

Acórdão: 24.371/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002490310-50
Impugnação: 40.010155038-44
Impugnante: Alessandra Daiani Amaral
CPF: 100.124.446-00
Proc. S. Passivo: MIRLENE APARECIDA FERREIRA
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I 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. Contudo, deve-se excluir as exigências fiscais referentes ao período anterior a 29/01/21.

Lançamento parcialmente procedente. 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, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/21 a 31/12/21.

Exigência 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.

A exigência fiscal foi direcionada para a empresária – pessoa física, pelo fato de a pessoa jurídica de mesma titularidade (CNPJ nº 37.455.746/0001-08 e Inscrição Estadual - IE nº 003.757.670.00-25) ter sido baixada no Cadastro de Contribuintes deste Estado, em 29/01/21 e cujo regime de recolhimento do ICMS era Simples Nacional/MEI a partir de 18/06/20, data do início das atividades.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 21/31, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 46/64.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Alegação de Ilegitimidade Passiva

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

Alega que é parte ilegítima para figurar como sujeito passivo da obrigação tributária, reproduz o art. 135 do Código Tributário Nacional - CTN e o art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 e afirma ser imprescindível a comprovação de que o não pagamento do tributo se deu por ato ilegal comissivo ou omissivo e/ou atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei por parte do titular, não restando demonstrado que ela, Impugnante, tenha incorrido nas hipóteses acima, tampouco de dissolução irregular da empresa, não podendo ser atribuída a ela a responsabilidade tributária.

Argumenta que é ônus da Autoridade Fiscalizadora apurar e demonstrar o ato ilícito praticado pela titular, para somente depois incluí-la como sujeito passivo.

Reproduz a Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Conclui que *“é nula a pretensão da Fazenda em apropriar-se do patrimônio particular da Impugnante, sem demonstrar que esta tenha praticado infração à lei.”*

Contudo, para a análise dos argumentos acima apresentados, importante considerar de início a distinção jurídica entre:

- pessoa física, que busca a formalização, por meio do enquadramento como Microempreendedora Individual junto ao Simples Nacional e mantém a inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado;

- pessoa física que atua, com habitualidade, realizando operações de circulação de mercadoria, descritas como fatos geradores do ICMS, a qual, segundo o art. 14, § 1º da Lei nº 6.763/75, deve ser considerada contribuinte do imposto. Veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definida como fato gerador do imposto.

Neste segundo caso, a pessoa física deixa de optar por estar protegida pelos direitos que a formalização proporciona.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante esclarecer neste caso que, no período entre 18/06/20 e 28/01/21, a Sr.^a Alessandra Daiani Amaral, mesmo enquanto pessoa física, esteve:

- optante pelo regime de tributação do Simples Nacional e enquadrada como Microempresendedora Individual;
- inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado de Minas Gerais sob o nº 003757670.00-25;
- inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o nº 37.455.746/0001-08.

Neste período, sua atuação comercial encontrava-se protegida pelas regras de direito tributário, que sua condição jurídica proporcionava, dentre elas, o fato de não estar obrigada a emitir nota fiscal senão em situações específicas. E ainda, de recolher o ICMS na forma prevista para o MEI na Lei Complementar nº 123/06.

Ocorre que a Sr.^a Alessandra Daiani Amaral decidiu requerer a baixa de sua inscrição estadual, a qual se consumou a partir de 29/01/21, conforme explica o Fisco em seu Relatório às fls. 08/15.

Sendo assim, pelas razões expostas, a partir da baixa, a Autuada deve ser considerada como pessoa física, contribuinte do ICMS que realiza, habitualmente, operações de circulação de mercadoria, descritas como fatos geradores do imposto e, portanto, como Contribuinte, submetida ao regime geral de recolhimento, denominado “débito e crédito”.

Em consonância com este entendimento, verifica-se que o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF foi emitido em nome da Sr.^a Alessandra Daiani Amaral, assim como o Auto de Infração.

Tal comportamento da Fiscalização, objetivamente considerado, se coaduna com o entendimento desta Câmara de que a inclusão da Sr.^a Alessandra Daiani Amaral no polo passivo não se deu pelo fato de ser a Microempresendedora Individual, sob a inscrição estadual nº 003757670.00-25 e o CNPJ nº 37.455.746/0001-08.

Como já afirmado, de fato e de direito, a Autuada abriu mão dessa situação jurídica, a partir da data em que a baixa fora consumada.

Desde então, pratica atos jurídicos que são fatos geradores do ICMS, já não mais como Microempresendedora Individual.

Sendo assim, a partir desse momento, correta a sua inclusão no polo passivo da presente atuação,

Este Conselho de Contribuintes frente a situações idênticas a esta ora analisada já firmou posicionamento claro quanto a eleição do Sócio como responsável tributário.

Nesse sentido, veja-se arresto de decisão proferida pela 3^a Câmara consubstanciada no Acórdão nº 24.348/22/3^a, *in verbis*:

VERIFICA-SE QUE RESPONDE SOLIDARIAMENTE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EXAME, O SÓCIO ADMINISTRADOR, QUE

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EFETIVAMENTE É QUEM PARTICIPA DAS DELIBERAÇÕES E NOS NEGÓCIOS SOCIAIS 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, MAS SIM A AÇÃO OU OMISSÃO QUE CAUSOU PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA MINEIRA, EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ PARA A RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES.

INDIVIDUOSO, NO CASO, QUE A SÓCIA-ADMINISTRADORA TINHA CONHECIMENTO E PODER DE COMANDO SOBRE TODA E QUALQUER OPERAÇÃO PRATICADA PELA EMPRESA, SENDO CERTO QUE AS INFRAÇÕES APURADAS CARACTERIZAM A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO MINEIRO E FUNDAMENTA A SUA INCLUSÃO PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Filia-se a esse entendimento também diversos outros acórdãos desse Conselho e retratados pelo Fisco, como o Acórdão nº 23.631/20/3ª:

OCORRE, TODAVIA, QUE, COMO DEMONSTRADO NOS AUTOS, FLS. 56, O ESTABELECIMENTO AUTUADO ENCONTRA-SE COM “SITUAÇÃO ATUAL: BAIXADO” COM REGISTRO DE ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES EM 03/02/16, PORTANTO, HÁ MAIS DE 03 (TRÊS) ANOS ANTES DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUE SE DEU EM 26/06/19.

LOGO, TENDO SIDO ENCERRADAS AS ATIVIDADES DO ESTABELECIMENTO, AFIGURA-SE CONFIGURADO O ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO, UMA VEZ QUE, EM SITUAÇÕES TAIS, O ESTABELECIMENTO DEIXA DE SER TITULAR DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA, NÃO MAIS PODENDO FIGURAR COMO SUJEITO PASSIVO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Acórdão nº 23.915/21/3ª:

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.

E o Acórdão nº 23.530/20/3ª:

QUANTO À SUJEIÇÃO PASSIVA, O FISCO, CORRETAMENTE INCLUIU NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA O SÓCIO-ADMINISTRADOR, FACE ÀS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 135, INCISO III DO CTN E ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 E PORTARIA Nº 148/15 DA SUPERINTENDÊNCIA DE RECEITA ESTADUAL – SER. EXAMINE-SE:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

ART. 135. SÃO PESSOALMENTE RESPONSÁVEIS PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS:

(...)

III - OS DIRETORES, GERENTES OU REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO.

LEI N° 6.763/75

ART. 21. SÃO SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA:

(...)

§ 2° - SÃO PESSOALMENTE RESPONSÁVEIS PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO:

(...)

II - O DIRETOR, O ADMINISTRADOR, O SÓCIO-GERENTE, O GERENTE, O REPRESENTANTE OU O GESTOR DE NEGÓCIOS, PELO IMPOSTO DEVIDO PELA SOCIEDADE QUE DIRIGE OU DIRIGIU, QUE GERE OU GERIU, OU DE QUE FAZ OU FEZ PARTE.

PORTARIA N° 148/15

ART. 1° FICAM ESTABELECIDAS NO ANEXO ÚNICO DESTA PORTARIA AS HIPÓTESES DE INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL EM RELAÇÃO ÀS QUAIS O SÓCIO-GERENTE OU ADMINISTRADOR FIGURARÁ COMO COOBRIGADO NO LANÇAMENTO EFETUADO PELO FISCO OU NA FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE AUTODENÚNCIA.

ANEXO ÚNICO (A QUE SE REFERE O ART. 1° DA PORTARIA SRE N° 148/2015):

ICMS - OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA
(...) 1.8. ENTRADA, SAÍDA E/OU ESTOQUE DESACOBERTADOS

(...)

- 01.019.011 - CRUZAMENTO ELETRÔNICO DE OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO.

Como ficou sobejamente demonstrado nos autos, o Auto de Infração fora lavrado em razão da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Na mídia anexada pelo Fisco, as fls. 16 do PTA, há o levantamento minucioso de todo o trabalho fiscal realizado. Dentre eles, ressalta-se o Anexo 9.5 e o 9.6.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No anexo 9.5, há relatório do “Detalhamento por Operações (itens Registro 65)” – Dados remetidos pelas operadoras de cartões de crédito/débito do Sujeito Passivo / REGISTRO 1110 – OPERAÇÕES DIÁRIAS DE PAGAMENTO POR MEIO DE CAPTURA.

No anexo 9.6 Conclusão Fiscal – Operações de Crédito, Débitos e Similares.

Verifica-se também não constar quaisquer provas trazidas pela Impugnante que pudessem contrapor às análises e conclusões trazidas pelo Fisco.

Repisa-se que a pessoa jurídica de mesma titularidade fora baixada no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais em 29/01/21 e cujo regime de ICMS era Simples Nacional/MEI a partir de 18/06/20, data de início de suas atividades.

Ressalta-se ainda, que como esclarecido pelo Fisco, não fora autuado o exercício de 2020 (junho a dezembro) por não ter a Contribuinte alcançado o limite de receita bruta do regime do MEI e a emissão de documento fiscal.

Portanto, sem maiores esforços, conclui-se que restaram sobejamente comprovadas saídas de mercadorias desacobertas por documentos fiscais.

Nesse sentido vê-se correta a peça fiscal na eleição da titular para a composição do polo passivo da presente autuação.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de ilegitimidade do sujeito passivo para responder pela exigência fiscal aqui posta.

Do Mérito

Conforme relatado, 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, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/21 a 31/12/21.

Exigência 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.

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.

A Impugnante contesta a aplicação da alíquota de 18% pelo Fisco, ao argumento de que a empresa fiscalizada era optante do simples nacional, devendo, portanto, ser beneficiada pelas disposições contidas na Lei Complementar nº 123/06, com a redução da alíquota, e conseqüentemente, as multas e juros.

Entretanto, não lhe assiste razão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se 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, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Lei Complementar nº 123/06

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;

(...)

Se não bastasse isso, verifica-se no presente caso, que a Autuada, quando da intimação do AIAF e do próprio AI constantes, respectivamente, às fls. 03, dia 22/07/22 e fls. 18, em 12/09/22, conforme comprovantes de recebimento assinados pela própria Impugnante, já não estava mais inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, desde 29/01/22, na Condição de Simples Nacional, conforme informação trazida aos autos pelo Fisco em seu Relatório Contábil de fls. 08/15.

Nesse sentido, não resta dúvida da aplicação correta da alíquota de 18% para a exigência do ICMS referente às saídas desacobertadas de documento fiscal.

Esclareça-se, inicialmente, que a apuração realizada pela Fiscalização nos presentes autos foi levada a efeito com a utilização de procedimentos tecnicamente idôneos previstos nos incisos I e V do art. 194 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 se encontra 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>.

(...)

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

ww.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.

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

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

(...)

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

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme lei autêntica prevista em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

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

"Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação".

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) com vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo correto.

Ainda quanto à argumentação da Impugnante de que a alíquota aplicada ao seu caso, comércio varejista de calçados, deveria ser aquela disposta no art. 12, §§ 20-A e 36 da Lei nº 6.763/75, ou seja, reduzida para 12%, também razão lhe assiste razão.

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

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

(...)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita a Contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea "e" do RICMS/02.

Razão também não lhe assiste quanto ao alegado no item "Da alíquota de ICMS nas operações e prestações interestaduais", em que afirma que não dever ser fixado taxativamente alíquota de 18%, haja vista existirem alíquotas específicas para as operações interestaduais, considerando que as operações fiscalizadas (saídas de mercadorias) foram destinadas à região sudeste, e que não seria justa a aplicação de ICMS com alíquota de 18%, devendo ser reduzida para 12%.

Conforme já analisado anteriormente, não há que se falar em redução de alíquota, já que há previsão expressa no já citado art. 42, inciso I, alínea "e" do RICMS/02. A alíquota a ser aplicada é de 18%.

Cumprir destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, até e porque na data da Autuação não estava mais inscrita como MEI, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Portanto, não há que se falar de tratamento diferenciado à Impugnante conferido pela Lei Complementar nº 123/06, já que a época dos fatos, não estava mais inscrita no Regime Simplificado, e mesmo se assim estivesse, o caso dos presentes autos retrata saída de mercadoria desacobertas de documentos fiscais, o que não a socorre nas reduções requeridas.

Também não assiste razão à Impugnante quanto requer a redução da multa isolada em razão da redução da alíquota do ICMS.

Dispõe a Lei nº 6.763/75:

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 desacoberta 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;

Ressalte-se que a multa é calculada sobre o valor do imposto, conforme acima expendido. Não há razão para a aplicação de alíquota do imposto diferente de 18%, então, não há que se falar em redução do ICMS respectivo, estando prejudicada a alegação da impugnante.

Entretanto, há que se notar na presente Autuação que o Fisco informa que a pessoa jurídica de mesma titularidade fora baixada no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais em 29/01/21 e cujo regime de ICMS era Simples Nacional/MEI a partir de 18/06/20, data de início de suas atividades.

Informa ainda que não houve autuação no exercício de 2020, período de junho a dezembro, em razão de a Contribuinte não ter alcançado o limite de receita bruta que obrigasse à sua exclusão do MEI e à emissão de documento fiscal.

Diante do exposto, resta evidente que o Fisco não poderia ter autuado o período de 01 a 28/01/21, já que a Contribuinte pessoa jurídica fora baixada em 29/01/21.

Devem ser excluídos os créditos anteriores a 29/01/21 e por corolário lógico, reduzidas proporcionalmente as multas aplicadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação.

Conclui-se, pois, parcialmente correto o feito Fiscal com as ressalvas acima referidas.

Em relação ao caráter confiscatório da multa, mais uma vez, reitera-se que houve apenas a aplicação da legislação vigente, sem maiores considerações acerca dos efeitos da aplicação da multa sob o patrimônio da Impugnante. Cite-se excerto do Acórdão nº 22.035/16/3ª, deste Conselho de Contribuintes:

ALEGAM TAMBÉM OS IMPUGNANTES QUE A REFERIDA MULTA É DE CARÁTER FLAGRANTEMENTE CONFISCATÓRIO, NA MEDIDA EM QUE SE ESTARIA DIANTE DE SIMPLES MORA, SITUAÇÃO EM QUE DEVEM SER APLICADAS AS NORMAS GERAIS DE REMUNERAÇÃO DO CAPITAL POR MEIO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA FRISE-SE QUE E NÃO APLICAÇÃO DE MULTA DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) SOBRE O VALOR TOTAL DO IMPOSTO.

NO ENTANTO, NÃO SE VERIFICA AQUI A ARGUIÇÃO DE CONFISCO NA ATUAL COBRANÇA, PORQUANTO O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO FOI LAVRADO OBSERVANDO O ESTRITO CUMPRIMENTO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS MINEIRAS ÀS QUAIS ENCONTRA-SE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES ADSTRITO EM SEU JULGAMENTO A TEOR DO ART. 182 DA LEI N.º 6.763/75, QUE ASSIM DETERMINA:

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;

II - A APLICAÇÃO DA EQUIDADE.

A MULTA APLICADA ESTÁ DISCIPLINADA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA VIGENTE, TANTO NA FORMA QUANTO NO CONTEÚDO E ENCONTRA-SE REGULARMENTE CAPITULADA NO AUTO DE INFRAÇÃO.

No mesmo giro, reproduz-se trecho do Acórdão nº 22.419/17/1ª sobre aplicação do art. 55, inciso II, que trata da redução da multa isolada:

RELATIVAMENTE À MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75, EXIGIDA AO PERCENTUAL DE 40% (QUARENTA POR CENTO), POSTULA A AUTUADA PELA APLICAÇÃO DA REDUÇÃO PREVISTA NA ALÍNEA "A" DO CITADO DISPOSITIVO.

OS DISPOSITIVOS EM QUESTÃO PREVEEM:

LEI Nº 6.763/75

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 SEGUINTE:

(...)

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 SEGUINTE CASO:

A) QUANDO AS INFRAÇÕES A QUE SE REFERE ESTE INCISO FOREM APURADAS PELO FISCO, COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DOCUMENTOS E NOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA ESCRITA COMERCIAL OU FISCAL DO CONTRIBUINTE;

B) QUANDO SE TRATAR DE FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA, DESDE QUE A SAÍDA DO ESTABELECIMENTO REMETENTE ESTEJA ACOBERTADA POR NOTA FISCAL CORRESPONDENTE À MERCADORIA;

ENTRETANTO, EM QUE PESE OS DADOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO SEREM CONSIDERADOS DOCUMENTOS FISCAIS, SEM RAZÃO A DEFESA, UMA VEZ QUE O REDUTOR PREVISTO NA ALÍNEA "A" DO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75 SOMENTE SE APLICA QUANDO A APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OCORRER COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, EM DOCUMENTOS E NOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA ESCRITA COMERCIAL OU FISCAL DO CONTRIBUINTE, O QUE NÃO OCORREU NO PRESENTE CASO. (GRIFEI)

ASSIM, VERIFICA-SE QUE RESTOU CARACTERIZADA A INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, SENDO, POR CONSEQUINTE, LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS CONSTANTES DO AUTO DE INFRAÇÃO EM COMENTO.

Veja-se, agora, o Acórdão nº 21.336/17/2ª:

RELATIVAMENTE À MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75, EXIGIDA AO PERCENTUAL DE 40% (QUARENTA POR CENTO), POSTULA A AUTUADA PELA APLICAÇÃO DA REDUÇÃO PREVISTA NA ALÍNEA "A" DO CITADO DISPOSITIVO.

OS DISPOSITIVOS EM QUESTÃO PREVEEM:

LEI Nº 6.763/75

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 SEGUINTE (...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA OPERAÇÃO, REDUZINDO-SE A 20% (VINTE POR CENTO) NOS SEGUINTE CASOS:

A) QUANDO AS INFRAÇÕES A QUE SE REFERE ESTE INCISO FOREM APURADAS PELO FISCO, COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DOCUMENTOS E NOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA ESCRITA COMERCIAL OU FISCAL DO CONTRIBUINTE;

B) QUANDO SE TRATAR DE FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA, DESDE QUE A SAÍDA DO ESTABELECIMENTO REMETENTE ESTEJA ACOBERTADA POR NOTA FISCAL CORRESPONDENTE À MERCADORIA;

(...)

ENTRETANTO, EM QUE PESE OS DADOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO SEREM CONSIDERADOS DOCUMENTOS FISCAIS, SEM RAZÃO A DEFESA, UMA VEZ QUE O REDUTOR PREVISTO NA ALÍNEA "A" DO INCISO II DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75 **SOMENTE SE APLICA QUANDO A APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OCORRER COM BASE, EXCLUSIVAMENTE, EM DOCUMENTOS E NOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA ESCRITA COMERCIAL OU FISCAL DO CONTRIBUINTE, O QUE NÃO OCORREU NO PRESENTE CASO.**

(DESTACOU-SE)

Nesse sentido, vê-se que não assiste razão à Impugnante no que respeita ao requerimento para aplicação do índice de 20%.

Ainda sobre a alegação de Confisco, cabe registrar trecho do Acórdão nº 24.348/22/3ª, deste Conselho de Contribuintes:

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 AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO, ASSIM FOI O VOTO DA MINISTRA CARMEN LÚCIA EM DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *IN VERBIS*:

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

COM RELAÇÃO À EVENTUAL POSSIBILIDADE DE ACIONAMENTO DO CHAMADO PERMISSIVO LEGAL POR ESTA CÂMARA DE JULGAMENTO, PARA CANCELAMENTO OU REDUÇÃO DA PENALIDADE POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, NOS TERMOS DO ART. 53, § 3º DA LEI Nº 6.763/75, O BENEFÍCIO NÃO PODE SER APLICADO AO CASO PRESENTE, UMA VEZ QUE A INFRAÇÃO RESULTOU EM FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO:

LEI Nº 6.763/75 ART. 53 - AS MULTAS SERÃO CALCULADAS TOMANDO-SE COMO BASE:

(...)

§ 3º - A MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PODE SER REDUZIDA OU CANCELADA POR DECISÃO DO ÓRGÃO JULGADOR ADMINISTRATIVO, DESDE QUE ESTA NÃO SEJA TOMADA PELO VOTO DE QUALIDADE E QUE SEJA OBSERVADO O DISPOSTO NOS §§ 5º E 6º DESTE ARTIGO.

§ 5º - O DISPOSTO NO § 3º NÃO SE APLICA AOS CASOS:

(...)

3) EM QUE A INFRAÇÃO TENHA SIDO PRATICADA COM DOLO OU DELA TENHA RESULTADO FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. (GRIFOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, ressalvado o decote do período anterior a 29/01/21 conforme já analisado.

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 pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências fiscais referentes ao período anterior a 29/01/21. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 23 de fevereiro de 2023.

Jesunias Leão Ribeiro
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente

P