

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.541/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000947949-34
Impugnação: 40.010145265-65
Impugnante: Maria José da Silva Silveira
IE: 001069243.00-32
Coobrigados: Késia Almeida Silva Miola
CPF: 074.485.766-07
Maria José da Silva Silveira
CPF: 608.532.556-87
Tiago Santana Miola
CPF: 062.676.576-55
Proc. S. Passivo: Múcio Ricardo Caleiro Acerbi/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. Os Coobrigados são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, incisos II e III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento reformulado pela Fiscalização para inclusão de Mandatários 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 as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (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, V 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. Lançamento reformulado para adequação da multa isolada ao disposto no § 2º, inciso I do art. 55 da referida lei.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI, ambos da Lei Complementar nº 123/06 e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN

nº 94/11. Entretanto, seus efeitos deverão ser a partir de 01/04/13, de acordo com o inciso I do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 e inciso I do § 6º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11.

Lançamento parcialmente procedente. Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/01/13 a 31/12/16, apuradas em razão do confronto entre as vendas realizadas pela Autuada mediante cartões de crédito/débito e as informações contidas nos extratos do Simples Nacional (PGDAS).

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.

A sócia-administradora foi incluída no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art.135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c com o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art.1º, Anexo Único, subitens 1.8.1 e 1.8.9 da Portaria SRE nº 148/15.

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 apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 66/77.

A Fiscalização reformula o lançamento às fls. 1.192 para adequação da multa isolada ao disposto no § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, limitando-a duas vezes o valor do imposto e intima a Autuada a apresentar notas fiscais de prestação de serviços (fls. 1.205).

Em seguida, A Fiscalização lavra outro Termo de Rerratificação para inclusão de novos Coobrigados (fls. 1.206).

A Autuada, às fls. 1.228/1.229, comparece aos autos e informa que conseguiu notas fiscais de prestação de serviços emitidas no período de maio de 2014 a dezembro de 2016, que junta aos autos.

É lavrado então novo Termo de Rerratificação pela Fiscalização, com o acatamento de todas as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas pela Autuada (fls. 1.346/1.359).

Aberta vista, a Autuada manifesta-se às fls. 1.371/1.374.

A Fiscalização, então, manifesta-se às fls. 1.380/1.397.

Em sessão de 31/10/19, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação: 1) apresente as notas fiscais de prestação de serviço de todo período autuado, informando se foram objeto de declaração no PGDAS; 2) demonstre a proporção das prestações de serviços declaradas e das vendas de mercadorias declaradas em relação ao faturamento total declarado no PGDAS; 3) demonstre de forma analítica, considerando todo o período objeto do lançamento, eventuais discrepâncias relacionadas aos montantes informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito (fls. 1.405).

Intimados os Sujeitos Passivos não compareceram aos autos.

A Fiscalização em nova manifestação fiscal (fls. 1.417/1.418) reitera sua argumentação pedindo pela procedência parcial do lançamento, conforme última reformulação do crédito tributário.

DECISÃO

Da Preliminar

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

Aduz que a Fiscalização usou métodos eivados de vícios e que o roteiro fiscal utilizado não encontra respaldo na legislação tributária, além de haver falta de citação dos dispositivos legais que embasam as penalidades exigidas.

Dessa forma haveria violação ao princípio da legalidade e cerceamento ao direito de defesa da Contribuinte

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

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

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula o quesito de fls. 76, “*visando apurar e confrontar os valores efetivamente recebidos pelo contribuinte com aqueles informados pelas operadoras de cartão*”.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Desse modo, como o quesito proposto não demanda especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas ao questionamento encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, no período de 01/01/13 a 31/12/16, apuradas em razão do confronto entre as vendas realizadas pela Autuada mediante cartões de crédito/débito e as informações contidas nos extratos do Simples Nacional (PGDAS).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no inciso I do § 2º do citado artigo da mesma lei.

Os administradores da empresa foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 135, incisos II e III do CTN c/c com o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 1º, Anexo Único, subitens 1.8.1 e 1.8.9 da Portaria SRE nº 148/15.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação tributária (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.

Em sua defesa a Autuada alega, em síntese:

- a ausência de comprovação dos requisitos do art. 135, inciso III do CTN para responsabilização dos coobrigados;

- que o faturamento da empresa se compõe de 50% de comercialização de produtos, sujeitos ao ICMS e 50% de prestação de serviços, sujeitos ao ISSQN, ambos pagos com cartão de crédito, dessa forma estaria o Fisco estadual incorrendo em bitributação e invasão de competência do Fisco municipal;

- afirma que não movimentou vultosos valores, dada à sua condição de microempresa e nem sonegou informações fiscais;

- que as informações prestadas pela operadora de cartão de crédito/débito são equivocadas e que não coincidem com os valores efetivamente faturados e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recebidos pela Contribuinte, apresentado quadro com as datas e “valor líquido da operação supostamente creditada na conta bancária da empresa fiscalizada”;

Requer o acatamento das razões apresentadas e a anulação da exclusão da Contribuinte do Simples Nacional.

Porém, razão não lhe assiste, conforme se verá.

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, V e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

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

(...)

Conforme esclarece a Fiscalização, foram utilizados na autuação as notas fiscais eletrônicas de entrada de mercadorias da empresa (arquivo NFe terceiros, fls. 58- CD) para apuração da situação tributária de cada mercadoria (tributada ou não tributada) (fls. 18 a 22 e 58- CD), que embasaram a metodologia de apuração descrita nos incisos I, V e VII do dispositivo retrocitado.

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões, 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 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"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 realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, constantes de listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares."

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

"Art. 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, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.”

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada e pelas administradoras 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, 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, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e 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.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“III - as informações prestadas pelas 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, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.”

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"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 e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme lei autêntica prevista em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"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 pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação".

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

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

Em relação à autuação, pertinente destacar as seguintes ponderações da Fiscalização dispostas em sua manifestação fiscal:

“A autuada declarou mediante os DASN o seu faturamento, no entanto, esclarecemos que a fiscalização descobriu além do que foi declarado, o não recolhimento do imposto do que não foi declarado ao fisco, mediante confronto dos DASN com as vendas com cartão de crédito desacobertas de documentação fiscal.

Os documentos (declarações, DASN) apresentados pela autuada (fls.89 a 100) só vem a confirmar o trabalho do fisco e mostra detalhadamente o que foi declarado e nada acrescenta em seu favor.

Conforme DASN de jan/2012 a dez/2016 declarados pela autuada, como exemplo fl.90: “Receita Bruta Auferida (regime de competência)” “R\$2.673,89” para o CNPJ “09.524.705/0001-82”; vê-se então, qual foi o faturamento declarado pela empresa para o mês de dezembro de 2013 e qual o regime contábil/fiscal utilizado, o regime de competência, conforme Princípios e Convenções Contábeis e legislações a todos imposta de forma inequívoca

Corroborar com a legislação acima o Demonstrativo do Crédito Tributário-DCT apresentado às fls. 09 e 10, onde se demonstra os encargos principais e acessórios, o período de referência, a data de vencimento, o valor devido e os juros deste PTA e as rerratificações:

- Às fls.1192 a 1195, com a aplicação da lei mais benéfica para a empresa e conseqüente redução da MI;

- Às fls.1346/1363, com o acatamento das nfv-e, agora apresentadas pela autuada e acatadas pelo Fisco, conseqüentemente reduziu o valor do PTA.

A autuada apresenta:

- CD (fl.87) contendo: AI escaneado, arquivo em “pdf”; e arquivos entregues pela fiscalização em CD à fl.58;

- Documentos extrafiscais;

As 4 (quatro) declarações do Simples Nacional referentes aos períodos de apuração de 2013 a 2016; (fls.89 a 100)

Os DASN (fls.89 até 100)

Os Comprovantes de Arrecadação da Receita Federal competência 12/2012 a 12/2016 (fls.101 a 149) contendo a composição dos tributos arrecadados e de competência de cada uma das três esferas de governo, federal, estadual e municipal; (consta apenas o banco e a agência, falta a c/c).

Não apresentou os extratos da movimentação financeira, inclusive bancária (item 3 da Intimação fl.02); se limita a apresentar o extrato eletrônico mod. 0.50.190-9 do Banco do Brasil agência nº 4165-3 e conta corrente nº 12.993-3, tem o CNPJ da empresa (fls.153 até 181); e arquivo em “pdf” onde constam os extratos de 2013 a 2016 em CD (fl.87), (referente às planilhas da autuação de 2013 e 2014)

Relatório “Agenda Financeira (sem identificação, sem CNPJ) EC nº 1021986230 - produto Cielo” (fls.184 até 1189) com movimentações a crédito, à vista e parcelado de todas as bandeiras, visa, mastercard, ..., aceitas pela máquina Cielo; e arquivo texto em CD (fl.87), onde consta “Data Captura Transação”, “Data Prevista 23.541/20/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pagamento” e “Data Pagamento”, referente às planilhas da autuação de 2015 e 2016; como exemplo fls.232 e seguintes, 365 e seguintes, ..., 1018, vários meses e anos com valores fora de ordem de data;

A autuada não apresenta os documentos fiscais que comprovam o seu faturamento e nem entrega livros escriturados conforme os princípios e Convenções contábeis e fiscais, CPCs, Resoluções do CFC e legislações tributárias pertinentes geralmente aceitas.

*Documentos extrafiscais estes em que não se pode evidenciar e nem determinar qual foi o documento fiscal emitido nem mesmo se quer quem foi o destinatário de cada operação de comercialização ou **prestação de serviços**;*

A autuada se limita a apresentar documentos extrafiscais, sem nenhuma transparência quanto à prestação de serviços e às vendas efetuadas, indicação da mercadoria, sua situação tributária e demais elementos para a sua identificação, daí o fisco utilizar suas notas fiscais de compras para a consecução dos trabalhos.”

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito, informadas pelas administradoras dos cartões, e confrontadas com as informações prestadas pela Autuada nos extratos do Simples Nacional (PGDAS) e, como demonstrado pela Fiscalização, a Autuada não trouxe aos autos nenhuma comprovação da regularidade das operações.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante em suas alegações, uma vez que, reitera-se, o Fisco bem fundamentou a sua apuração, ao passo que a Autuada não trouxe aos autos provas capazes de desconstituir a acusação fiscal, especialmente quanto a trazer aos autos a comprovação de emissão de documentação fiscal especificamente vinculada aos pagamentos efetuados por seus clientes mediante cartões de crédito/débito.

Quanto à alegação da Impugnante de bitributação e que as informações prestadas pela operadora de cartão de crédito/débito são equivocadas e que não coincidem com os valores efetivamente faturados e recebidos, como bem destaca a Fiscalização a Autuada não demonstra a bitributação, pois o que recolheu em tributos está declarado pela empresa no Simples e, por sua vez, o que o Fisco está tributando não foi declarado no Simples pela Autuada.

Quanto aos valores recebidos pela Impugnante, ainda que haja contrato relativo a desconto de comissão ou outros, firmado entre a administradora de cartões e a Autuada, o que produziria distorções entre os valores das operações praticadas e o valor repassado pela referida administradora, cabe ressaltar que para efeito de exigência do tributo importa à Fiscalização aplicar a determinação legal para efeito de apuração da base de cálculo do tributo que, via de regra, é o valor da operação. Veja-se 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

Quanto à alíquota, é aplicável às saídas realizadas pela Autuada a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

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 e respectivas operações, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02.

Todavia, relevante pontuar que, em relação à alegação da Autuada de que o faturamento da empresa se compõe de 50% de comercialização de produtos, sujeitos ao ICMS e 50% de prestação de serviços, a Fiscalização esclarece que não houve por parte da Autuada nenhuma comprovação da veracidade dessa afirmação. Entretanto, a Fiscalização intimou a Autuada a apresentar as notas fiscais de prestação de serviços emitidas (fls. 1.205), que, após apresentação, são acatadas, sendo lavrado novo Termo de Rerratificação, (fls. 1.346/1.359), com a exclusão de todas as notas fiscais de prestação de serviços apresentadas.

Além disso, a própria 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em sessão de 31/10/19, concedeu à Autuada novo prazo para que apresentasse outras notas fiscais de prestação de serviço que teriam sido emitidas no período autuado. A Autuada quedou-se da medida e não compareceu aos autos.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLENTO 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 TRIBUTOS 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: EXM^a. SR^a. DES^a. 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.

Por outro lado, o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTOS - 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)

No que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI, ambos da Lei Complementar n.º 123/06 e inciso IV, alíneas "d" e "j" e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11. 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

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

(...)

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

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, 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 à Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, promova saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O marco inicial, para efeitos da exclusão, foi considerado pela Fiscalização como sendo 31/03/13 (fls. 61).

Entretanto, a teor do disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 e inciso IV do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, acima transcritos, a exclusão produz efeitos a partir do mês em que incorridas as infringências determinantes para a referida exclusão, isto é, *in casu*, a prática reiterada de infração, que restou configurada no caso dos autos, nos termos do inciso I do § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 e inciso I do § 6º do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/11, somente em abril de 2013.

Logo, 01/04/13 é o termo inicial para efeitos de exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional.

Quanto à sócia-administradora, correta a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 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:

(...)

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

Também correto, conforme disposto no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75c/c art. 135, incisos II e III, do CTN, o procedimento do Fisco ao inserir como Coobrigados o Sr. Tiago Santana Miola e Sra. Késia Almeida Silva Miola, tendo em vista a procuração a eles outorgada pela Autuada, fls. 83 dos autos, conferindo-lhes amplos poderes para administrar e gerir os negócios da empresa, que resultaram em atos praticados com infração de lei, os quais culminaram nas exigências fiscais descritas no presente PTA.

Por fim, quanto a assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, 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, 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.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1346/1359. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/04/13. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo.

Sala das Sessões, 16 de setembro de 2020.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente