

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.915/21/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001810604-67
Impugnação: 40.010151437-24
Impugnante: SMX Comércio de Calçados Ltda
IE: 001859901.01-82
Coobrigados: Gilmar Teodoro Novaes
CPF: 247.773.826-72
Vanderlei Corral
CPF: 004.217.648-48
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de 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 - SUJEITO PASSIVO - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão da Autuada do polo passivo da obrigação tributária, visto que foi extinta antes da lavratura do Auto de Infração.

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 (PGDASN-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de 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 nos termos do § 2º, inciso I da mencionada lei.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, nos termos do 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.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias não declaradas, constatadas mediante confronto entre as saídas declaradas pela Contribuinte no PGDAS e os valores informados por administradoras de cartão de crédito/débito, no período de julho de 2017 a janeiro de 2018.

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, inciso I do citado artigo.

Também foi lavrado Termo de exclusão do Simples Nacional (fls. 16), em função da prática reiterada de infração, nos termos do art. 29, incisos V e XI, § § 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06.

Foram incluídos no polo passivo da autuação os Srs. Gilmar Teodoro Novaes e Vanderlei Corral, sócios-administradores da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu sócio, Impugnação às fls. 24, para alegar que:

- a empresa autuada (que era uma filial) extinguiu suas atividades em 03 de julho de 2017;
- à ocasião, a empresa matriz foi transferida para o local onde antes funcionava a filial autuada e seguiu utilizando a máquina de cartão registrada no CNPJ da filial, em virtude de um equívoco por parte do banco, no processo de alteração do CNPJ;
- todas as vendas autuadas foram realizadas pela empresa matriz.

Anexa instrumentos de alteração contratual e certidão de baixa da filial para comprovar o afirmado.

Da Reformulação do crédito tributário

Diante dos argumentos da impugnante, o Fisco acata parcialmente a impugnação. Tendo baixado os arquivos do Sintegra transmitidos pela empresa matriz e pela filial, o Fisco cruzou os dados contidos nos Registros 60D (vendas diárias de cupons fiscais) com aqueles contidos no Registro 65 (detalhamento por operação de cartão de crédito/débito).

Constatadas vendas realizadas com cupons fiscais relativos à inscrição estadual da matriz compatíveis com vendas de cartão de crédito/débito da filial, os respectivos valores foram excluídos da autuação, restando apenas os valores contidos nos registros 65 que não possuíam contraparte em termos de datas e valores com os Registros 60D, conforme Termo de reformulação do crédito tributário às fls. 44/45.

Do aditamento à impugnação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Intimada da reformulação do crédito tributário, a Impugnante apresenta aditamento à Impugnação às fls. 55/58, com os seguintes argumentos, em síntese:

- aduz que o procedimento adotado pelo Fisco, qual seja a comparação entre os registros 60D e 65 do Sintegra é equivocado, porque, uma vez que existem outras formas de pagamento além do cartão de crédito, os valores de ambos nem sempre coincidirão;

- relata que a divergência entre os registros 60D e 65, sendo o registro 60D maior do que o 65, se deve unicamente a existências destes pagamentos em outros meios;

- assevera que não se pode falar em omissão de receitas, uma vez que em todos os casos de divergência entre os valores, aqueles referentes ao Registro 60D são superiores aos valores do Registro 65, ou seja, as vendas declaradas seriam sempre superiores aos recebimentos via cartão de crédito/débito;

- acrescenta que o mesmo se verificaria quando se compara o resumo diário de vendas com os valores declarados pela empresa nos extratos do Simples Nacional e balancetes anexados pela Impugnante aos autos.

- conclui afirmando que como os documentos arrolados nos autos demonstram que a presunção da Fiscalização de que os valores relativos às operações realizadas com cartões de crédito/débito são superiores ao total de vendas declaradas é incorreta, a autuação teria perdido o seu objeto.

Nestes termos, pede a extinção da autuação.

Da Manifestação fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 109/124, contrapondo-se aos argumentos da Impugnante, nos seguintes termos:

- aduz que o procedimento adotado pela Fiscalização é idôneo e encontra-se previsto no art. 194, incisos I a VII do RICMS/02, matéria que foi regulamentada pelos arts 10-A e 13-A, Parte 1, Anexo VII do RICMS/02;

- ressalta que as informações prestadas por administradoras de cartões de crédito/débito são documentos fiscais, nos termos do art. 132, incisos II e III do RICMS/02;

- argumenta que na planilha de detalhamento das operações realizadas pela Impugnante estão listados todos os valores de vendas efetuadas mediante débito/crédito, discriminados por operação e contendo os seguintes dados: CNPJ, I.E., UF e razão social da administradora, CNPJ da Impugnante, data da operação, número de comprovante atribuído pela operadora, natureza da operação (se débito ou crédito), tipo de operação, valor bruto, modelo de documento fiscal e número do documento fiscal. O documento permite ao Fisco determinar quais vendas foram feitas, quando estas vendas foram feitas e o valor bruto de cada uma;

- afirma que realmente o Registro 60D será sempre superior ao Registro 65, uma vez que existem outras formas de recebimento além de Cartão de Crédito/Débito, tais como, o pagamento em dinheiro, cheque, transferência bancária, etc. Contudo,

afirma o Fisco que o cruzamento do Registro 65 com os Registros 60D da Matriz e da Filial demonstrou a existência de vendas realizadas com cartão de crédito/débito sem a emissão do respectivo cupom fiscal e que os valores relativos às constantes dos Registros 60D da Matriz e Filial, que não integram o Registro 65, e que contemplam todas as outras formas de recebimento da empresa não podem ser abatidos das vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, por serem formas diversas de recebimentos;

- acrescenta que é correta a inclusão do Coobrigado no polo passivo da autuação, tendo em vista o sócio possuía conhecimento das operações realizadas sem emissão das notas fiscais, que configuram infringência à legislação tributária;

- afirma que a exclusão do Simples Nacional é medida que se impõe, nos termos da Lei Complementar n.º 123/06, tendo em vista que a Impugnante deu saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Pede, então, seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação efetuada às fls. 44/47.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias não declaradas, constatadas mediante confronto entre as saídas declaradas pela Contribuinte no PGDAS e os valores informados por administradoras de cartão de crédito/débito, no período de julho de 2017 a janeiro de 2018.

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

Também foi lavrado Termo de exclusão do Simples Nacional (fls. 16), em função da prática reiterada de infração, nos termos do art. 29, incisos V e XI, § § 1º e 3º da Lei Complementar n.º 123/06.

Foram incluídos no polo passivo da autuação os Srs. Gilmar Teodoro Novaes e Vanderlei Corral, sócios-administradores da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

A irregularidade cometida foi constatada mediante requisição de extratos relativos a operações da Impugnante junto a administradoras de cartões de crédito e débito.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartões de crédito e débito com as saídas de mercadorias informadas pela Impugnante em suas declarações, constatou-se a existência de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. A obrigação das administradoras de cartões em fornecer tal documentação está prevista no art. 6º, da Lei Complementar n.º 105/01:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

No mesmo sentido a previsão contida no art. 10-A e 13-A, Parte 1, Anexo VII do RICMS/02:

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>.

Parágrafo único. Os arquivos eletrônicos de que trata o caput serão:

I - mantidos de acordo com as instruções instituídas em ato COTEPE/ICMS, e conterão todos os registros exigidos, inclusive o Registro Tipo 65;

II - dispensados quando se referirem às operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos das próprias administradoras dos cartões ou por estabelecimentos de empresas coligadas e desde que tais estabelecimentos mantenham e promovam a entrega do arquivo eletrônico a que se refere o art. 10 deste Anexo.

(...)

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.

Trata-se de um procedimento idôneo e regulamentado pelo art. 194, inciso VII do RICMS/02:

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

(...)

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;

No presente caso, verifica-se divergência entre os Registros 60D e 65 do Sintegra. Como se sabe, o Registro 60D (resumo diário) contém informações totalizadas por código da mercadoria, produto ou serviço registrado nos documentos fiscais emitidos diariamente pelo ECF.

Já o Registro 65 consolida os dados remetidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito do sujeito passivo. Deste modo, é evidente que o registro 65 conterà menos operações do que o Registro 60D, considerando que a Impugnante realiza outras formas de recebimento além dos cartões de crédito/débito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, seguindo-se uma lógica singela, aquelas operações contidas no Registro 65 que não encontrem correspondente no registro 60D constituem operações de venda realizadas com cartões de crédito/débito que não foram declaradas.

Não prospera, portanto, a alegação da Impugnante de que o lançamento estaria embasado em uma presunção incorreta. Ademais, os documentos juntados aos autos pela Impugnante não foram capazes de afastar completamente a autuação, levando apenas à reformulação do crédito no que diz respeito às vendas realizadas pela matriz usando-se a máquina de cartão da filial.

Sobre a capitulação das infrações cometidas, verifica-se que estão corretas.

Também correta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, em face do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional e do 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.

Da ilegitimidade passiva

Ressalta-se, por fim, que a empresa autuada SMX Comércio de Calçados Ltda foi extinta em 2017 antes, portanto, da lavratura do Auto de Infração que se deu em 2020.

Desta maneira, deve ser excluída do polo passivo da autuação, subsistindo a responsabilidade apenas em relação aos sócios arrolados como Coobrigados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, a fundamentação é a ocorrência reiterada de infração à legislação tributária em razão de saída de mercadorias desacobertadas.

Mais especificamente, a venda de mercadorias sem a emissão dos devidos documentos fiscais. A este respeito, os seguintes dispositivos da 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. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3(três) anos-calendário seguintes.

(...)

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

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Dessa forma, é forçoso concluir que a legislação estabelece a exclusão da Contribuinte do regime simplificado a partir de agosto de 2017.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 44/47, e, ainda para excluir a Autuada SMX Comércio de Calçados Ltda por ilegitimidade da parte. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Paula Prado Veiga de Pinho.

Sala das Sessões, 31 de agosto de 2021.

**Thiago Álvares Feital
Relator**

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor**