

Acórdão: 23.515/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001168525-16
Impugnação: 40.010147708-31
Impugnante: Supermercado dos Leds Eireli
IE: 002407362.00-10
Coobrigado: Ademar Soares
CPF: 013.253.456-87
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) 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, apurada mediante confronto entre o valor constante nas notas fiscais emitidas pela Autuada com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/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, c/c o § 2º, inciso I, do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

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.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de fevereiro, março, julho, agosto de 2015, e janeiro a março, junho, julho, novembro e dezembro de 2016, apuradas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mediante confronto entre os valores das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

A empresa autuada está classificada no CNAE 3299-0/04 – fabricação de painéis e letreiros luminosos. Esteve como optante pelo regime de recolhimento do Simples Nacional no período de 07/08/14 a 32/12/15, quando foi excluída por ato administrativo praticado pela Receita Federal do Brasil (fls. 40).

Foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF nº 10.000027289.63, cuja intimação ao Contribuinte foi realizada em 04/10/18 (fls. 02/03).

Constam, às fls. 05/21, intimações realizadas e documentos recebidos após a lavratura do AIAF, como segue:

- Carta da Autuada ao Fisco, em resposta ao AIAF (Protocolo nº 302/18, datado de 09/10/18), requerendo dilação do prazo para cumprimento do mesmo por mais dez dias (fls. 05/06);

- Intimação do Fisco à Autuada, datada de 10/10/18 e recebida pela Autuada em 17/10/18, solicitando, no prazo de três dias a contar do recebimento desta, a apresentação das notas fiscais de efetiva saída das mercadorias, referentes às Notas Fiscais nºs 18 de 14/03/16, 19 de 18/03/16, 24 de 21/06/16 e 26 de 25/07/16 (fls. 07/12);

- Carta da Autuada ao Fisco, em resposta à intimação de 10/10/18 (protocolo 345/18, datado de 09/11/18), requerendo dilação do prazo para cumprimento do AIAF e da intimação (fls. 13/15);

- Correspondência do Fisco à Autuada, datada de 12/11/18 e recebida pela Autuada em 22/11/18, prorrogando o prazo por mais cinco dias para apresentação das notas fiscais de efetiva saída das mercadorias, referentes às Notas Fiscais nºs 18 de 14/03/16, 19 de 18/03/16, 24 de 21/06/16 e 26 de 25/07/16 (fls. 16/17);

- Intimação do Fisco à Autuada (fls. 18/19), datada de 06/12/18 e recebida pela Autuada em 13/12/18, solicitando, no prazo de cinco dias a contar do recebimento desta:

1 - para as Notas Fiscais nºs 20 de 23/03/16, 27 de 22/08/16 e 30 de 01/09/16 – apresentação dos correspondentes contratos de comodato;

2 - para a Nota Fiscal nº 17 de 04/03/16 – apresentação do correspondente contrato de locação e comprovante de pagamentos;

3 - para as Notas Fiscais nºs 39 de 20/09/16 e 40 de 24/10/16 – apresentação das notas fiscais de retorno de demonstração;

4 - para as Notas Fiscais nºs 43 de 17/04/17 e 44 de 12/05/17 – apresentação das notas fiscais de retorno de exposição ou feira;

- Carta da Autuada ao Fisco, em resposta à intimação de 06/12/18 (Protocolo nº 400/18, datado de 27/12/18), alegando ser pessoa jurídica inativa há dois anos e sem contabilidade atual, e informando não ter localizado as notas fiscais solicitadas por meio do AIAF e das intimações (fls. 20/21).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigem-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, estando esta segunda multa submetida à limitação imposta pelo § 2º, inciso I deste artigo, sendo todos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização a excluiu do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, conforme art. 29, incisos V e XI da Lei nº Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 20790023/05367210/120219, datado de 12/02/19, foi recebido pela Autuada e pelo Coobrigado em 25/12/19, conforme documentos às fls. 41/43.

Juntamente com a Autuada, foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária o titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), arrolado no Auto de Infração nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Instruem, ainda, os autos:

- Auto de Infração - AI de fls. 22/25;
- Relatório Fiscal de fls. 26/28;
- Anexo 01: Relatório de detalhamento por operação (Totais Registro 65 – Dados remetidos pelas administradoras de cartão de débito/crédito no período de fevereiro de 2015 a dezembro de 2016 – fls. 29/30;
- Anexo 02: Relação de notas fiscais de saída – Período de 07/08/2014 a 30/06/2018 (fls. 31/33);
- Anexo 03: Relatório ‘Conclusão Fiscal – Operações de Crédito, Débito e Similares’ – 2015 e 2016 (fls. 34/36);
- Anexo 04: Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 37/38);
- Anexo 5: Simples Nacional – Consulta Optantes (fls. 39/40).

Inconformada, a Autuada, tempestivamente, apresenta Impugnação às fls. 46/63, assinada pelo Coobrigado como seu representante legal, pedindo pela improcedência do lançamento, e juntando documentos às fls. 64/172.

A Fiscalização, então, intima os Impugnantes (fls. 176/179) a apresentar, no prazo de cinco dias a contar do recebimento da intimação:

- planilha, em formato Excel, com as colunas que especifica;
- comprovante do cartão de crédito referente a cada operação efetuada correlacionada às notas fiscais de saída mencionadas em CD às fls. 177.

Em comprovantes de entrega da correspondência, emitidos pelos Correios, há informação, às fls. 178/179, de que a Autuada recebeu a intimação acima descrita em 26/05/19; enquanto, para o Coobrigado, há apontamento de que o mesmo era desconhecido no endereço da intimação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não tendo havido resposta à intimação por parte de qualquer dos Impugnantes, a Fiscalização reformula o crédito tributário, por meio do Termo de Rerratificação de Lançamento, acompanhado de Demonstrativo do Crédito Tributário, bem como dos Anexos “A” a “E”, às fls. 180/185, e exclui os valores referentes à aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária, que tiveram o imposto recolhido em operações anteriores.

Em decorrência da reformulação do crédito tributário promovida pela Fiscalização, foi reaberto o prazo para a Impugnante e o Coobrigado. À Autuada foi encaminhado o Ofício nº ACT/AF/Juiz de Fora Nº 0232/2019, datado de 10/05/19 e recebido por esta em 13/06/19 (fls. 177/178), para vista, manifestação, aditamento da Impugnação ou pagamento.

Já ao Coobrigado foi encaminhado, em igual teor, o Ofício nº ACT/AF/Juiz de Fora Nº 0233/2019, datado de 10/05/19, porém com anotação dos Correios de que o número do apartamento mencionado na correspondência inexistente (fls. 189/190).

Regularmente intimada da reformulação do crédito, a Impugnante apresenta aditamento à Impugnação às fls. 193/197, assinado pelo Coobrigado como seu representante legal, oferecendo novos argumentos e reiterando os anteriores, todos visando à improcedência do lançamento.

A Fiscalização vem, então, manifestar-se às fls. 199/219, refutando os argumentos remanescentes da Defesa.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no período de fevereiro, março, julho, agosto de 2015, e janeiro a março, junho, julho, novembro e dezembro de 2016, apuradas mediante confronto entre os valores das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, estando esta segunda multa submetida à limitação imposta pelo § 2º, inciso I deste artigo, sendo todos da Lei nº 6.763/75.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização a excluiu do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, conforme art. 29, incisos V e XI da Lei nº Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 20790023/05367210/120219, datado de 12/02/19, foi recebido pela Autuada e pelo Coobrigado em 25/12/19, conforme documentos às fls. 41/43.

Juntamente com a Autuada, foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária o titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arrolado no Auto de Infração nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Compõe a peça fiscal o Anexo 01, que é denominado “Relatório de detalhamento por operação (Totais Registro 65 – Dados remetidos pelas administradoras de cartão de débito/crédito no período de fevereiro de 2015 a dezembro de 2016”) (fls. 29/30).

Este anexo corresponde a uma planilha, na qual constam os dados fornecidos pelas empresas Banco Santander, Redecard e Cielo.

A planilha é composta de data de emissão, número do comprovante, natureza da operação, tipo de operação, valor, modelo e número do documento. Tais dados permitem à Fiscalização a confrontação de cada pagamento registrado pelas administradoras com as notas fiscais emitidas pela Autuada.

O procedimento adotado no presente caso é esclarecido pela Fiscalização no Relatório Fiscal às fls. 27:

9.4 – O procedimento utilizado para apuração do crédito tributário foi o cruzamento detalhado por operação fornecido pelas operadoras de cartão de crédito (Registro tipo 65), com as notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa. Não foi encontrada correlação das operações de cartão com o respectivo valor emitido nas notas fiscais eletrônicas na mesma data. A empresa foi intimada por três vezes conforme documentos apensos no ANEXO 4, mas apenas apresentou respostas pedindo prorrogação de prazo e impossibilidade de apresentação dos documentos solicitados. Não houve apresentação de notas fiscais da venda efetiva referente às notas fiscais de venda de entrega futura relacionadas nas intimações;

9.5 – Nos casos específicos das notas fiscais de número 000018 no valor de R\$34.500,00 emitida em 14/03/16, 000019 no valor de R\$30.000,00 emitida em 18/03/16 e 000024 no valor de R\$165.121,14 emitida em 21/06/2016, em confronto com os valores recebidos pelas operadoras, há registros nos dias 14/03/16, 18/03/16 e 20/06/2016 respectivamente nestes mesmos valores. Porém, estas notas fiscais foram emitidas com CFOP de venda para entrega futura (5922 e 6922), e não houve a emissão efetiva das notas fiscais de saída das mercadorias com destaque do ICMS. Portanto, os valores também integram o crédito tributário do auto de infração por se tratarem de vendas de mercadorias desacobertas de notas fiscais;

Sendo assim, os registros de pagamentos realizados pelos clientes da Autuada, constantes do Anexo 1, foram confrontados com as notas fiscais de saída emitidas por ela e listadas no Anexo 02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No segundo Anexo às fls. 31/33, denominado “Relação de notas fiscais de saída – Período de 07/08/2014 a 30/06/2018”, constam listados os seguintes dados das notas fiscais de saída emitidas pela Autuada: número da nota fiscal, data de emissão, CFOP, valor total da nota fiscal, valor da base de cálculo da ST retida, valor do ICMS/ST retido, base de cálculo do ICMS, alíquota do ICMS, valor do ICMS e chave da nota fiscal eletrônica.

Observe-se no Anexo 2 que, no período de 02/10/14 a 12/05/17, foram emitidas apenas 39 (trinta e nove) notas fiscais de saída pela Autuada.

Comparando, por exemplo, os registros de pagamento de débito e crédito no dia 13/02/15 do Anexo 1, no valor total de R\$ 10.410,00 (dez mil e quatrocentos e dez reais) (fls. 30) com as notas fiscais emitidas pela Autuada às fls. 32, verifica-se que durante o mês de fevereiro houve, por um lado, o recebimento de valores e, por outro lado, não foi emitida nenhuma nota fiscal de saída, assim como não houve o recolhimento do ICMS resultante do fato gerador caracterizado pela operação de saída das mercadorias vendidas a que os registros de pagamento correspondem.

Ressalte-se, por oportuno, que a Autuada foi intimada a apresentar provas da correlação entre os comprovantes do cartão de crédito/débito a cada operação acobertada pelas notas fiscais emitidas (fls. 176/177), e não aproveitou esta oportunidade para provar a regularidade fiscal de suas operações.

Por esta razão, já no Anexo 03 (fls. 34/36), denominado “Relatório ‘Conclusão Fiscal – Operações de Crédito, Débito e Similares’ – 2015 e 2016”, consta, para o mês de fevereiro/2015, na coluna “Cartão de Crédito/Débito”, assim como nas colunas “(=) Vendas apuradas” e “(=) Faturamento omitido”, o valor de R\$ 10.410,00 (dez mil e quatrocentos e dez reais), correspondente ao total dos valores informados pelas administradoras, sobre o qual foi calculado o ICMS devido.

Afinal, não tendo sido emitida nenhuma nota fiscal no mês de fevereiro de 2015, o valor recebido pela Autuada naquelas vendas em fevereiro de 2015 do Anexo 1, caracterizam as irregularidades fiscais de: saídas desacobertadas de documento fiscal e falta de recolhimento do ICMS devido por essas operações.

O Anexo 04, que traz o Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 37/38), especifica, mês a mês, o valor do ICMS devido e calcula ainda os valores das multas de revalidação e isolada.

A partir do exemplo dos registros de pagamento de 13/02/15 apresentado acima, cuja conduta irregular da Autuada se estende aos demais meses alcançados pelo lançamento de ofício, é possível afastar o argumento da Defesa de que a peça fiscal teria como base mera presunção não provada pelo Fisco (fls. 52/57).

Cabe, ainda, enfatizar as operações em que a Autuada emitiu as notas fiscais nºs 18 (R\$ 34.500,00 (trinta e quatro mil e quinhentos reais)), 19 (R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)) e 24 (R\$ 165.121,14 (cento e sessenta e cinco mil, cento e vinte e quatro reais e quatorze centavos)), correspondentes à vendas para entrega futura (CFOP 5922 e 6922). A Fiscalização identificou esses mesmos valores recebidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito em nome da Autuada; porém, apesar de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

intimada, ela não apresentou as notas fiscais de efetiva saída das mercadorias, com destaque e recolhimento do ICMS correspondente.

O valor referente às vendas sem acobertamento fiscal foi submetido à tributação com utilização da alíquota do imposto no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme art. 12, inciso I, alíneas “d”, “d.1”, c/c § 71 e o art. 51, inciso III, ambos da Lei nº 6.763/75.

A norma ínsita no art. 12, § 71, inciso I da Lei nº 6.763/75, foi introduzida na Lei nº 6.763/75 pela Lei nº 20.540, de 14 de dezembro de 2012, e assim dispõe:

Art. 12 (...)

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

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

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

(Grifou-se)

Depreende-se da leitura da norma em destaque, que sua aplicabilidade restringe-se aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela Autoridade Fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado nas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, § 2º), o que é caso da irregularidade consubstanciada **nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais apuradas nestes autos**, que foram apuradas mediante cotejo dos valores informados ao Fisco pelas administradoras de cartões de crédito/débito e os valores dos documentos fiscais emitidos.

Independentemente de ter estado a empresa cadastrada no Simples Nacional no período de 07/08/14 a 31/12/15, 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XVIII - 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 – TJMG, já proferida, abordando a questão:

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

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

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

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

Vale dizer que 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Quanto à obrigação das administradoras de cartões de crédito/débito frente à Secretaria de Estado de Fazenda, esta encontra-se prevista no § 5º do art. 50 da Lei nº 6.763/75. Esse dispositivo impõe às administradoras a obrigação de informar sobre todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar. Veja-se:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

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

Não só a exibição de todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar é obrigatória, como também as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, 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, são reconhecidos pelo art. 132 do RICMS/02 como “documentos fiscais”.

Sua forma de transmissão ao Fisco encontra-se prevista no parágrafo único do mesmo artigo. Veja-se:

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

(...)

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

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação

Registra-se, por oportuno, que a matéria se encontra 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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

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 contacorrente 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, instituidoras de arranjos de pagamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

II - poderão utilizar outro programa ou recurso diferente do previsto no inciso I para assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, mediante autorização da SEF.

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975

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 contacorrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

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

Em sua Defesa, os Impugnantes descrevem a autuação como se a Fiscalização tivesse tido acesso à totalidade dos ingressos de valores nas contas bancárias da Autuada, e que esta totalidade tivesse servido de base de cálculo para o tributo formalizado no Auto de Infração (fls. 49/50).

Contudo, como relatado, a Fiscalização recebeu das administradoras de cartões de débito/crédito, de fato, as informações a que estão obrigadas a transmitir, ou seja: o arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, conforme previsto nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02 acima transcritos.

Percebe-se, portanto, que a Fiscalização não seguiu a sistemática descrita pelos Impugnantes, não perscrutando os ingressos de valores na conta bancária da Autuada, nem mesmo tomando estes ingressos como base de cálculo do ICMS.

Os Impugnantes argumentam, ainda, que o lançamento de ofício desconsiderou o fato de que produtos importados e revendidos pela Autuada estão sujeitos à sistemática da substituição tributária por antecipação (fls. 50/51).

Atendendo a este argumento, a Fiscalização emitiu o Termo de Rerratificação do Lançamento às fls. 180/185, que resultou da apuração do percentual, mês a mês, das operações sem substituição tributária, com base nas notas fiscais de entrada de mercadoria por CFOP. Passo seguinte, foi aplicado este percentual na apuração do crédito tributário retificado.

A apuração do rateio das operações com e sem ST se corporificou por meio das planilhas que compõem os Anexos A, B, C e D, contidos no CD de fls. 183.

Igual sorte não merece o argumento dos Impugnantes de que a confrontação realizada pela Fiscalização se mostra inadequada, por que pressupõe que toda venda de mercadorias realizada pela Autuada se deu à vista e, por isto, seria possível confrontar o recebimento pela administradora com nota fiscal de saída emitida pela Autuada. Aponta a possibilidade de que parte das vendas tenha sido parcelada ou que possa ter sido concedido algum desconto ao cliente. Aduz que, em qualquer dessas hipóteses, não seria possível identificar no movimento financeiro um valor idêntico ao da nota fiscal que acobertou a venda parcelada ou com desconto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ocorre que o registro ao qual a administradora de cartões de crédito/débito está obrigada a informar deve se dar pelo valor à vista, mesmo quando o pagamento, eventualmente, vier a ser em parcelas.

E quanto ao desconto concedido ao cliente, este alterará o valor pago pelo cliente, via cartão de crédito/débito, da mesma forma e proporção em que deverá ser consignado na nota fiscal, para ser abatido de seu valor final. E, portanto, o pagamento realizado será pelo mesmo valor registrado na nota fiscal.

Sendo assim, tanto no caso de parcelamento quanto de concessão de desconto, o resultado afasta-se do pretendido pela Defesa.

Descrevendo o trabalho da Fiscalização como se norteado em relatórios de movimentações financeiras da Autuada, os Impugnantes questionam a veracidade de dois registros iguais de R\$30.000,00 (trinta mil reais), informados pela empresa Redecard às fls. 30, sob o argumento de que “entre os documentos fiscais emitidos pela empresa naquele período (março de 2016), **sequer existe uma dessas quatro, isto é, apenas um documento fiscal foi emitido no valor de R\$ 30.000,00, não dois**” (fls. 51).

Entendem os Impugnantes que não faria sentido que a Autuada tenha realizado duas vendas idênticas, no mesmo momento, acobertando uma com nota fiscal e deixando outra na informalidade. Acreditam provar seu argumento ao afirmarem que: “o que precisa ser observado é que, para cada operação informada pela instituição financeira, há uma confirmação do crédito do respectivo valor em conta bancária. Essa confirmação (que, em verdade, representa o efetivo crédito), dá-se geralmente no mês subsequente” (fls. 51/52).

A Fiscalização atenta para o fato de que “os extratos anexados pelo contribuinte constantes às folhas 112 a 148 não apresentam os depósitos confirmados pelo contribuinte alegados na Impugnação e nem tampouco o depósito questionado” (fls. 209).

Frise-se, mais uma vez, que o trabalho fiscal não se baseou no acesso do Fisco aos dados bancários da Autuada. Está calcado, sim, em documentos fiscais emitidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito, que foram consolidados por meio da planilha denominada “Detalhamento por Operação (Itens Registro 65)” às fls. 30 dos autos (Anexo 1).

Nesse documento fiscal, emitido nos termos do art. 132, inciso III do RICMS/02, há dois números de comprovantes: o de nº 3 e nº 4, com mesma data e valor. Sendo assim, por falta de prova de que houve erro por parte da administradora, e não da Autuada, não há como acatar o pleito da Defesa no sentido de excluir um dos registros.

Quanto às vendas para entrega futura, a Defesa assim argumenta, às fls. 56:

Repita-se de novo: todas as saídas de mercadorias praticadas pela Impugnante ao longo do período fiscalizado foram acobertadas pelas notas fiscais de venda futura que emitia. E apenas para que se esclareça o motivo desse procedimento, a explicação é

singela: a Impugnante muitas vezes comercializava seus produtos por meio do Cartão BNDES. Nesses casos, a instituição financeira libera os recursos tão logo seja demonstrada a comercialização do bem, o que pode ser feito via apresentação de um documento fiscal de venda futura, que depois, por óbvio, deve ser complementado pela efetiva fatura.

Contudo, as operações objeto da autuação em análise não são aquelas nas quais teria havido intermediação do pagamento pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Os intermediários aqui são o Banco Santander, a Redecard e o Cielo. Foram estes que informaram as operações descritas no Anexo 1 às fls. 30.

Atente-se, ainda, para a legislação que trata da saída de mercadoria em operação de venda para entrega futura. O procedimento a que está obrigado o contribuinte a seguir está descrito nos arts. 305 e 306 do Anexo IX do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 305. Nas vendas para entrega futura, poderá ser emitida nota fiscal sem destaque do ICMS, mencionando-se no documento que a emissão se destina a simples faturamento, com o imposto sendo debitado por ocasião da efetiva saída da mercadoria.

(...)

Art. 306. Por ocasião da efetiva saída, global ou parcial, da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, com destaque do valor do imposto, quando devido, observado especialmente o disposto nos artigos 43, 44 e 50 deste Regulamento, indicando, além dos requisitos exigidos, como natureza da operação: "Remessa - entrega futura", e o número, a série, a data e o valor da nota fiscal emitida para fins de faturamento.

No caso de ter sido a venda desfeita, cabe a aplicação do disposto no art. 307 do mesmo Anexo IX:

Art. 307. Sendo desfeita a venda antes da efetiva saída da mercadoria, o fato será formalmente comunicado à repartição fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito.

Em nenhum momento de sua Defesa, os Impugnantes provaram ter cumprido estas exigências legais.

Os Impugnantes, às fls. 57/60, requerem a aplicação do art. 112 do CTN, no caso de ausência de certeza quanto à efetiva ocorrência dos fatos apurados pelo Fisco.

O referido dispositivo legal assim trata a questão da interpretação de maneira mais favorável ao acusado:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Contudo, o pedido de aplicação do art. 112 do CTN não encontra guarida, no presente caso, já que com a reunião de elementos na peça fiscal para identificação da conduta delitiva da Autuada não restou espaço para dúvida quanto à capitulação, à natureza e circunstâncias materiais do fato e demais aspectos listados nos incisos deste artigo. O argumento defendido pelos Impugnantes que poderia levar à reformulação do crédito já produziu os efeitos esperados, por meio da reformulação do crédito realizada pela Fiscalização às fls. 180/185, como já mencionado.

Portanto, correta as exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75.

A mencionada Multa Isolada foi adequada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido (vide fls. 12/14 dos autos).

Quanto às assertivas de inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas são desproporcionais revelando-se confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar a respectiva aplicação, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

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 à afronta 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.

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, conforme arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 e arts. 83, inciso II, 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, §§ 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18. 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(Grifou-se)

Resolução CGSN nº 140/18

Subseção

II

Da Exclusão de Ofício

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

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

(...)

Subseção

III

Dos Efeitos da Exclusão de Ofício

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 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 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, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

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

(Grifou-se)

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 (e o art. 83, inciso II, retro), 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.

Nesse 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”.

Como se verifica em documento às fls. 40, a Autuada já havia sido excluída pela Receita Federal do Brasil, a partir de 01/01/16.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ocorre que, no presente caso, os efeitos da exclusão deverão retroagir a 01/03/15, conforme apuração feita na peça fiscal e Termo de Exclusão do Simples Nacional, às fls. 41, por ser nesta nova data o primeiro dia do segundo mês de apuração das infrações, ou seja, a data em que restou caracterizada a prática reiterada da infração, nos termos do § 9º do art. 29, da Lei Complementar nº 123/06.

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 e correta a exclusão da Autuada do Simples Nacional.

Como mencionado, foi eleito para polo passivo da obrigação tributária o titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), conforme arrolado no Auto de Infração, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do 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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls.180/185. Em seguida, por maioria de votos, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Vencida a Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Revisora), que a julgava procedente. Participaram do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 20 de fevereiro de 2020.

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

**Marco Túlio da Silva
Presidente**

GJD

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.515/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001168525-16
Impugnação: 40.010147708-31
Impugnante: Supermercado dos Leds Eireli
IE: 002407362.00-10
Coobrigado: Ademar Soares
CPF: 013.253.456-87
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

Voto proferido pela Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Conforme exposto no relatório, trata-se de lançamento cuja discussão posta para apreciação deste Colegiado passa pela análise da existência de condições para proceder com a exclusão do Autuado do regime do Simples Nacional.

Segundo o relatório fiscal e termo de exclusão, considerando a prática reiterada de dar saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, aplica-se ao caso a hipótese de exclusão prevista no art. 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar nº 123/06. Citado dispositivo possui a seguinte redação:

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. 26¹;

(...)

A prática reiterada foi apurada a partir da caracterização de omissão de emissão de documento fiscal em relação às operações de vendas atestadas pelo confronto entre as informações declaradas pelo Contribuinte e os dados fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito.

Vale destacar que, após um estudo mais aprofundado do tema e da construção de uma interpretação sistemática das normas relacionadas às hipóteses de exclusão, altero meu entendimento para concluir que o estado não possui legitimidade

¹ 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;
23.515/20/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para proceder com a exclusão de ofício sob a fundamentação de “saída desacobertada”.
Explico.

Segundo consta do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea ‘f’ da Lei Complementar nº 123/06, o ICMS apurado em operação desacobertada de documento fiscal não está abrangido pelo regime de recolhimento unificado de tributos, devendo ser observado neste caso o regramento da tributação da legislação estadual de regência, qual seja, o débito e crédito.

Lei Complementar nº 123/06

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:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Citada exceção se aplica exclusivamente ao imposto de competência estadual, ou seja, apenas no caso do ICMS a ausência de emissão de documento fiscal levará a tributação fora do regime.

Nessa hipótese temos um cenário no qual se pode afirmar que o estado é ‘favorecido’ pela não emissão do documento fiscal na medida em que o imposto decorrente desta operação alcança patamares superiores àqueles que seriam recebidos com base nas regras do Simples Nacional. Pela norma estadual teremos a aplicação da alíquota cheia (em geral de 18%, por força do art. 12, §71 da Lei nº 6.763/75) incidente sobre o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito (não havendo qualquer desconto em razão de eventuais créditos decorrentes de operações de entrada, o que seria plausível, pois se a saída se dá pelo débito e crédito dever-se-ia aplicar o princípio da não-cumulatividade).

A criação dessa regra favorecida ao estado vem acompanhada da relativização de outras prerrogativas previstas na Lei Complementar nº 123/06, sendo uma delas exatamente a regra da competência para exclusão de ofício.

A melhor interpretação a ser dada ao art. 29 da lei complementar, com a devida vênia aos que pensam em contrário, é no sentido de ser atribuída

exclusivamente aos entes prejudicados a competência para proceder com a exclusão. Não se nega que a competência é concorrente, mas essa deve ser compartilhada apenas entre os entes cuja conduta do contribuinte produza efeitos diretos.

Exemplificando, seria razoável excluir do Regime do Simples Nacional o contribuinte que deixou de emitir notas fiscais mesmo restando comprovado que toda mercadoria comercializada já foi tributada antecipadamente por substituição tributária? Nesse caso, de igual forma, não nos parece ter o estado competência para realizar a exclusão, afinal o ICMS-ST também é tributo não abrangido pelo Simples Nacional, o que mais uma vez retiraria do estado a competência para aplicação do art. 29, incisos V e XI da LC nº 123/06.

Outro exemplo, teria o estado ou os municípios competência para determinar a exclusão com base na prática reiterada da hipótese art. 29, inciso XII: *omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.* Parecer que não.

Essa conclusão acerca da competência concorrente ser compartilhada apenas pelos entes diretamente afetados pela conduta do Contribuinte pode ser reforçada pela previsão do art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, que trata das regras da fiscalização:

Da Fiscalização

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º As Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados poderão celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o caput deste artigo.

§ 1º-A. Dispensa-se o convênio de que trata o § 1º na hipótese de ocorrência de prestação de serviços sujeita ao ISS por estabelecimento localizado no Município.

§ 1º-B. A fiscalização de que trata o caput, após iniciada, poderá abranger todos os demais estabelecimentos da microempresa ou da empresa de pequeno porte, independentemente da atividade por eles exercida ou de sua localização, na forma e condições estabelecidas pelo CGSN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º-C. As autoridades fiscais de que trata o caput têm competência para efetuar o lançamento de todos os tributos previstos nos incisos I a VIII do art. 13, apurados na forma do Simples Nacional, relativamente a todos os estabelecimentos da empresa, independentemente do ente federado instituidor.

§ 1º-D. A competência para autuação por descumprimento de obrigação acessória é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida.

§ 2º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte exercer alguma das atividades de prestação de serviços previstas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar, caberá à Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalização da Contribuição para a Seguridade Social, a cargo da empresa, de que trata o art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização.

§ 4º O Comitê Gestor disciplinará o disposto neste artigo

Os §§ 1º-C e 3º são claros ao afirmar que a fiscalização e o lançamento disciplinado pelas regras transcritas envolvem apenas os tributos devidos no âmbito do Simples Nacional, condição que não alcança o ICMS devido pela caracterização de saída desacobertada de mercadoria. Esse imposto é regido pelas normas estaduais e toda discussão relacionada a ele deve ser decidida e gerar efeitos apenas nessa esfera: lançamento de ofício e exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória (esta relacionada exclusivamente a fato gerador não abrangido pelo Simples Nacional).

Havendo saída descoberta e o conseqüente lançamento do imposto com base no regime do débito e crédito, restaria ao estado – nesses casos - a competência para fundamentar a exclusão do contribuinte do Simples Nacional com base no art. 29, I da LC nº 123/06, caso verificada a ausência da comunicação obrigatória da ocorrência da hipótese de vedação prevista no art. 17, inciso V do mesmo diploma legal. Temos uma aplicação conjunta dos citados arts. 29 e 17, com o art. 30, inciso II:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

(...)

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

(...)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

(...)

Considerando que a operação de saída desacobertada não é fato gerador tributado sob a sistemática do Simples Nacional, sendo o faturamento informado pelas operadoras de cartão de crédito tributado pelas normas gerais do débito e crédito, e considerando que a regra excepcional do art. 13, §1º, inciso XIII, alínea 'f' só se aplica ao tributo estadual, temos que a saída desacobertada é infração que pode levar a um impedimento de a empresa permanecer no Simples Nacional, justificando sua exclusão com base no art. 17, inciso V da LC nº 123/06.

Vale destacar que o inciso V do art. 17 da LC nº 123/06 não faz qualquer ressalva ao tipo de débito ali previsto, fato que permite incluir no rol todos os valores eventualmente devidos pelos contribuintes e não abrangidos pelo Simples Nacional, entre eles o ICMS por saída desacobertada e o não recolhido por substituição tributária, por exemplo.

Nesse cenário, observando as consequências previstas na legislação de regência para esse tipo de exclusão de ofício – art. 30, inciso II e §1º c/c art. 31, inciso IV da lei complementar - existindo débito junto à fazenda pública cuja exigibilidade não esteja suspensa, ao contribuinte que regularizar sua situação será permitida a permanência no regime, essa é a previsão do §2º do já citado art. 31.

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

(...)

§ 2º Na hipótese dos incisos V e XVI do caput do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A lei complementar admite a permanência e a opção pelo regime do Simples Nacional ao contribuinte que não possua débitos junto ao Poder Público, ou caso possua, esses estejam com a exigibilidade suspensa e, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Assim, embora seja necessário existir meios para combater e evitar esse tipo de conduta omissiva (não emitir notas fiscais) fato é que nos casos onde o tributo não é recolhido no Simples Nacional, resta ao estado aplicar apenas as normas punitivas existentes em sua própria legislação, não lhe sendo dada a competência para excluir – sob essa fundamentação - o contribuinte do Simples Nacional.

Além dos pontos já citados, ainda vale destacar que as normas de exclusão do Simples Nacional devem ser interpretadas em conjunto com as posteriores alterações legislativas promovidas no texto da Lei Complementar nº 123/06, notadamente as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 155/16.

O legislador, dez anos após criação do tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, entendeu por bem que até mesmo em relação às obrigações devidas sob as regras do Simples, deveria ser dado ao contribuinte optante a oportunidade de regularizar sua situação e evitar a aplicação da penalidade mais gravosa prevista no sistema: a de ser excluído do Simples Nacional.

Nesse cenário, a LC nº 155/16 acrescentou o §3º ao art. 34 da LC nº 123/06, criando o instituto da autorregularização:

Lei Complementar nº 123/06

Seção X - Da Omissão de Receita

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º É permitida a prestação de assistência mútua e a permuta de informações entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativas às microempresas e às empresas de pequeno porte, para fins de planejamento ou de execução de procedimentos fiscais ou preparatórios. (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 2º (VETADO).

§ 3º Sem prejuízo de ação fiscal individual, as administrações tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia visando à autorregularização, na forma e nos prazos a serem regulamentados pelo CGSN, que não constituirá início de procedimento fiscal. (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 4º (VETADO).

O art. 34 e seu §3º foram incluídos na seção que trata da ‘Omissão de Receita’, ou seja, não há dúvidas de que débitos relativos aos tributos devidos no Simples Nacional admitem regularização e, nessa condição, evitaria a exclusão do contribuinte do regime unificado.

Curiosamente, a título de ratificação do entendimento ora construído, vale destacar que o projeto de lei que deu origem à LC nº 155/16, previa a inclusão do §2º ao art. 34, dispositivo vetado pelo Presidente da República, conforme “Mensagem de Veto nº 589/2016”. A redação dada ao parágrafo tinha o seguinte teor: ***“É a Secretaria da Receita Federal do Brasil obrigada a transmitir às Secretarias de Fazenda dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma estabelecida pelo CGSN, os dados da Declaração de Operações com Cartões de Crédito – DECRED de contribuintes optantes pelo Simples Nacional e outros dados de interesse das administrações tributárias estaduais, distrital e municipais.”***

Sem entrar no mérito ensejador do veto do dispositivo (o qual passa por aspectos relacionados ao sigilo fiscal), é fato incontroverso que quando da criação do instituto da autorregularização o legislador tinha em mente e já se preocupava com a existência de omissão de receita por ausência de emissão de documento fiscal vinculada às transações ocorridas por meio de cartões de crédito e débito. Entretanto, ainda assim, não foram feitas quaisquer ressalvas ou impedimentos para regularização dessas condutas.

Esse ponto é de extrema relevância. Ora, se o próprio legislador em sua essência previa que os débitos relativos à omissão de receita decorrente de movimentações concretizadas com cartões magnéticos e similares poderiam ser regularizados evitando a exclusão do regime, seria aceitável dar aos estados esse direito, ainda mais considerando a inexistência de prejuízo em razão da prerrogativa do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea ‘f’ da Lei Complementar nº 123/06?

Não nos parece ser medida razoável!

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, diante do exposto, deve-se entender pela ausência de motivação para exclusão do Contribuinte do regime de recolhimento unificado de tributos nos casos da constatação da ocorrência de saída de mercadoria desacompanhada de documento.

É como voto.

Sala das Sessões, 20 de fevereiro de 2020.

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Conselheira

CCMIG