

Acórdão: 23.523/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000970420-54
Impugnação: 40.010146456-02, 40.010146455-21 (Coob.)
Impugnante: Detroit Motorsport Comércio e Serviços Em Veículos Eireli
IE: 062152967.00-11
João Alberto Nascimento Vieira (Coob.)
CPF: 072.608.735-15
Proc. S. Passivo: Sandra de Fátima Quinto
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI) e 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. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos 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 01/02/15, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

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

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização mediante 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 por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de maio de 2013 a abril de 2017.

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.

O sócio-administrador foi incluído no polo passivo com fundamento no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e subitem 1.8.9 da Portaria SRE nº 148 de 2015.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 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.

Inconformada, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnações às fls. 60/79 e 93/106, respectivamente.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 127/133.

Aberta vista, os Impugnantes manifestam-se às fls. 222/242.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 243/264.

Em sessão realizada em 05/12/19, a 2ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 266, “... para que a Fiscalização analise a autuação considerando que, no portal do Simples Nacional na internet, não consta que o Sujeito Passivo seja optante pelo Simples no período de 01/01/14 a 31/12/14. Sendo o caso, trazer aos autos a comprovação de que o Contribuinte era optante no referido período....”.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 276/277 e reformula o crédito tributário às fls. 278/283, bem como lavra novo Termo de Exclusão do Simples Nacional às fls. 284, considerando seus efeitos a partir de 01/01/2015.

Após a devida intimação, a Autuada manifesta-se às fls. 292/293.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 295/299.

DECISÃO

Das Prefaciais

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento. Salientam que a sua lavratura foi baseada em arbitrária quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial prévia, violando os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da moralidade administrativa e que a obtenção de informações junto às empresas administradoras de cartão de crédito e de débito não foi precedida de qualquer procedimento administrativo junto à Autuada.

Argumentam, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado com base em meras presunções e indícios, havendo dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais dos elementos em que se baseou o lançamento.

Entretanto, sem razão os Impugnantes.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Além do relatório do Auto de Infração, o Fisco elaborou o Relatório Fiscal (fls. 07/09), no qual esclarece o procedimento fiscal que resultou na identificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização, mediante Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI, e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito.

Todas as infringências e penalidades encontram-se capituladas, atendendo a todos os requisitos previstos no art. 89 do RPTA, notadamente ao inciso IV (descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado), e os valores apurados encontram-se demonstrados nas planilhas que acompanham o Anexo 2 do Auto de Infração, bem como nos demonstrativos que acompanham a reformulação do crédito tributário.

Induidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Sujeitos Passivos todos os prazos legalmente previstos para apresentarem as suas defesas, em total observância ao princípio do contraditório.

Cumprе salientar que a Lei nº 6.763/75, no § 5º de seu art. 50, estabelece a obrigação das administradoras de cartões de crédito/débito de informarem 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. Veja-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

Foi exatamente a possibilidade do cruzamento dessas informações que permitiu à Fiscalização comprovar a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, que ocasionou a falta de recolhimento do ICMS no período autuado.

Dessa forma, a Fiscalização tem acesso aos dados do Contribuinte fornecidos diretamente pelas administradoras, que assim procedem por obrigação imposta pela legislação tributária.

Ademais, entende-se que a regra do sigilo não é absoluta, devendo ser mitigada em hipóteses excepcionais, sobretudo nos casos em que o fornecimento das informações e documentos é necessário à fiscalização tributária, diante da possibilidade da prática de sonegação fiscal, conforme previsão no art. 6º da LC nº 105/01, devendo prevalecer o interesse público.

Nesse mesmo sentido a seguinte ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

O SIGILO BANCÁRIO NÃO É UM DIREITO DE NATUREZA ABSOLUTO. HÁ DE CEDER DIANTE DO INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO PELA NECESSIDADE DO FISCO EM DEFINIR SE HÁ SONEGAÇÃO FISCAL PELA VIA DE OMISSÃO DE RECEITAS (...) (STJ - MC 3060/PRM REL. MIN. JOSÉ DELGADO).

Rejeita-se, pois, as prefaciais argüidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização mediante 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 por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de maio de 2013 a abril de 2017.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O sócio-administrador foi incluído no polo passivo com fundamento no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e subitem 1.8.9 da Portaria SRE nº 148 de 2015.

Lavrou, também, o Fisco, em razão da apuração de prática reiterada de infrações à legislação tributária, o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Em sua defesa, a Autuada alega, em síntese:

- que não foi observada a sistemática da não-cumulatividade do ICMS, devendo, para a determinação do valor do imposto devido pelas presumidas saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais, serem considerados os créditos pelas entradas;

- que exerce também a atividade de prestação de serviços, sendo essa atividade a mais expressiva atividade em volume de trabalho e receita, em torno de 70% (setenta por cento).

Aduz, ainda, que as multas superam o ICMS apurado, revelando caráter confiscatório.

Primeiramente, é providencial destacar que a incidência do ICMS nas operações realizadas pela Autuada encontra-se descrita no item 1 do § 1º do art. 5º da Lei nº 6.763/75:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre:

1. a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

(...)

Ao passo que as principais obrigações do Contribuinte do ICMS encontram-se prescritas no art. 16 da Lei nº 6.763/75. Em especial, cabe destacar as seguintes:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

II - manter livros fiscais devidamente registrados na repartição fazendária, bem como os documentos fiscais e arquivos com registros eletrônicos, na forma e no prazo previstos na legislação tributária;

III - exhibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

(...)

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

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

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

(...)

Para que o correto pagamento do imposto seja realizado pelo Contribuinte, sua obrigação de lançar o ICMS lhe é atribuída por meio do disposto no art. 25 da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 25 - O lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com a descrição das operações e prestações realizadas, na forma prevista em regulamento.

Já o § 1º do art. 39 da mesma Lei estabelece ao Contribuinte a obrigação de realizar a movimentação de bens e mercadorias, obrigatoriamente, acobertada por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

Mencione-se que a Autuada, classificada como microempresa, sob o regime do Simples Nacional, é obrigada a transmitir informações socioeconômicas e fiscais, por força do art. 25 da Lei Complementar nº 123/06, abaixo transcrito:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º A declaração de que trata o caput deste artigo constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nela prestadas.

Segundo o § 1º do art. 25, a declaração prevista no *caput* deste artigo constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas.

A declaração tem periodicidade anual, já a obrigação de realizar o cálculo do valor devido, na forma do Simples Nacional, deve ser feita mensalmente, por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), previsto no art. 37 da Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 37. O cálculo do valor devido na forma do Simples Nacional deverá ser efetuado por meio da declaração gerada pelo "Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D)", disponível no Portal do Simples Nacional na Internet. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 133, de 13 de junho de 2017)

Efeitos de 29/11/06 a 12/06/17:

Art. 37. O cálculo do valor devido na forma do Simples Nacional deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), disponível no Portal do Simples Nacional na internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, §§ 15 e 15-A)

§ 1º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá, para cálculo dos tributos devidos mensalmente e geração do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), informar os valores relativos à totalidade das receitas correspondentes às suas operações e prestações realizadas no período, no aplicativo a que se refere o caput, observadas as demais disposições estabelecidas nesta Resolução. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15)

§ 2º As informações prestadas no PGDAS-D: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A)

I - têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso I)

II - deverão ser fornecidas à RFB mensalmente até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no Simples Nacional em cada mês, previsto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no art. 38, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15-A, inciso II)

§ 3º O cálculo de que trata o caput, relativamente aos períodos de apuração até dezembro de 2011, deverá ser efetuado por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), também disponível no Portal do Simples Nacional na internet. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15) § 4º Aplica-se ao PGDAS o disposto no § 1º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 15).

Passando ao regime de débito e crédito tem-se a submissão do contribuinte à obrigação de fornecer ao Fisco os dados sobre o lançamento, por meio de modelos instituídos em regulamento ou resolução do Secretário de Estado da Fazenda. Tal obrigação encontra-se prevista no art. 27 da Lei nº 6.763/75:

Art. 27 - Os dados relativos ao lançamento serão fornecidos ao Fisco através de documentos conforme modelos instituídos em regulamento ou resolução do Secretário de Estado da Fazenda.

A obrigação de fornecer dados ao Fisco consubstancia-se por meio da transmissão da DAPI, até o dia nove do mês subsequente ao da apuração, conforme disposto no art. 152, inciso I c/c seu § 1º, inciso III, alínea "b", do Anexo V do RICMS/02:

Art. 152. O contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS entregará, em relação a cada estabelecimento:

I - a Declaração de Apuração e Informação do ICMS, modelo 1 (DAPI 1), quando se tratar de empresa ou produtor rural enquadrados no regime normal de apuração do ICMS;

(...)

§ 1º. A DAPI será entregue:

(...)

III - até o dia 09 (nove) do mês subsequente ao da apuração:

(...)

b) pelos varejistas, inclusive hipermercados, supermercados e lojas de departamentos;

(...)

Posto isso, ressalta-se, de início, que a Impugnante requer a realização de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

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

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Ressalte-se que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000025014-03, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/03/13 a 31/12/17.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização constatou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

Destaque-se também que, em face da informação da Autuada de que sua atividade mais expressiva é a prestação de serviços, ela foi intimada pela Fiscalização a apresentar notas fiscais de serviços, documentos e/ou outros elementos com a finalidade de provar o alegado.

Embora a Autuada não tenha trazido qualquer comprovação de suas alegações, a Fiscalização, com base no art. 51 da Lei nº 6.763/75, arbitrou que o valor referente às saídas desacobertas de mercadorias seria correspondente a 49% (quarenta e nove por cento) e a prestação de serviços responderia pelos outros 51% (cinquenta e um por cento).

Esclarece a Fiscalização que o referido arbitramento foi obtido pela média percentual encontrada após rateio das informações disponíveis nos PGDAS-D de janeiro de 2015 a abril de 2017 (fls. 142/214), uma vez que as DAPIs do período autuado foram apresentadas com os valores zerados. Foram excluídos do cálculo os meses de fevereiro, maio e novembro de 2015, março, abril e maio de 2016, por apresentarem valores zerados tanto para o ICMS, como para o ISSQN. Essa média foi usada em todos os períodos do AI e os valores originais da base de cálculo foram reduzidos a 49% (quarenta e nove por cento) (fls. 132/133).

Foi então efetuada a reformulação do lançamento pela Fiscalização, conforme fls. 127/133.

Necessário destacar que, conforme já relatado, em sessão realizada em 05/12/19, a 2ª Câmara de Julgamento determinou a realização de diligência de fls. 266, para que a Fiscalização analisasse a autuação considerando que, no portal do Simples

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional na *internet*, não consta que o Sujeito Passivo fosse optante pelo Simples no período de 01/01/14 a 31/12/14.

A Fiscalização manifestou-se no sentido de ter cometido um equívoco. Apurou os dados das DAPIs de 2014 e, mais uma vez, reformulou o lançamento às fls. 278/283, considerando corretamente o enquadramento do Contribuinte no Simples Nacional a partir de 2015. Por consequência, também reformulou o Termo de Exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/15 (fls. 284).

Importante sublinhar 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;

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

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

(...)

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

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

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

Importante repetir que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte por meio da Declaração de Apuração e Informação de ICMS (DAPI), estando os valores apurados demonstrados nas planilhas que acompanham o Anexo 2 do Auto de Infração, bem como nos demonstrativos que acompanham a reformulação do crédito tributário.

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:

(...)

Destaca-se que a Fiscalização, embora a Autuada não tenha comprovado a sua atividade de prestação de serviços, com base no art. 51 da Lei nº 6.763/75, e considerando a média percentual encontrada após rateio das informações disponíveis nas DASN da Contribuinte de janeiro de 2015 a abril de 2017 (fls. 142/214), arbitrou o valor referente às saídas desacobertadas de mercadorias em 49% (quarenta e nove por cento) e o correspondente a prestação de serviços em 51% (cinquenta e um por cento), reformulando o lançamento às fls. 278/283.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o Contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o 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;

(...)

Assim, sobre as bases de cálculo obtidas aplicou-se a alíquota de 18% (dezoito por cento) para apuração do ICMS não recolhido pela Autuada, bem como foram identificadas e calculadas as multas aplicáveis, como se verifica nos Anexos 2 a 4 do Auto de Infração.

A Autuada pleiteia a compensação do imposto relativo às entradas de mercadoria, afirmando que não foi observado o princípio da não-cumulatividade do ICMS. Afirma que na determinação do valor do imposto devido nas saídas desacobertadas de notas fiscais deveriam ser considerados os créditos pelas entradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, há que se ressaltar que, caracterizadas as saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

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

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

(...)

Dessa forma, sem razão a Impugnante ao pleitear a compensação do imposto destacado nas notas fiscais de entradas de mercadorias, uma vez que, no que se refere aos débitos não escriturados, gerados pelas irregularidades apuradas no presente lançamento, o prazo para recolhimento do imposto se esgota de imediato, não havendo que se falar em compensação com créditos.

Relativamente às multas aplicadas, registra-se que a multa de 50% (cinquenta por cento) capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal. Já a multa prevista no art. 55, inciso II, foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da Multa de Revalidação com a Multa Isolada obteve autorização do Poder Judiciário deste estado, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, ementada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIAÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Quanto à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, registra-se, por oportuno, que foi adequada ao disposto no inciso I do § 2º do citado artigo, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido.

Correta, também, a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, §

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Portaria nº 148/15 da Superintendência de Receita Estadual - SRE, examine-se:

CTN

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.

PORTARIA nº 148/15

Art. 1º Ficam estabelecidas no Anexo Único desta Portaria as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia. (Grifou-se).

ANEXO ÚNICO (a que se refere o art. 1º da Portaria SRE nº 148/2015):

1. ICMS - OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA

(...)

1.8. ENTRADA, SAÍDA E/OU ESTOQUE DESACOBERTADOS

(...)

1.8.9 - 01.019.011 - Cruzamento Eletrônico de Operações com Cartão de Crédito.

(...)

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 desacobertadas de documentos fiscais, de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 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;

(...)

§ 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

Lei Complementar nº 123/06

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

Resolução CGSN nº 94/11

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

I - da RFB;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

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

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 01/02/15, diversamente do redigido no Termo de Exclusão que consta às fls. 284 dos autos, 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 acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento;

(...)

Por fim, quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do 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, CONCLUO 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, após a reformulação do crédito tributário, verifica-se que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 278/283. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/02/2015. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo.

Sala das Sessões, 27 de agosto de 2020.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

D