Karla de Souza | |
| | CPF: 040.540.686-00 | |
| Proc. S. Passivo: | Francisco Henrique Carneiro Meireles | |
| Origem: | DFT/Juiz de Fora | |

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. A sócia-administradora responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, 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 operações registradas nas notas fiscais de venda a consumidor emitidas pela Autuada 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. Crédito reformulado pelo Fisco.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j", da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de venda de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as notas fiscais de venda a consumidor emitidas pela Autuada, no período de janeiro de 2012 a março de 2017.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se, no caso, o ICMS, a correspondente multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Segundo esclarece a Fiscalização no Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração, em 16/02/17 o Contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos acerca das divergências no referido cruzamento de dados.

Após o recebimento de tal intimação, foram retransmitidos os “Documentos de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório” (DASN-D) referentes a determinados meses do período fiscalizado.

Isto posto, ante a retransmissão efetuada, a Fiscalização solicitou a apresentação das respectivas notas fiscais de saída, após o que seguiu-se a apresentação de denúncia espontânea por parte da empresa, cuja cópia foi juntada aos autos (fl. 17).

Nesta perspectiva, ainda segundo esclarecimentos apostos no Relatório Fiscal, a presente autuação versa sobre as diferenças remanescentes, bem assim sobre as operações desacobertas não incluídas na referida denúncia espontânea.

Registre-se ainda que a sócia administradora da empresa foi incluída como Coobrigada, sendo também lavrado, como decorrência da acusação fiscal, o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Instruem o presente Auto de Infração, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 02);
- Relatório Fiscal (fls. 09/12);
- Anexo 1: Termo de Intimação, Termo de Autodenúncia nº 05.000275411.27 e correspondentes telas do Sistema SICAF (fls. 13/19);
- mídia eletrônica (DVD) contendo o “Relatório Detalhamento por Operação”, com dados remetidos pelas Administradoras de cartões de crédito/débito (Anexo 2), Documentos de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório” (DASN-D) e DAPI modelo 1, referentes ao período autuado (Anexo 3) e planilha intitulada “Comparativo Cartão x Documentos Fiscais Emitidos” (Anexo 6) – (fl. 20);
- Anexo 4: relatório “Consolidação por Administradora – totais Registro 66” (fls. 21/26);
- Anexo 5: cópia reprográfica da nota fiscal de venda a consumidor nº000310, de 06/07/12 (fls. 27/28);
- Anexo 7: relatórios “Conclusão Fiscal” (fls. 29/35);
- Anexo 8: Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 36/38);
- Anexo 9: tela de consulta aos optantes do Simples Nacional (fls. 39/40);
- Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 08516657/05367210/210817 (fl. 41).

Da Impugnação

A Autuada comparece tempestivamente aos autos e, por procurador regularmente constituído, apresenta sua Impugnação às fls. 48/84, no âmbito da qual argumenta, em síntese, o que se segue.

De início, pugna pela nulidade do feito fiscal ao argumento de que teria havido prejuízo ao exercício do seu direito à ampla defesa na medida em que a Fiscalização não teria considerado no lançamento as notas fiscais apresentadas pela Impugnante, sendo que, a despeito de estarem em sua posse, sequer as relacionou no Auto de Infração.

Demais disso, entende a Impugnante que a vulneração do seu direito à ampla defesa e ao contraditório restaria caracterizada também na medida em que a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração sem levar em conta a retificação e retransmissão da DASN-D e das DAPIs, bem como a denúncia espontânea realizada, além de haver estendido o período fiscalizado até o mês de março de 2017, ao passo que a intimação que lhe fora apresentada originalmente pela Autoridade fiscal teria como termo final o mês de novembro de 2015.

Na sequência, a Impugnante aduz que a Fiscalização teria afrontado também o princípio da moralidade administrativa, na medida em que validou a denúncia espontânea apresentada e, ainda assim, lavrou o presente Auto de Infração.

Isto posto, conclui as considerações prefaciais argumentando que a repartição fiscal autuante não dispõe de competência para tanto, eis que a empresa se encontra situada em Belo Horizonte, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado pela delegacia fiscal de Juiz de Fora.

No tocante ao mérito do lançamento, a Impugnante discorre inicialmente acerca do histórico da empresa e da sua situação econômica para, em seguida, asseverar que *“apesar de não ter emitido uma nota fiscal para cada transação comercial efetuada ao longo do dia na máquina de cartões, lançou devidamente a venda total realizada em tais equipamentos, através de uma única nota fiscal, feita ao fim do dia com a soma total das vendas através de tal equipamento”* (fl. 59 dos autos).

Quanto à conduta adotada, afirma tratar-se de prática *“corriqueira e amplamente difundida na capital mineira, inclusive orientada por fiscais do Estado”*, razão pela qual, no seu entender, a Fiscalização deveria ter considerado tais documentos fiscais no levantamento realizado.

Em seguida, reitera sua argumentação acerca da *“indevida ampliação do período fiscalizado”*, bem como da ofensa que entende haver quanto ao princípio da moralidade administrativa em face da alegada descon sideração, por parte da Fiscalização, quanto à denúncia espontânea apresentada, a qual reputa plenamente válida à luz da legislação de regência da matéria, daí decorrendo, a seu ver, a inaplicabilidade da multa moratória cominada. A propósito deste aspecto, cita doutrina e jurisprudência que entende assentes com o seu posicionamento.

Dito isto, a Impugnante manifesta-se também contrariamente à apuração das exigências fiscais à margem da sistemática aplicável aos optantes pelo regime do simples nacional, uma vez que, segundo entende, a legislação determina que tal se dê de acordo com as regras do referido regime e nos limites estabelecidos na Lei Complementar nº 123/06.

Por fim, insurge-se ainda contra as penalidades aplicadas e aos juros exigidos, pugnando pelo cancelamento do feito fiscal.

Registre-se, ademais, que a Impugnante apresenta também, às fls. 95/107 dos autos, Impugnação específica relativa à sua exclusão do regime do Simples Nacional, medida esta que entende incabível.

Da Instrução Processual

Conforme documentos de fls. 167/169 dos autos, a Fiscalização procedeu à devolução à Autuada das notas fiscais série “D” de nºs 000251 a 000542, que se encontravam em sua posse.

Na sequência, em face da documentação que fora devolvida ao Sujeito Passivo, foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para reapresentação da impugnação, sendo devidamente intimadas tanto a Autuada quanto a Coobrigada, conforme documentos juntados às fls. 171/176 dos autos.

Não obstante o fato de a Impugnante quedar-se inerte, a Fiscalização houve por bem encaminhar-lhe planilha contendo a relação das notas fiscais de saída que foram anteriormente apresentadas pela Impugnante, com discriminação de data, número e valor, documentação essa que serviu de subsídio para elaboração do Anexo 6 do Auto de Infração (planilha intitulada “Comparativo Cartão x Documentos Fiscais Emitidos”).

Na oportunidade, foi reaberto o prazo de 10 (dez) dias, conforme dispõe o art. 120, § 2º do RPTA, para manifestação da Autuada (fls. 179 a 189), sem que, no entanto, tenha vindo aos autos qualquer pronunciamento da Impugnante.

Isto posto, tendo em vista a limitação da multa isolada estabelecida no âmbito da Lei nº 22.796/17, o crédito tributário foi reformulado para limitar a referida penalidade a duas vezes o valor do imposto incidente nas respectivas operações (fls. 194/196).

Novamente foi aberto um prazo de 30 (trinta) dias (fls. 198/199), para manifestação da Impugnante, a qual, todavia, não sobreveio ao processo.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização comparece aos autos e, em bem fundamentada Manifestação de fls. 204/232, contrapõe-se às alegações da Defendente.

Inicialmente, refuta as preliminares arguidas, opondo-se à pretensão de nulidade do lançamento.

Com relação à alegação de que as notas fiscais entregues pela Impugnante não foram discriminadas no Auto de Infração, destaca que *“promoveu a devolução dos documentos fiscais ao contribuinte, conforme fls. 173 e 174 e lhe apresentou uma planilha digitada contendo notas fiscais de saída, conforme fls. 180 a 186 e 188 a 189. Em ambos os casos, foi aberto prazo para o contribuinte aditar sua defesa, entretanto não se manifestou.”*

Além disso, aduz que o Auto de Infração contém todos os requisitos exigidos pela legislação, notadamente pelo art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Quanto ao argumento de que teriam sido desconsideradas as retificações das DASN-D e DAPI(s), pondera que o cotejo das informações das Administradoras com a documentação fiscal emitida há de ser feito “nota a nota”, independentemente do que fora consignado nas declarações retificadas.

Neste sentido, ressalta que a *“única nota fiscal que possui correspondência entre data e valor com os constantes do Registro 65, arquivo eletrônico transmitido pela operadora de cartões, foi a de número 310 (fls. 28). Observa-se no dia 06/07/12 que o valor da operação do “NROCOMP” 13, Registro 65 (fls. 20 - Anexo 6) é o mesmo da nota fiscal 310, não sendo essa operação obviamente considerada como saída desacobertada. Por conseguinte, as demais operações compuseram o demonstrativo do crédito tributário”*.

A propósito deste aspecto, cita decisões deste E. Conselho de Contribuintes que confirmariam seu entendimento.

No que pertine à denúncia espontânea apresentada pela Impugnante, enfatiza que somente alguns meses do período autuado foram objeto da referida denúncia, a qual, reitera, foi efetivamente considerada (descontada) na apuração do crédito tributário que remanesceu devido.

Com relação ao argumento da suposta incompetência da repartição fiscal autuante, menciona as disposições contidas no art. 41 do Decreto nº 45.781/11 c/c a Portaria SRE nº 116/12, que embasariam o procedimento adotado, eis que a circunscrição da Autuada foi regularmente alterada no período de 13/02/2017 a 23/10/2017, consoante informações disponíveis no sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) na internet (www.fazenda.mg.gov.br/empresas/cadastro/unidadesresponsaveis).

No que tange ao mérito do lançamento, a Fiscalização discorre pormenorizadamente acerca tanto do procedimento fiscal adotado, quanto da legislação aplicável ao caso, a qual transcreve integralmente em sua manifestação.

Nesta perspectiva, destaca que a legislação não ampara o procedimento adotado pela Impugnante, relativamente à emissão de uma única nota fiscal global ao final do dia, lembrando que o art. 96, inciso X, do Regulamento do ICMS contém norma que determina a emissão do documento fiscal a cada operação ou prestação realizada.

A respeito da denúncia espontânea apresentada, lembra que *“confrontando-se os valores constantes da intimação (fls 14) com o denunciado (fls 17), observa-se que do total de meses em que há diferença entre faturamento e cartão débito/crédito, somente o período de janeiro a maio de 2014 foi integralmente quitado na denúncia”*.

Na sequência, justifica a metodologia de apuração do crédito tributário adotada no presente lançamento, (valendo-se, para tanto, do disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 123/06), refuta as alegações pertinentes aos juros moratórios cobrados (citando, *in casu*, a Resolução nº 2.880/97) e fundamenta a inclusão da sócia administradora no polo passivo da relação obrigacional tributária (art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75).

Por fim, após arrolar os fundamentos jurídicos que embasam a exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional, pede a manutenção do feito fiscal.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão da existência de supostos vícios no lançamento.

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), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

No tocante ao argumento da Impugnante de que teria havido prejuízo ao exercício do seu direito à ampla defesa na medida em que a Fiscalização não teria considerado no lançamento as notas fiscais apresentadas pela Impugnante, é de se ressaltar, tal como efetuado pela Fiscalização, que, dentre os documentos fiscais apresentados, apenas um deles (Nota Fiscal nº 000310, de 06/07/12 – fl. 28), corresponde às informações prestadas pelas Administradoras de cartões.

Não obstante tal fato, conforme relatado, a Fiscalização promoveu a devolução de todos os documentos fiscais à Impugnante, tendo inclusive reaberto o prazo integral de 30 (trinta) dias para aditamento à impugnação.

Além disso, ainda no intuito de expurgar qualquer dúvida que eventualmente permanecesse, a Autoridade lançadora ainda cuidou de encaminhar-lhe planilha contendo a relação completa das referidas notas fiscais de saída, contendo os dados a elas relativos (data, número e valor), de sorte a explicitar a metodologia empregada para elaboração do Anexo 6 do Auto de Infração (planilha intitulada “Comparativo Cartão x Documentos Fiscais Emitidos”).

Mais uma vez, foi reaberto prazo para manifestação da Impugnante (fls. 179 a 189), sem que, no entanto, tenha vindo aos autos qualquer pronunciamento complementar.

De igual modo, falece razão à Autuada quando afirma que restou vulnerado seu direito à ampla defesa e ao contraditório em decorrência da alegada desconsideração da retificação e retransmissão da DASN-D e das DAPIs, bem como da denúncia espontânea apresentada.

Quanto ao primeiro ponto, cumpre salientar que a acusação fiscal de realização de saída de mercadorias desacobertas somente pode ser contraposta mediante a apresentação dos documentos fiscais em questão, apresentação esta que **não** é suprida tão somente pela retificação e retransmissão das DASN-D e das DAPIs.

Quanto à denúncia espontânea apresentada pela Impugnante, resulta comprovado nos autos que a Fiscalização considerou todos os recolhimentos efetuados, consoante se pode constatar pela análise das planilhas de fls. 30/35, tendo sido incluídas no Auto de Infração tão somente as operações não abarcadas pela referida denúncia.

No mesmo sentido, tendo sido adotados, por parte da Fiscalização, os procedimentos e as cautelas no tocante à constituição original do lançamento, bem assim quanto à sua instrução processual, consoante relatado anteriormente, não há que se falar em violação ao princípio da moralidade administrativa e tampouco em qualquer mácula decorrente da “extensão do período fiscalizado”.

Quanto a este último aspecto, inexistente norma legal ou regulamentar que restrinja a ação fiscal apenas ao período considerado na intimação inicial (fls. 14/15), eis que tal intimação foi lavrada antes mesmo de formalizado o início da referida ação fiscal e destinava-se tão somente a oportunizar ao Sujeito Passivo a prestação de esclarecimentos acerca das infringências apuradas.

Por fim, encerrando suas colocações prefaciais, a Impugnante questiona, também, o fato de que a repartição fiscal autuante difere daquela à qual estaria circunscrito o estabelecimento autuado (Belo Horizonte), concluindo, daí, que faleceria competência à Delegacia Fiscal de Trânsito de Juiz de Fora para a lavratura do presente Auto de Infração.

Todavia, razão não lhe assiste.

Nos termos do art. 41 do Decreto n.º 45.780/11, as Delegacias Fiscais têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal, conforme as orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e as diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas.

Contudo, conforme previsto no inciso III c/c o parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto n.º 44.747/08, o sujeito passivo pode estar sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária, a critério da Subsecretaria da Receita Estadual - SRE, *in verbis*:

Art. 22. Para fins deste Decreto:

.....
III - a circunscrição da repartição fazendária é a definida pelo Decreto n.º 45.781, de 24 de novembro de 2011.

Parágrafo único. A Subsecretaria da Receita Estadual, mediante portaria, sem prejuízo da circunscrição de que trata o inciso III, poderá estabelecer que o sujeito passivo fique, também,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária.

Por sua vez, o Decreto n.º 45.781/11, que dispõe sobre a localização das Superintendências Regionais da Fazenda e a localização, a abrangência, a subordinação e a classificação das unidades integrantes da sua estrutura orgânica complementar, estabelece:

Art. 5º As atividades das Delegacias Fiscais e das Delegacias Fiscais de Trânsito, previstas no Anexo II, serão definidas de acordo com o planejamento fiscal da Subsecretaria da Receita Estadual.

Parágrafo único. O planejamento fiscal a que se refere o caput poderá determinar que as atividades sejam distribuídas, entre as Delegacias Fiscais e as Delegacias Fiscais de Trânsito, sem a necessária observância das respectivas áreas de abrangência, obedecendo a critérios tais como agrupamento de contribuintes em função de sua atividade econômica no Estado, segmento de atuação no mercado ou volume de faturamento, dentre outros, sem prejuízo da classificação vigente dos Auditores Fiscais da Receita Estadual.

(grifos não constam no original)

Nesse sentido, o art. 5º-A do Decreto n.º 45.781/11, c/c o disposto no parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, mediante Portaria, autorizou a alteração de circunscrição do estabelecimento autuado, dentre outros:

Art. 5º-A A Subsecretaria da Receita Estadual, em seu planejamento fiscal, poderá distribuir as atividades entre as Delegacias Fiscais, as Delegacias Fiscais de Trânsito e as Administrações Fazendárias sem a observância das respectivas áreas de abrangência, respeitadas as competências das unidades.

Por sua vez, mediante a edição da Portaria n.º 116/12, a Subsecretaria da Receita Estadual indica o endereço eletrônico em que consta a relação de contribuintes alcançados pela alteração da circunscrição, de que tratam os dispositivos acima enumerados:

PORTARIA SRE n.º 116, de 21 de dezembro de 2012
(MG de 22/12/2012)

Indica endereço eletrônico em que consta relação de contribuintes alcançados pela alteração da circunscrição de que tratam o art. 5º-A do Decreto n.º 45.781, de 24 de novembro de 2011, e o parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008.

O SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto no art. 5º-A do Decreto nº 45.781, de 24 de novembro de 2011 e no parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, RESOLVE:

Art. 1º A relação dos contribuintes alcançados pela alteração da circunscrição de que tratam o art. 5º-A do Decreto nº 45.781, de 24 de novembro de 2011, e o parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, estará disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais na internet - <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/cadastro/unidadesresponsaveis>.

Em consulta ao endereço eletrônico indicado no instrumento, constata-se que a Impugnante/Autuada está relacionada junto àqueles que tiveram a circunscrição alterada, para fins de acompanhamento fiscal, no período de 13/02/17 a 23/10/17, figurando desde então sob a responsabilidade da DFT/Juiz de Fora (MG).

Nesse sentido, o ato administrativo encontra respaldo legal na legislação supra, que teve a devida publicidade anteriormente a qualquer procedimento de fiscalização.

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

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de venda de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as notas fiscais de venda a consumidor emitidas pela Autuada, no período de janeiro de 2012 a março de 2017.

Exige-se, no caso, o ICMS, a correspondente multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que as informações prestadas 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.

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 vendas informadas pela Contribuinte por meio das notas fiscais por ele emitidas, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 30/38.

Não socorre à Impugnante o argumento de que realizou a emissão de nota fiscal global ao final do dia, haja vista que tal procedimento não encontra amparo na legislação.

Como bem destacado pela Fiscalização, assim dispõe o art. 96, inciso X, do Regulamento do ICMS, *in verbis*:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Com referência à metodologia de apuração do crédito tributário, cumpre salientar que o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação, por si só, não lhe ampara em sua pretensão, haja vista o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Des^a. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, como alegado pela Impugnante, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, 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.

Confira-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;

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

§ 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.

Neste sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e corretamente emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

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

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

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido.

Correta, também, a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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:

(...)

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.

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, verifica-se que o art. 127 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 prevê tal imposição, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Lei nº 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento que negou provimento ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (Ag Int no AREsp nº 908.237/SP - 2016/0105143-6), publicado em 24/10/16, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

EMENTA TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. RECURSO REPETITIVO. MULTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, EX VI DO DISPOSTO NO ARTIGO 13 DA LEI 9.065/95" (RESP 1.073.846/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/12/2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73).

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (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;

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª 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. 194/196. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Mariel Orsi Gameiro (Revisora), Marco Túlio da Silva e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 07 de março de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator

D