

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.702/21/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000966008-43  
Impugnação: 40.010145718-46, 40.010145720-01 (Coob.), 40.010145719-27 (Coob.)  
Impugnante: SJF Restaurantes - Eireli  
IE: 002356579.00-16  
Mônica Giovannini da Silva Fernandes (Coob.)  
CPF: 329.227.286-68  
Rodrigo Fonseca Gonçalves (Coob.)  
CPF: 048.375.946-54  
Proc. S. Passivo: Rodrigo Fonseca Gonçalves, Eliane Aparecida Roriz Alves  
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO.** O administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EIRELI – CORRETA A ELEIÇÃO.** O titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Comprovado nos autos a prática de atos que repercutiram no descumprimento das obrigações tributárias. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

**MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO.** Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização 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 reformulado pela Fiscalização. 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 desacobertas 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.**

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.**

---

**RELATÓRIO**

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

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

Foram incluídos no polo passivo, como Coobrigados, o administrador Rodrigo Fonseca Gonçalves e a titular pessoa física Mônica Giovannini da Silva Fernandes, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Trata, ainda, o lançamento, acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º e 3º, da citada lei. O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 30 dos autos.

Inconformados, os Autuados apresentam, conjuntamente, tempestivamente e por sua procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 35/39.

Alega, em síntese, que a autuação é parcial e que há um desconhecimento, por parte do Fisco, da legislação que regula a atividade dos restaurantes, mencionando a Portaria SRE nº 132/14 em seu art. 122, entendendo lhe ser aplicável.

Afirma que no Bloco III, requisito XXIX-1 e alínea "n" da portaria citada, está prevista a possibilidade de a mesa do restaurante ser coletiva, aduzindo que o argumento, de que os pagamentos em cartão que não possuem correlação idêntica com um determinado documento fiscal, é falho, abusivo e ilegal.

Acrescenta que a Fiscalização não analisou o impacto da gorjeta nas emissões fiscais, ratificando a lisura da atuação empresarial.

Elabora quadro demonstrativo de fls. 37/38, no qual compara o valor declarado pela empresa conforme Extrato do Simples Nacional em confronto com as receitas obtidas por cartão de crédito e débito, para demonstrar, que o faturamento declarado ao Simples Nacional é maior que as vendas por cartão de crédito/débito, e que por este motivo a empresa não sonou impostos e não realizou vendas desacobertas de documento fiscal.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pugna pela caracterização de natureza confiscatória das penalidades aplicadas, requerendo sua anulação.

Ainda, impugnou o Termo de Exclusão do Simples Nacional, aduzindo que não houve reincidência.

Por fim, pleiteia a anulação do Auto de Infração e da exclusão de ofício do Simples Nacional.

O Fisco manifesta-se às fls. 63/72, refutando as alegações da Autuada.

Aduz que a obrigatoriedade de emitir documento fiscal correspondente a cada operação realizada, assim como a obrigação de pagar o imposto devido, encontram-se previstas no art. 16, incisos VII e IX da Lei nº 6.763/75, reproduzidas no art. 96 do RICMS/02.

Acrescenta que a Impugnante não demonstra, sequer por amostragem, os fatos que alega, sendo que as planilhas de fls. 37/38 demonstram valores globais, que não se prestam para comparar com o trabalho fiscal.

Salienta que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo por operação das vendas com cartão de crédito ou débito, conforme informação das administradoras (Anexos 5 e 6 do Auto de Infração), com os cupons e notas fiscais de saída emitidas pela Autuada, estando o comparativo demonstrado no Anexo 8.

Refuta as alegações de confiscatoriedade das penalidades.

Reporta-se à Lei Complementar nº 123/06, para validar a correção do procedimento de notificação da exclusão do Simples Nacional e da lavratura do referido Termo, esmiuçando artigos referentes à conduta reiterada e reincidência, devidamente identificadas na atuação da Impugnante.

Por fim, pede pela procedência do lançamento e improcedência da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

A Câmara de Julgamento exara o Despacho Interlocutório de fls. 78, com a finalidade de que a Impugnante demonstre e comprove os alegados pagamentos de gorjetas embutidos nos valores apurados pela Fiscalização, o qual é cumprido pela Autuada às fls. 88/90.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 92, alegando que não houve a devida comprovação de que os valores a título de “acréscimos” nos relatórios apresentados tratam efetivamente de gorjetas, acrescentando ainda que a Impugnante teria outras opções de documentos hábeis a comprovar suas alegações. Pede pela manutenção do Auto de Infração.

A Câmara de Julgamento determina a realização de Diligência de fls. 95, para que a Fiscalização esclareça o cálculo da multa isolada constante na planilha de fls. 29.

A Fiscalização verifica houve um equívoco no cálculo da multa isolada o que resulta na reformulação do lançamento às fls. 97/101. E, ainda, desmembra o Auto de Infração em comento, gerando outro AI complementar de nº 01.001209308-36, em razão do período da corresponsabilidade de cada Coobrigado.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 136/140.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 155/158, pedindo que seja julgado parcialmente procedentes os lançamentos, nos termos da reformulação de fls. 97/101, com a manutenção dos coobrigados no polo passivo da autuação, bem como a exclusão do regime do Simples Nacional.

### **DECISÃO**

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

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

Foram incluídos no polo passivo, como Coobrigados, o administrador Rodrigo Fonseca Gonçalves e a titular pessoa física Mônica Giovannini da Silva Fernandes, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

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.

Cumprido destacar que a Fiscalização realizou confronto dos valores e datas referentes às operações de vendas por meio de cartão de crédito/débito, obtidos através dos arquivos eletrônicos transmitidos pelas empresas administradoras de cartões, com as notas fiscais de venda a consumidor e cupons fiscais emitidos pelo Contribuinte e, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000023263.51, anexado às fls. 02.

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

Embora o previsto na Portaria SRE nº 132/14 admita o fechamento das vendas efetuadas por bares, restaurantes e semelhantes por mesa, e que estas podem ser coletivas, a obrigatoriedade de emitir documento fiscal correspondente a cada operação realizada, assim como a obrigação de pagar o imposto devido encontram-se previstas no art. 16, incisos VII e IX da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

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

(...)

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

Tais obrigações encontram-se reproduzidas no art. 96 do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

(...)

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*:

**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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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](http://www.fazenda.mg.gov.br), cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

(...)

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

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

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

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico [www.sintegra.gov.br](http://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 Autuada e 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;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões, Anexos 5 e 6), com os cupons e notas fiscais de saída emitidas pela Autuada, estando o comparativo demonstrado em planilhas (Anexo 8) e, após a reformulação do crédito tributário, o cálculo está demonstrado na planilha de fls. 101.

Às fls. 37/38, a Impugnante apresenta uma planilha mostrando valores globais, que não se prestam para comparar com o trabalho fiscal, visto que adota comparativo mensal entre valores informados como faturamento do Simples Nacional em confronto com as vendas de cartão de crédito/débito.

Quanto ao argumento de que a Fiscalização deixou de analisar o impacto das gorjetas nas emissões fiscais, não foi apresentada nenhuma evidência que comprove valores a deduzir, o que seria facilmente comprovado pela Impugnante. Portanto, trata-se de alegação destituída de qualquer elemento de prova.

Ainda assim, a 3ª Câmara de Julgamento, em busca da verdade material, exarou o Despacho Interlocutório de fls. 78 com a finalidade de que a Impugnante demonstre e comprove os alegados pagamentos de gorjetas embutidos nos valores apurados pela Fiscalização.

A Impugnante, em atendimento ao solicitado, apresenta 7 (sete) Relatórios Detalhado de Notas e Cupom referentes a vendas entre os dias 26 e 27 de setembro de 2018, anexados às fls. 89-v/90, que demonstram valores descritos como "Acréscimos"

que foram agregados ao valor total da conta. Porém, não é possível afirmar se tratar de gorjetas e, ainda, o período de emissão desses relatórios não está compreendido no período autuado.

A 3ª Câmara de Julgamento determina a realização da Diligência às fls. 95 para que a Fiscalização esclareça o cálculo da multa isolada constante na planilha de fls. 29.

Em atendimento à diligência, a Fiscalização esclarece que foi analisada a memória de cálculo efetuada pelo Auditor Fiscal autuante e explica que, sobre as diferenças apuradas no Auto de Infração aplicou-se a proporção de saídas com e sem ST.

Porém, ao analisar o cálculo, verificou-se que, ao efetuar a transposição da proporção de valores das saídas desacobertadas com e sem ST houve uma inversão, sendo aplicada a proporcionalidade das saídas com ST para apuração de saídas sem ST e vice-versa.

Diante disso, o Crédito Tributário foi reformulado, em conformidade com os percentuais demonstrados no Anexo 9 (fls. 22/23).

A multa isolada foi aplicada no percentual de 40%, nos termos do inciso II do art. 55, da Lei nº 6.763/75, respeitando o limitador de duas vezes o valor do imposto incidente na operação, nos termos do inciso I, do § 2º, do mesmo artigo.

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

(...)

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

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação; (grifou-se)

Assim, nas operações com ST, não se cobrou ICMS, no entanto, utilizou-se a alíquota de 18% (dezoito por cento), que é a incidente na operação, para efeito de cálculo do limitador da MI. Nas operações sem ST, cobrou-se o ICMS com a alíquota de 8,4% (oito vírgula quatro por cento), que é a prevista para o caso.

Além disso, em razão das corresponsabilidades distintas, o referido PTA foi desmembrado, com a emissão de outro PTA, conforme segue:

- alteração do presente Auto de Infração nº 01.000966008.43, compreendendo o período de janeiro a março de 2015, tendo como coobrigados o administrador Rodrigo Fonseca Gonçalves e a titular da empresa individual de



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsabilidade limitada Mônica Giovannini da Silva Fernandes, em razão da saída do administrador Rodrigo Fonseca Goncalves do quadro societário em 01/04/15;

- lavratura do Auto de Infração de nº 01.001209308.36, compreendendo o período de abril de 2015 a junho de 2017, tendo como coobrigada a empresária individual de responsabilidade limitada Mônica Giovannini da Silva Fernandes.

Considerando tratar-se de AIs Complementares, por necessidade de separação da responsabilidade tributária dos sujeitos passivos por períodos de referência e irregularidade constatada, o rito procedimental torna-se definido considerando-se o somatório dos valores dos AIs, nos termos do art. 150, § 2º, do RPTA - Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, estabelecido pelo Decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008.

A reformulação do crédito tributário consta às fls. 97/101.

Sobre a Multa de Revalidação aplicada por falta de pagamento do ICMS apurado, no percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, conforme se verifica no quadro demonstrativo do crédito tributário de fls. 29, observou-se o disposto no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, a saber:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso 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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

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

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO

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

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 TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

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

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

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

Cumprido destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, 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;

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

No caso, o Contribuinte foi intimado da exclusão juntamente com o Auto de Infração (fls. 31), 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.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO

SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO), 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

#### MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...) (GRIFOU-SE).

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

No tocante à sujeição passiva, foram eleitos corretamente para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa Autuada, a titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) e o administrador, nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, do CTN e 21, §2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

### 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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

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.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), que efetivamente é quem participa das deliberações e responde pelos negócios da empresa.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do STJ para a responsabilização solidária do sócio.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da



**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 97/101. Vencido, em parte, o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Relator), que ainda excluía os valores relativos às gorjetas. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Designada relatora a Conselheira Renata Pereira Schetini (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Thiago Álvares Feital.

**Sala das Sessões, 09 de março de 2021.**

**Renata Pereira Schetini**  
**Relatora designada**

**Eduardo de Souza Assis**  
**Presidente**

D

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Acórdão: 23.702/21/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000966008-43  
Impugnação: 40.010145718-46, 40.010145720-01 (Coob.), 40.010145719-27 (Coob.)  
Impugnante: SJF Restaurantes - Eireli  
IE: 002356579.00-16  
Mônica Giovannini da Silva Fernandes (Coob.)  
CPF: 329.227.286-68  
Rodrigo Fonseca Gonçalves (Coob.)  
CPF: 048.375.946-54  
Proc. S. Passivo: Rodrigo Fonseca Gonçalves, Eliane Aparecida Roriz Alves  
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

Voto proferido pelo Conselheiro Eduardo de Souza Assis, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

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

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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado artigo.

Importante ressaltar, que após a diligência determinada pela 3ª Câmara às fls. 95, o crédito tributário foi reformulado pela Fiscalização com a diminuição dos valores das rubricas autuadas e a alteração do período de referência das exigências para o interregno entre 01/01/15 a 31/03/15.

A 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, decidiu: “(...) *por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 97/101. Vencido, em parte, o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Relator), que ainda excluía os valores relativos às gorjetas. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. (...)*”.

Portanto, este Conselheiro ficou, em parte, vencido por discordar dos pressupostos de fundamentação dos votos majoritários utilizados para desconsiderar a

necessária exclusão das gorjetas da composição da base de cálculo que serviu para a constituição do crédito tributário, na forma do acima disposto.

*Data máxima vênia*, não há como assimilar a prolatada manutenção dos valores cobrados dos consumidores a título de gorjeta, diante das provas e fatos acostados aos autos.

Inicialmente, *mister* recordar a convergência dos entendimentos com relação ao termo de exclusão do programa “Simples Nacional” e o fato motivador da autuação. Induvidosa a prática reiterada da venda de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal por presunção legalmente estabelecida, apurada mediante o cruzamento dos valores declarados ao erário, com a emissão de cupons fiscais e aqueles informados pelas administradoras dos cartões de débito e crédito.

Verifica-se, em relação ao tema de discordância, que a gorjeta é tratada pela legislação mineira no § 7º do art. 43 do RICMS/02, com efeitos a partir de 01/09/13, estabelecido pelo Decreto nº 46.274, de 10/07/13, como segue:

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:

(...)

§ 7º Não se inclui na base de cálculo do imposto o valor da gorjeta relativa ao fornecimento de alimentação e bebidas por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, desde que limitada a 10% (dez por cento) do valor da conta.

E esse também não foi o ponto discrepante entre os votos proferidos na sessão de julgamento, uma vez que estão todos cientes da exclusão prevista na legislação vigente, conforme acima disposto, e, ainda, cientificados de que o crédito tributário fora constituído com os valores totais cobrados do consumidor final.

Ainda primordial trazer à baila a definição do que seria considerado gorjeta, nesse caso, socorrendo ao disposto no § 3º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43, com a alteração formatada pela Lei nº 13.419/17, a saber:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

(...)

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.

Continuando na seara trabalhista, está previsto na Súmula nº 354 do TST, que “as gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado”.

Diante de todo o acima exposto, é cediço que a gorjeta cobrada sobre os valores de consumo é considerada como remuneração do empregado e, dessa forma, não deve ser tributada pelo ICMS, como se base de cálculo de mercadoria fosse. Esse inclusive é o entendimento externado pela SUTRI/SEF na resposta dada na Consulta de Contribuinte nº 023/19.

Pela fundamentação da decisão vencedora, não se vislumbrou nos autos evidências que comprovassem valores a deduzir. Com as devidas escusas, não há como comungar com essa interpretação.

Conforme se depreende do Anexo 4 dos autos, a Fiscalização extraiu dados da memória fiscal do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF e elaborou uma planilha com todos os cupons fiscais emitidos pela Autuada, os quais serviram para o cruzamento de informações, culminando na autuação.

Ocorre que, na planilha do acima referenciado anexo, existe uma coluna denominada “VLRACR” com valores relativos ao acréscimo de 10% (dez por cento) sobre o consumo de mercadorias identificadas em cada cupom fiscal, ou seja, do consumidor foi cobrada uma taxa sobre seu consumo no estabelecimento a título de gratificação para os trabalhadores, fato muito comum no mercado nacional.

Desse modo, entendo configurada a condição estabelecida no § 3º do art. 457 da CLT alhures estampado. Qualquer ilicitude no procedimento de distribuição desses valores agregados às comandas de consumo, faturados via emissão de cupons fiscais, extrapola a competência tributária, são afetos à seara trabalhista e, portanto, devem ser decotados da base de cálculo que serviu para a constituição do crédito tributário nos exatos termos do previsto no § 7º do art. 43 do RICMS/02.

**Sala das Sessões, 09 de março de 2021.**

**Eduardo de Souza Assis  
Conselheiro**