

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.147/19/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000967669-20
Impugnação: 40.010145757-28
Impugnante: Deep Roots Indústria e Comércio de Roupas e Estilo Ltda
IE: 001266824.00-18
Coobrigados: Elen Silva Diniz Ferreira
CPF: 084.264.426-17
Filipe Alves de Lima Ferreira
CPF: 064.035.436-01
Proc. S. Passivo: Aghatta Giovanna Guimarães Amaral/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem 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 no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) 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, adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

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 art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Entretanto deverão ser considerados os efeitos do Termo de Exclusão a partir de outubro de 2015, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito/débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/09/15 a 30/06/17.

Constam do polo passivo do lançamento os sócios-administradores da Autuada.

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, inciso I do citado artigo.

Em razão do regime tributário da empresa, o Fisco lavrou também o Termo de Exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/09/15, constante de fls. 97 dos autos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 109/130, com juntada de documentos de fls. 131/230.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 235/246, pedindo a procedência do lançamento.

Em sessão do dia 03/10/18, a 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 258.

A Fiscalização, às fls. 269/270, mencionando o fato de que não houve a apresentação dos documentos solicitados pelo despacho interlocutório, reitera seu pedido de procedência do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, conforme fls. 274, defere o requerimento de juntada de documentos pela Contribuinte, consubstanciado em petição e parecer técnico, autuados às fls. 275/438. Também, exara diligência para manifestação do Fisco.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 440/450, mantendo suas conclusões anteriores.

Em sessão realizada em 05/06/19, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 12/06/19, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e André Barros de Moura (Revisor) que, quanto às preliminares, rejeitavam as prefaciais arguidas e indeferiam o pedido de perícia e, em relação ao mérito, julgavam procedente o lançamento e parcialmente procedente a exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos a partir de outubro de 2015.

DECISÃO

Da Preliminares

A Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que não foram observados requisitos essenciais de validade do ato administrativo previstos no art. 89, incisos IV, V e VI do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44747/08. Nesse sentido, aduz que o Fisco deixou de demonstrar os fatos, de forma clara e precisa, os dispositivos legais infringidos e respectivas penalidade e o valor total devido do lançamento.

Preceitua o dispositivo:

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

(...)

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

(...).

Inicialmente, destaca-se que o Auto de Início de Ação Fiscal, fl. 02 dos autos, traz, no campo reservado ao objeto da auditoria fiscal, o seguinte: ***VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL ATRAVÉS DA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES DAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO COM AS DECLARAÇÕES DO CONTRIBUINTE A TÍTULO DE FATURAMENTO***”.

Verifica-se, pois, que desde o momento da emissão do AIAF, trata-se a fiscalização do cruzamento das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito com as informações do estabelecimento a título de faturamento (item 03 do AIAF – fls. 02).

No texto do relatório fiscal (fls. 04/05) do Auto de Infração foi exposto o motivo do lançamento, repetido no relatório fiscal detalhado (fls. 08/11), nos seguintes termos:

Em trabalho de auditoria junto ao sujeito passivo, tendo sido lavrado o competente Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000024824-33, em 06/02/2018, foram coletadas junto ao sistema do Simples Nacional, informações prestadas pelo contribuinte, a título de RECEITA POR PERÍODO DE APURAÇÃO, para os meses de setembro/2015 a junho/2017. Os referidos valores foram confrontados com as declarações

prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, sendo constatado que não foram emitidas notas fiscais para a integralidade das vendas informadas pelas administradoras para o período em questão. Para o total de receitas informadas, mês a mês, pelas administradoras, subtraiu-se o valor das vendas efetuadas com emissão dos documentos fiscais (declarações de faturamento), gerando diferenças mensais a tributar.

Por sua vez, os dispositivos legais, além de estarem no corpo principal do Auto de Infração (fls. 05/06), estão também demonstrados no relatório fiscal detalhado.

O valor total devido está demonstrado no Anexo 1 (fls.12/14), no qual estão demonstrados os percentuais apontados pelas administradoras e aqueles declarados pela Contribuinte. Consta também, nos relatórios do AI, resumido e detalhado, bem como no Anexo 1, cada parcela que compõe o montante devido. Parte é ICMS, outra, multa de revalidação e outra, multa isolada. Ao mesmo tempo, os valores estão demonstrados por períodos mensais e por ano.

A respeito dos dispositivos constantes do AI, a Autuada alega cerceamento de defesa por existir mais de sessenta e três dispositivos legais genéricos e nenhum específico, o que, segundo seu entendimento, alija o Contribuinte dos seus direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Acrescenta que a falta de indicação do termo inicial dos juros e da correção monetária da mesma forma a prejudica, pois é imprescindível para que se analise se o valor cobrado está em consonância com o que determina a legislação.

Verifica-se que os dispositivos legais referem-se às obrigações do Contribuinte, à responsabilidade solidária, à base de cálculo, à alíquota, à perda da condição de pertencer ao Simples Nacional, dentre outros e coduna-se exatamente com a motivação do lançamento, detalhada em vários momentos, desde o AIAF.

Outrossim, no demonstrativo do crédito tributário (fls. 06/07) há referência ao mês e ano, data do vencimento, valor principal e juros. O termo inicial dos juros, são, com certeza, a partir do vencimento de cada parcela. Menciona-se no corpo do AI que “(...) os juros de mora serão recalculados até o efetivo pagamento ou parcelamento, nos termos da Resolução nº 2.880/97”.

Há de se concluir, portanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, necessários para a atividade do lançamento e previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, além de estar devidamente instruído.

Induvidoso que a Autuada compreendeu a acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação.

Desse modo, não se justifica a alegada nulidade do Auto de Infração, nem mesmo se vislumbra, no caso, cerceamento de defesa.

Rejeitam-se, assim, as preliminares arguidas.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo, formulando para isso os quesitos de fls. 128.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização 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 01/09/15 a 30/06/17

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, inciso I do citado artigo.

Cumpra-se destacar que a Fiscalização emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000024824.33, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/09/15 a 30/06/17.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito/débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte a título de “Receita por Período de Autuação”, a Fiscalização constatou vendas desacobertas de documentos fiscais no período autuado.

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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*:

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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."

(...)

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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."

Efeitos de 18/08/2009 a 30/09/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.152, de 17/08/2009:

"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."

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a 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;

(...)

A Impugnante, em momento algum, questionou ou apresentou elementos que contrariassem a base de cálculo apresentada no Auto de Infração; como também não contra argumentou a alíquota aplicada, ou mesmo os valores apresentados pelas administradoras e os seus, declarados em DASN.

Em sua peça impugnatória, a Defesa informa que, por desconhecimento da legislação e falta de orientação de sua contabilidade, foi utilizada, nas suas filiais no estado de São Paulo, a máquina de cartão que pertence ao seu estabelecimento matriz, sediado neste estado.

Nesse sentido, alega que nunca deixou de efetuar a correta emissão das notas fiscais, nem de recolher o tributo para o estado de São Paulo.

Acrescenta seu entendimento de que, uma vez que o seu faturamento total supera o valor informado pelas administradoras, está comprovada sua assertiva.

Rechaçando os argumentos da Defesa, a Fiscalização salienta que as vendas foram efetuadas pelo estabelecimento matriz, em Belo Horizonte, e este fato foi atestado no lançamento, mediante juntada dos documentos de fls. 67/70 (relatório das administradoras de cartão de crédito/débito). Esse relatório refere-se ao CNPJ 01.027.058/0001-91, o mesmo da Autuada, ou seja, o estabelecimento de Belo Horizonte. Como tal, é documento fiscal desta.

Acrescenta que, por mais que a Impugnante apresente detalhes das vendas e da forma como se realizaram, não lhe assiste razão. Não existe autorização legal que respalde o *modus operandi* anunciado. Como dito, as vendas foram realizadas pela matriz em Belo Horizonte e, por essa, deveriam ser emitidas as notas fiscais de venda.

Nota-se que a defesa do Fisco se dá no sentido de que a legislação tributária determina, de acordo com a “autonomia dos estabelecimentos”, que a apuração do imposto deve ser executada necessariamente por cada estabelecimento, cada um sujeitando-se às normas tributárias que lhe são pertinentes.

É certo que o ICMS rege-se pelo princípio da autonomia dos estabelecimentos, o que significa dizer que os estabelecimentos de um mesmo contribuinte são autônomos, no tocante ao cumprimento das obrigações principal e acessória do imposto, a teor da regra posta no art. 24 da Lei nº 6.763/75, bem como no art. 59, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 24. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte.

§ 1º Equipara-se ainda, a estabelecimento autônomo:

(...)

d) cada um dos estabelecimentos do mesmo titular.

RICMS/02:

Art. 59 - Considera-se autônomo:

I - cada estabelecimento do mesmo titular situado em área diversa;

(...)

Não obstante, considerando que a imputação fiscal consiste em dar saída a mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, e considerando também o princípio da verdade material aplicável ao processo administrativo, a Câmara de Julgamento possibilitou à Contribuinte fazer comprovação de sua tese, conforme decisão de fls. 258, em especial no seu item 3. Confira-se:

ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade dos presentes, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação: 1. informe a identificação de todas as máquinas de cartões de crédito/débito (POS) existentes no estabelecimento matriz da Impugnante, anexando os respectivos contratos assinados junto às administradoras de cartões de crédito/débito; 2. explicita detalhadamente o “modus operandi” da empresa, indicando quais máquinas P.O.S foram utilizadas no período autuado e em quais estabelecimentos elas foram utilizadas; 3. a partir do anexo 3 do Auto de Infração (fls. 67/70 - relatório consolidado), apresente o detalhamento de vendas, analítica e detalhadamente, de forma a demonstrar, inequivocamente, que as diferenças apuradas pela Fiscalização referem-se a notas fiscais emitidas em sua filiais e o vínculo dessas com as respectivas máquinas de cartões da matriz. O prazo estabelecido (...) (grifou-se)

Por sua vez, em novo momento de julgamento, a Câmara de Julgamento acatou a juntada de documentos da empresa, discriminada como “laudo técnico” e determinou que a Fiscalização emitisse parecer sobre esses documentos.

Verifica-se, portanto, que foi propiciado à Impugnante comprovar inequivocamente que houve efetivamente a emissão de notas fiscais, embora por estabelecimento incorreto, para as operações informadas pelas administradoras.

Entretanto, os elementos dos autos não permitem tal conclusão.

Primeiro, destaca-se que a Impugnante não fez a identificação de todas as máquinas de POS que estariam em nome do estabelecimento matriz e, ainda, não apresentou os contratos assinados junto às administradoras de cartão. Tal fato, segundo o Fisco resulta do fato de que a apresentação facilitasse ser demonstrado que as vendas em SP se dão com outros POS.

Na segunda parte de sua solicitação, a Câmara de Julgamento pede que a Autuada apresente o *modus operandi*, com indicação das máquinas POS utilizadas e em quais estabelecimentos. Entretanto, nenhum dos documentos apresentados traz essa informação.

Por último, o despacho interlocutório, como descrito, determinou que partir do Anexo 3 do Auto de Infração, o Contribuinte apresentasse o detalhamento de vendas, analítica e detalhadamente, de forma a demonstrar, inequivocamente, que as diferenças apuradas pela Fiscalização referem-se a notas fiscais emitidas em sua filial e o vínculo dessas com as respectivas máquinas de cartões da matriz.

Para atendimento a esse tópico, a Impugnante apresenta um relatório de sua produção, chamado Anexo 1 (fls. 293/372), intitulado “*Relatório de notas fiscais emitidas no período (...)*”.

Trata-se de documentos produzidos pelo Sujeito Passivo nos quais relaciona o nº da nota fiscal, a respectiva data de emissão, a identificação de quem emitiu, a chave de acesso, o CFOP da operação, o valor e a forma de pagamento.

Sob esse aspecto, bem salienta a Fiscalização quando aduz “*Há que frisar que estes relatórios não permitem ao fisco fazer outros comentários tendo em vista que não se trata de um documento oficial, ou seja fiscal*”.

Também, veja-se que tais relatórios não atendem à determinação da Câmara de Julgamento, na medida em que objetivava-se apreciar a identificação das máquinas POS em nome do estabelecimento matriz e isso não é possível.

Outra questão que merece destaque é o fato de que, nos relatórios apresentados, no campo “tipo de pagamento”, o Contribuinte apresenta a forma de pagamento, sendo que em algumas situações há confusão na forma de pagamento englobando mais de um tipo de pagamento.

Para venda de mercadorias por meio de cartão de crédito/débito, a legislação tributária de Minas Gerais define algumas regras. Dentre elas, o disposto no art. 12, § 2º do Anexo V do RICMS/02, que assim expõe:

Art. 12. A nota fiscal será emitida:
I - antes de iniciada a saída da mercadoria;
(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

Consultando as chaves das notas fiscais que foram apresentadas junto com a segunda impugnação, não se vê, em nenhuma delas as indicações do nome da administradora e do comprovante de venda respectivo.

Buscando mais uma vez avaliar se as notas fiscais da filial de São Paulo tinham vínculo com as máquinas da matriz, em respeito ao princípio da verdade material, a Câmara de Julgamento determinou ao Fisco parecer sobre os documentos juntados pela Autuada.

Por conseguinte, vale transcrever a conclusão fiscal:

Apenas para exemplificar, apresenta-se a seguir, através de consulta à nota fiscal eletrônica, no Portal Nacional, daquelas emitidas pela filial em São Paulo, que não tem como formar convicção de que a venda foi efetuada através de P.O.S. da matriz, por falta de informação complementar da venda, não tendo identificação da administradora nem o número do respectivo ticket.

Corroborando sua assertiva, a Fiscalização traz, às fls. 447/448, parte do espelho de algumas notas fiscais, tendo em vista que, por ser contribuinte de outro estado e a operação não foi realizada com contribuinte mineiro, não há como apresentar o respectivo DANFE.

Buscando também analisar os argumentos e documentação da Contribuinte, constata-se os seguintes elementos/situações:

1. os cupons do POS apresentados são, em sua maioria, ilegíveis, não permitindo qualquer conclusão;
2. constata-se a existência de operações da Empresa no estado de Minas Gerais, tanto quanto existem no estado de São Paulo;
3. a planilha apresentada juntamente ao laudo da Autuada traz informações de que todas as vendas em MG são de outra modalidade (DINHEIRO/TRANSF/CHEQUES), divergindo das situações corriqueiras de uso do cartão de crédito. Acrescente-se que nenhum desses elementos constam dos autos;
4. faltam notas fiscais emitidas (numeração) no rol trazido pela empresa;
5. não há qualquer elemento que possibilite, no mínimo, deduzir que o POS estava no estabelecimento da filial como alegado. Isso vem apenas no laudo particular da empresa;
6. o principal argumento da Autuada é que o total de vendas supera aquilo que o Fisco cobrou. No entanto, isso nada prova, principalmente porque

informa-se recebimento em dinheiro/transf/cheques, que não são trazidos aos autos para nenhuma das situações de vendas para MG.

Do exposto, resta imperioso concluir assistir razão à Fiscalização, posto inexistir elementos que permitam comprovar que houve apenas erro de procedimento (uso da máquina da matriz na filial).

Assim, corretas as exigências do ICMS com base na alíquota de 18% (dezoito por cento) conforme art. 42, inciso I, alínea “e” e respectiva multa de revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

No que tange à Multa Isolada, houve aplicação *in casu* do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Os dispositivos em questão preveem:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

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;

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

(...)

Dessa forma, correta a Fiscalização ao entender aplicável *in casu* o percentual de 40% (quarenta por cento).

Entretanto, considerando o disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que define um limitador máximo para a multa isolada, a Fiscalização fez a devida adequação, sendo a multa limitada a duas vezes o valor do imposto exigido.

Mencione-se que não há que falar em conversão de penalidade para aquela prevista no art. 54, inciso VI, alínea “a.1” da Lei nº 6.763/75, como defendido pela Impugnante, uma vez que não houve constatação de uso irregular de máquina POS por parte do estabelecimento, mas sim, saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme amplamente demonstrado anteriormente.

Defende, também, a Autuada, que as multas aplicadas ofendem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, representando confisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (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;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

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.

Em relação à eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, verifica-se a adequação do procedimento fiscal, 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

Por fim, no que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se também correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacompanhadas 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 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11 art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140/18 de 22/05/18. 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;

(...)

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 subseqüentes, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

No caso, o Contribuinte foi intimado da exclusão juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG 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.

Não obstante a correção fiscal quanto ao procedimento de exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, verifica-se que, no presente caso, a exclusão deverá ter seus efeitos a partir de 01/10/15, diversamente do redigido no termo, conforme qualificação da prática reiterada de saídas desacobertadas de documentação fiscal, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da LC nº 126/03 (também constante da Resolução CGSN nº 94/11).

Examine-se:

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;

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento;

(...)

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 05/06/19. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação da exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos a partir de outubro de 2015. Pela Fazenda Pública Estadual, assistiu a conclusão do julgamento o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 12 de junho de 2019.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

D