

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.595/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001489724-28
Impugnação: 40.010150265-82, 40.010150266-63 (Coob.)
Impugnante: AP Blocos Indústria e Comércio de Materiais de Construção Eireli
IE: 001632507.00-97
Efigênia Souza Dias (Coob.)
CPF: 318.463.436-15
Proc. S. Passivo: Pietri Uber de Jesus/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c 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 notas fiscais de saída emitidas pela Autuada e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

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 94/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140/18.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no período de abril de 2015 a fevereiro de 2018, apuradas mediante confronto dos valores referentes às vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões com os documentos fiscais de saída emitidos pela Contribuinte.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Foi inserido no polo passivo da autuação, a sócia-administradora, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à lei.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Autuada 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.

Inconformadas, as Autuadas apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 41/65, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 140/170.

DECISÃO

Das Preliminares

As Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Com relação a tais preliminares, alegam, em síntese, três questões:

- 1) - que há nulidade do AI, visto que a ação fiscal deve ser precedida de termos que documentem o início e término do procedimento, conforme inteligência do art. 196 do CTN e art. 69 e o art. 70, do RPTA e que no caso em tela, o Auto de Início de Ação Fiscal foi lavrado sem constar o prazo máximo para a sua finalização, restando cabalmente demonstrado a nulidade da autuação, tendo em vista a ausência de requisito fundamental exigido por lei para a sua plena eficácia jurídica;
- 2)- que o AI é nulo, ainda, pela ausência de comprovação dos fatos, afirmando que a ausência de fundamentação idônea do ato administrativo atinge o elemento forma e que o auto de infração em questão é constituído mediante a realização de várias presunções fáticas, que não são acompanhadas por provas capazes de fundamentar a exigência fiscal;
- que para estimar parte das supostas saídas de mercadorias desacobertadas, foi utilizado como critério, as notas fiscais de entrada, que não guarda relação com tal saída irregular, a uma, porque as competências de aquisição e revenda podem ser distintas, a duas, pois as mercadorias entradas podem

ter sido comercializadas com amparo nas notas fiscais que a própria administração reconhece que a AP Blocos emitiu, a três, porque as mercadorias adquiridas podem não ter sido comercializadas;

3) - que a inteligência do § 3º, do art. 29 da Lei Complementar 123/06, prevê a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, deve ser realizada nos termos da regulamentação do Comitê Gestor do Simples Nacional, sendo regulamentada pela Resolução CGSN 140/18, art. 83, §§ 2º e 4º;

- que o regramento de exclusão do contribuinte do Simples Nacional prevê que a exclusão de ofício só se tornará efetiva após o vencimento do prazo para impugnação do termo de exclusão, caso o contribuinte não o apresente, ou após decisão desfavorável ao contribuinte;

- que o lançamento do crédito tributário consubstanciado no auto de infração foi apurado fora da sistemática do Simples Nacional, sendo certo que tal exclusão só se tornaria efetiva após o vencimento do prazo para impugnação, caso o contribuinte não o apresentasse, ou após decisão definitiva desfavorável a este, citando jurisprudência a esse respeito;

Em relação ao primeiro ponto levantado, o art. 70, § 3º do RPTA dispõe o seguinte:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

(...)

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos pela autoridade fiscal.

(...)

Nota-se que o prazo de validade do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF é de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, inexistindo, portanto, na situação em análise, qualquer vício que pudesse acarretar a sua nulidade.

Ressalta-se que o procedimento administrativo teve início em 27/02/20, com o recebimento do Auto de Início de Ação Fiscal por parte da Contribuinte, tendo sido emitido o Auto de Infração em 22/04/20.

Assim, razão não assiste às Impugnantes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao segundo aspecto arguido pela Defesa, importante mencionar que a Fiscalização analisou corretamente a documentação apresentada pela própria Autuada e as demais informações prestadas pelas administradoras de cartões, de forma lícita.

Não é o fato das Impugnantes discordarem das infringências que lhe são imputadas, que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a elas a comprovação das suas alegações.

Note-se que, em momento algum, as Impugnantes argumentam, em sua defesa, a inexistência de saídas desacobertadas de documentação, bem como não apresentam qualquer prova em contrário, questionamento ou argumento que pudesse afastar ou justificar as saídas desacobertadas.

As demais questões serão abordadas por ocasião da análise do mérito do presente lançamento.

Rejeita-se, pois, também, essa arguição de nulidade do lançamento.

No que se refere à última nulidade levantada, que diz respeito ao Termo de Exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, não obstante toda a argumentação apresentada pelas Impugnantes, observa-se que o procedimento da Fiscalização está correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, atualizado pelo art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

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

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

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

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resolução CGSN nº 140/18

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

(...)

§ 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;

(...)

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, promova 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, atualizado pelo art. 83, § 2º da Resolução CGSN nº 140/18, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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: (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

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

Resolução CGSN nº 140/18

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

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

(...)

Importante realçar que a fundamentação para a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional é exatamente a mesma na qual se baseou a lavratura do Auto de Infração em questão, qual seja, a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária em razão de saída de mercadorias desacobertas.

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, e no caso em tela, as Impugnantes foram intimadas do termo de Exclusão juntamente com o Auto de Infração.

Ressalta-se que a Defesa impugnou a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Cumprir ainda destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Dessa forma, verifica-se que o Termo de Exclusão observou todas as determinações constantes da legislação tributária de modo a garantir-lhe plena validade.

Rejeita-se, pois, as arguições de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme acima relatado, autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal no período de abril de 2015 a fevereiro de 2018, apuradas mediante confronto dos valores referentes às vendas realizadas por meio de cartões de débito/crédito, obtidos por informação das empresas administradoras de cartões com os documentos fiscais de saída emitidos pela Contribuinte.

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 do citado artigo.

Foi inserida no polo passivo da autuação, a sócia-administradora, em função do período autuado, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à lei.

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.

Cumprir destacar que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, em função do confronto entre os valores referentes às operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

informadas pelas Administradoras de cartão e os documentos fiscais da autuada, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000033253.40, anexado às fls. 04, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/04/15 a 30/09/19.

A Contribuinte foi intimada a apresentar, além de outros documentos, o detalhamento das vendas, explicitando, inclusive, a forma de pagamento, se em dinheiro, cheque, crediário, contudo, ficou-se inerte.

Assim, ao realizar o cotejo entre 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 apurou vendas desacobertadas de documentos fiscais, no período autuado.

A Autuada alega, em sua defesa:

- que na consecução do seu objeto social, adquire para revenda vários produtos sujeitos ao regime de substituição tributária (ST), onde o imposto devido nas operações subsequentes é de responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;
- que na tentativa de evitar o bis in idem, a fiscalização adotou a metodologia do arbitramento de rateio, utilizando as NF-e de entrada extraídas do banco de dados da SEF/MG, considerando as entradas com e sem substituição tributária;
- que a administração fiscal entendeu que estavam presentes os requisitos autorizadores da responsabilização de terceiros, inserindo no polo passivo da autuação a titular da AP blocos, à época dos fatos geradores;
- que a utilização da alíquota de 18%, não tem qualquer fundamentação legal, pois não se sabe qual mercadoria foi comercializada e no caso das operações sujeitas à substituição tributária, desconsidera toda a sistemática de cálculo do ICMS-ST (percentual de Margem de Valor Agregado – MVA e/ou o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final), o que certamente acarretará graves distorções na apuração da multa isolada;
- que o regramento de exclusão do contribuinte do Simples Nacional prevê que a exclusão de ofício só se tornará efetiva após o vencimento do prazo para impugnação do termo de exclusão, caso o contribuinte não o apresente, ou após decisão desfavorável ao contribuinte;
- que o lançamento do crédito tributário consubstanciado no auto de infração foi apurado fora da sistemática do Simples Nacional, sendo certo que tal exclusão só se tornaria efetiva após o vencimento do prazo para impugnação, caso o contribuinte não o

apresentasse, ou após decisão definitiva desfavorável a este, citando jurisprudência a esse respeito;

- que para se alcançar a finalidade indireta do ICMS, qual seja, onerar apenas o consumidor final e para afastar o efeito cascata, foi consagrado no art. 155, § 2º da Constituição Federal, o princípio da não cumulatividade;

- que nos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2019, era optante pelo regime simplificado do Simples Nacional, estando proibida de creditar-se do ICMS anteriormente cobrado nas operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, por força do art. 23 da Lei Complementar 123/06;

- que a apuração do ICMS realizada pela autoridade fiscal não aproveitou o crédito do ICMS devido nas operações de entrada, e tão somente, realizou o lançamento do suposto imposto devido (débito) da operação de saída; portanto, o auto de infração deve ser reformulado para constar o aproveitamento do crédito de ICMS nas operações de entrada;

- pede a redução das penalidades aplicadas a patamar razoável e constitucional, limitado ao valor do tributo devido, citando jurisprudência nesse sentido;

- cita que o Inciso I, § 2º do art. 55, II da Lei 6763/75, limita o valor da multa isolada em duas vezes o valor do imposto incidente na operação e que, para tanto, deve-se calcular o valor do ICMS devido na operação de saída e que a autoridade fiscal cometeu um equívoco ao inserir nesse cômputo, o ICMS devido nas operações de saída sem substituição tributária.

Verifica-se, contudo que, de fato, razão não assiste ao Autuado, 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 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 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

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

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

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

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

(...)

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

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

"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 leiante previsto 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

(...)

O Anexo 7 do AI, apresenta os relatórios “Conclusão Fiscal” dos exercícios 2015 a 2018, demonstrando mês a mês, os valores das operações informadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, confrontando-se com as notas fiscais de saída, obtendo-se as diferenças apuradas, denominadas saídas desacobertadas, onde foram arbitrados os valores referentes as saídas sujeitas e não sujeitas à substituição tributária.

O referido arbitramento foi realizado utilizando as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) de entrada extraídas do banco de dados SEF-MG, para rateio da tributação, considerando as entradas com substituição tributária e entradas não sujeitas à substituição tributária, adotando-se como parâmetro, o CFOP (Código Fiscal de Operações e de Prestações) das referidas NF-es, demonstrado nos anexos deste Auto de Infração.

Ressalta-se que a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais, sujeita o contribuinte do Simples Nacional, ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devendo ser observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06 abaixo transcrita.

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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;

(...)

A Defesa argumenta que deveria ser considerado os créditos havidos na operação, respeitando o princípio da não cumulatividade, impedindo a cobrança excessiva do tributo. Todavia razão não lhe assiste.

Além do já exposto acima, a respeito da autuação por saída desacobertada, em que deve ser cobrado integralmente o valor do imposto incidente na operação, não se considerando o eventual crédito que poderia ter sido lançado na apuração do imposto, caso a operação houvesse ocorrido com acobertamento fiscal, o regime de tributação ao qual a Contribuinte Autuada está enquadrada veda a utilização de créditos para apurar o montante de imposto devido.

Essa foi uma opção da Contribuinte. Ao aderir ao regime de tributação do Simples Nacional abriu mão da apuração do imposto pelo sistema de débito e crédito.

Assim, enquadra-se ao regime único de tributação, nos termos do art. 1º da Lei Complementar nº 123/06. Dessa forma, não há que se falar em afronta ao princípio da não cumulatividade do imposto, previsto no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição da República de 1988 (CR/88), visto que a Autuada optou pelo regime de tributação do Simples Nacional e, portanto, não faz jus ao aproveitamento de créditos de ICMS, que é permitido na sistemática de apuração do imposto por débito e crédito

Ressalta-se, ainda, que 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, os 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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

Quanto às penalidades exigidas, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco, em se tratando de multas previstas na legislação estadual e aplicadas nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75.

As multas exigidas das Impugnantes se referem ao não cumprimento da obrigação principal de recolher tributo (multa de revalidação) e ao descumprimento de obrigação acessória (multa isolada). A Multa Isolada está prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, obedecido o limite estabelecido no inciso I do § 2 do mesmo artigo, bem como a Multa de Revalidação, com fulcro no inciso II do art. 56 do mesmo diploma legal, exigida ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS devido.

Importante destacar que a multa isolada, por descumprir a obrigação de emitir documentos fiscais de saídas de mercadorias, se refere tanto às operações que estariam sujeitas à substituição tributária, quanto o às que não estariam sujeitas.

Portanto, nos termos do Art. 1º, da Instrução Normativa SUTRI Nº 003, de 19 de maio de 2006, na operação ou prestação alcançada pelo ICMS, na qual o imposto tenha sido retido ou recolhido antecipadamente pelo regime de substituição tributária, ou em razão de técnica fiscal na apuração de irregularidade e que resulte na aplicação apenas de multa isolada ou na exigência de parcela do imposto, os limitadores previstos no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, terão como parâmetros o valor da operação ou prestação constatada e do imposto incidente, embora não integrante do crédito tributário constituído.

Assim, nas operações com ST, não se exigiu ICMS, no entanto, utilizou-se a alíquota de 18%, que é a incidente na operação, para efeito de cálculo do limitador da MI. Nas operações sem ST, exigiu-se o ICMS com a alíquota de 18%, que é a prevista para o caso, além da Multa de Revalidação (50% sobre o ICMS) e Multa Isolada (40% sobre as diferenças apuradas, respeitando o limitador de duas vezes o valor do ICMS).

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Correta, também, a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Por fim, repisa-se, que 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, promova saídas a mercadorias desacobertas de documentos fiscais e, dessa forma, o Termo de Exclusão observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, conforme já mencionado acima.

Assim, correta a exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais de forma reiterada.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 05 de maio de 2021.

**Cindy Andrade Moraes
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor**