

Acórdão: 17.362/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119560-20
Impugnante: Restaurante Santa Clara Ltda
Proc. S. Passivo: Flávia Inês Gonçalves Anunciação Martins/Outro(s)
PTA/AI: 01.000153860-13
Inscr. Estadual: 062261888.00-71
Origem: DF/BH-5

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE COMPROVANTE DE PAGAMENTO EFETUADO ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO SEM AUTORIZAÇÃO PELA SEF/MG. Constatada utilização de equipamento eletrônico sem autorização da SEF/MG. Infração caracterizada nos termos dos artigos 96, inciso XVII, Parte Geral; art. 32, inciso II e art. 32-A, ambos do Anexo V, todos do RICMS/02. Mantida a penalidade prevista no art. 54, inciso XIII, alínea "a" da Lei 6763/75.

MICRO GERAES – DESENQUADRAMENTO. Desenquadramento da empresa Autuada da condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP e, por consequência, do MICRO GERAES, com fulcro no art. 48 c/c o art. 41, inciso IV e art. 43, § único, todos, do Anexo X do RICMS/02, vigente à época dos fatos, em razão de que quando do enquadramento a mesma não preenchia os requisitos legais, tendo sido o mesmo obtido através de atos simulados. A penalidade mais benéfica do art. 25, inciso II, alínea “a” da Lei 15.219/04 foi aplicada corretamente, em face do disposto no art. 106, II, alínea “c” do CTN. Corretas as exigências fiscais de ICMS e MR em dobro.

Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante diligência fiscal realizada em 27/12/2005, análise de documentos extrafiscais e de dados extraídos dos equipamentos não autorizados, apreendidos através dos Termos de Apreensão e Depósito – TADs – números 011193 e 011195, na empresa Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, Inscrição Estadual nº 062.909528.00-70, enquadrada no sistema normal de débito e crédito, que funcionava no mesmo endereço da Autuada, de que o sujeito passivo incorreu nas seguintes irregularidades:

1) utilizava e mantinha em seu estabelecimento 1 (um) equipamento, apreendido através do Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 011194, para a emissão de comprovantes de pagamentos efetuados por meio de cartões de crédito ou de débito em conta corrente, sem que houvesse autorização da SEF/MG para sua

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

utilização, pelo que se exige a Multa Isolada de 3.000 UFEMGs por equipamento, prevista no artigo 54, inciso XIII, alínea 'a' da Lei 6.763/75;

2) enquadramento indevido na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP, com inobservância dos dispositivos regulamentares contidos no Anexo X, dos RICMS/96 e RICMS/02.

A partir de todos os motivos levantados pelo Fisco para comprovação desta infração, descritos no item 2 e anexo 7 do relatório fiscal em apartado, conforme documentos de fls. 24/29, o Restaurante Santa Clara Ltda só tinha existência formal, pois no aspecto fático, confundia-se com a empresa Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda.

De acordo com o disposto no artigo 205, da Lei Estadual 6.763/75, procedeu-se o desenquadramento da Autuada da condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP, desconsiderando este negócio jurídico, com a conseqüente perda dos benefícios fiscais concedidos pelo programas MICRO GERAES e Simples Minas, nos anos de 2004 e 2005.

Exige-se o ICMS não recolhido aos cofres públicos obtido a partir da diferença entre o imposto devido pelo sistema normal de débito e crédito e aquele apurado na condição de EPP, e Multa de Revalidação em dobro, nos termos do artigo 25, inciso II, alínea “a” da Lei 15.219/04.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 919/929, contra a qual o Fisco apresenta Manifestação Fiscal às fls. 942/953.

DECISÃO

O lançamento sob análise não tratou de desconsideração de ato ou negócio jurídico nos termos do § único do art. 116 do CTN que trata da dissimulação dos negócios jurídicos – art. 205 da Lei 6763/75 – que mereça ser tratado como preliminar, mas de desenquadramento por simulação do regime benéfico de tributação veiculado nos regimes MICRO GERAES e, posteriormente, Simples Minas. Observando-se que a legislação estadual tem dispositivos específicos regendo a matéria discutida nos autos, qual seja, enquadramento indevido como EPP e suas conseqüências.

Quanto ao primeiro item da acusação fiscal, relativamente à utilização de um equipamento não autorizado pela SEF/MG, apreendido através do TAD nº 001194, fls. 02, a Autuada não se manifestou, tornando a matéria incontroversa. Às fls. 343 dos autos foi anexado o Termo de Constatação regularmente emitido pela fiscalização.

Quanto ao item 02 do Auto de Infração, qual seja, o desenquadramento da Autuada da condição de Empresa de Pequeno Porte, a decisão levou em consideração as provas constantes dos autos no enquadramento da Impugnante como EPP e na permanência neste, bem como a legislação de regência da matéria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os fatos apontados na motivação do desenquadramento da Autuada do regime jurídico de tributação diferenciada – o MICRO GERAES, a partir do exercício de 2004, foram, em síntese, como segue.

Mediante diligência fiscal realizada em 27/12/2005, o Fisco constatou que funcionava no mesmo endereço do sujeito passivo a empresa Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, I.E. 062.909528.00-70, enquadrada no sistema normal de débito e crédito.

Na referida empresa foi realizada a apreensão de impressoras não fiscais e suas respectivas CPUs, através do TAD nº 011193, fls. 78, e de documentos extrafiscais de controle de caixas, fls. 83/316, constantes no TAD nº 011195, fls. 79, dentre os quais o cupom não fiscal emitido em 01/11/2005, COO (contador de ordem de operação) nº 017075, fls. 232.

A partir da análise destes documentos e dos arquivos copiados pelo Fisco a partir das CPUs, fls. 322, de acordo com os procedimentos previstos nos autos de deslacrção, fls. 317/319, e relacração, fls. 320, foi lavrado o Auto de Infração nº 01.000152746.31, contra a Panificadora e Confeitaria Trigopane.

Nesta oportunidade foram, também, levantadas provas de que a Autuada confundia-se com a empresa Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, em razão dos seguintes pontos.

1 – Coexistência, no mesmo endereço, das duas empresas. O restaurante, localizado na sobreloja, tem acesso principal por escadas na parte frontal da padaria e secundário nos fundos da padaria, sem qualquer separação física entre os estabelecimentos.

Há o compartilhamento de todas as dependências da construção, dentre elas o local de armazenamento (estoque), refeitório, banheiros, estacionamento e escritório da diretoria, onde foi solicitado pelos agentes do Fisco que fosse aposto, em uma folha em branco, todos os carimbos que se encontravam no recinto, tendo como conseqüência o documento de fls. 231 com carimbos das empresas: Panificadora e Confeitaria Damata Ltda, Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e Restaurante Santa Clara Ltda.

2 – Os 4 (quatro) emissores de Cupom Fiscal – ECF – autorizados para o restaurante, à época, utilizavam a mesma bobina de papel da padaria com a seguinte impressão no verso (vide verso dos doc. de fls. 248, 254 e 273), dentre outras:

“Trigopane – O melhor para você em um só lugar – Conheça nosso Restaurante – Café da Manhã – Almoço”.

Nesta bobina verifica-se também o compartilhamento de uma mesma linha telefônica de número 3378-6061.

A alegação do contribuinte para a menção do restaurante no cupom da padaria é de que se trata de uma estratégia de marketing para atrair clientes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, tal argumento só se torna razoável quando há convergência de interesses. Isto é, divulgar o negócio da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e do Restaurante, em conjunto, reduzindo os custos de marketing e atraindo clientes para desenvolvimento do negócio conjunto.

3 – Os documentos apreendidos pelo TAD nº 011195, de 27/12/2005, nas dependências da padaria, demonstram que os controles de caixas dos dois estabelecimentos eram feitos em conjunto, como se infere da planilha “Controle de Caixas/Dia”, fls. 83/230, que tem uma linha com o título: “**Pos Restaurante**”.

4 – O cupom não fiscal emitido em 01/11/2005, documento de fls. 232, COO (contador de ordem de operação) nº 017075, pela impressora Bematech MP-20 FI II ECF-IF, número de série 4708990405089 não autorizada pelo Fisco, apreendido pelo TAD 011195 nas dependências da Panificadora e Confeitaria Trigopane, demonstra que este equipamento também era utilizado pelo Restaurante Santa Clara Ltda para o fornecimento de **refeição self service**, conforme descrição em seu escopo, embora trouxesse a identificação da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda.

Portanto, de acordo com a conveniência da Trigopane as suas máquinas não autorizadas pelo Fisco eram utilizadas também no Restaurante.

5 – A adequação de um controle gerencial compartilhado pelos estabelecimentos da padaria e do restaurante encontra respaldo numa mesma contabilidade que pode, a partir das informações compartilhadas, criar a imagem de correção dos valores lançados e recolhidos aos cofres públicos, em conformidade com a legislação tributária, considerando os distintos regimes de recolhimentos das empresas débito/crédito e MICRO GERAES, posteriormente, Simples Minas.

É pacífico que uma empresa enquadrada como EPP, gozando da sistemática de cálculo do ICMS, bem como dos benefícios fiscais concedidos pelo regime do MICRO GERAES ou Simples Minas recolherá menos ICMS do que se estivesse enquadrada no sistema de débito/crédito.

6 – Aloizio Ferreira da Mata sócio-administrador do Restaurante Santa Clara Ltda com 2% (dois por cento) de participação societária, fls. 16, é irmão dos sócios da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e já foi sócio da Panificadora e Confeitaria Damata Ltda EPP, I.E. 062.994.425.00-22, conforme documentos de fls. 897, juntamente com os atuais sócios da Trigopane, fls. 323.

A Sra. Haydee Luzia Belloni da Silva, sócia-capitalista do restaurante (98% do capital social), é casada com o Sr. Paulo Ferreira da Mata, atual sócio Administrador da Trigopane, conforme consta na Quinta Alteração Contratual, fls. 337/340.

A alegação da Autuada de que as empresas têm sócios distintos que comungam entre si laços familiares que lhe permitem, dentro do seu livre arbítrio e respeito às leis, participar de empresas com familiares e ou outrem é de toda verdadeira.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, o Fisco buscou acrescentar às informações até aqui expostas que a composição societária das três empresas supramencionadas é no sentido de viabilizar dois sócios para o restaurante, que não participam do quadro societário da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e que pudessem fazer a composição social sem maiores riscos aos empresários.

Assim, os sócios escolhidos para a composição do quadro social da Autuada têm laços íntimos e familiares com os sócios da Panificadora Trigopane, e foram minuciosamente selecionados com o intuito de não deixar caracterizar o desmembramento desta (da Panificadora Trigopane) em uma nova empresa no ramo de fornecimento de refeições – Restaurante Santa Clara Ltda – fato que impediria o enquadramento do restaurante na condição de EPP, nos termos da legislação vigente à época dos fatos – MICRO GERAES – veiculada no Anexo X do RICMS/02.

7 – O imóvel, no qual as duas empresas estão estabelecidas, é de propriedade da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda.

Na ocasião da concessão da inscrição estadual para o Restaurante Santa Clara Ltda foi apresentado pelo requerente um contrato de locação, fls. 341, que consignava a padaria como locador e o restaurante com locatário, tendo o locador o endereço à Rua Prof. Mário Werneck, 1301 – Buritis – BH, distinto do restaurante, conforme indicava a 3ª alteração contratual da Trigopane, 330/332, igualmente entregue ao Fisco.

De posse dessas informações, a SEF/MG concedeu a inscrição estadual para o restaurante em 27/11/2003, conforme deferimento na declaração cadastral trazida aos autos, fls. 17/18, pois, até aquele momento, aos olhos do Fisco, à Rua Prof. Mário Werneck nº 1.352, Bairro Buritis, funcionaria o Restaurante Santa Clara Ltda.

Entretanto, contemporaneamente, a Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda fez a 4ª alteração contratual, datada de 29/10/2003, fls. 333/335, cujo registro se efetivou em 17/11/2003, sob o número 3018724, protocolo 038671042, fls. 335, transferindo a sede da Trigopane para a Av. Prof. Mário Werneck, 1352 – Buritis – BH, exatamente, o mesmo endereço do restaurante.

Depreende-se, dessas informações, que à época da inscrição do restaurante, a padaria já tinha transferido – na Junta Comercial – sua sede para o número 1352 da Av. Prof. Mário Werneck, conforme sua 4ª alteração contratual.

Pelo que os Auditores Fiscais afirmaram nos autos, da forma engendrada pela Autuada, a SEF quando da concessão da inscrição estadual não detectou as informações da forma correta, ou seja, a informação chegou apenas parcialmente a ela, o que inviabilizou o indeferimento da referida inscrição estadual, em razão de que o Fisco não autoriza empresas distintas em estabelecimento no mesmo endereço ou, quando distintos os estabelecimentos, com comunicação entre eles, como no caso dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A alegação do contribuinte de que a alteração do endereço não implica em má-fé do locatário, posto que os nomes das partes e as inscrições no CNPJ estão corretamente informados, devem ser analisadas com o conjunto probatório.

8 – Dos arquivos de interesse do Fisco copiados das CPUs apreendidas na Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, através do TAD nº 011193, fls. 78, de acordo com os procedimentos previstos nos autos de deslacrção e relacção – fls. 317/320 – constatou-se que as duas empresas utilizam o mesmo software comercial e compartilham o mesmo banco de dados.

O banco de dados é o BD1 (Access), dentro do subdiretório SatWin e diretório 238, constantes em meios ópticos não regraváveis (CD-R) copiados pelo Fisco e acostados aos autos em envelope de fls. 322.

A justificativa da Impugnante para o compartilhamento dos mesmos computadores baseada na ajuda mútua de proprietários familiares deve ser analisada, também, com o conjunto probatório e o que se segue.

Do banco de dados (BD1), cuja senha de acesso é a palavra SYSTEM, o Fisco extraiu várias planilhas que demonstram, claramente, que o Restaurante Santa Clara Ltda é como se fosse filial da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda.

Dentre as planilhas extraídas do banco de dados (BD1), destacam-se:

- Vendas de Outubro a Dezembro de 2005 por Departamento – planilha obtida da tabela TotalVendas. Nesta planilha, trazida aos autos às fls. 905/906, observa-se que o restaurante figura como um grupo/departamento do negócio da padaria.

- Departamentos/Centros de Custo – planilha obtida da tabela Departamentos. O restaurante é igualmente tratado como um departamento sob o código 37, fls. 907.

- Previsão de Metas – planilha obtida da tabela Grupo de Lançamentos. Previsão realizada para compras/vendas/despesas e orçamentos de diversos setores, no qual figura o restaurante sob o item nº 64, fls. 908.

- Códigos das Lojas – planilha obtida da tabela Lojas. O restaurante é tratado como Loja 02 do negócio “Padaria e Confeitaria Trigopane Ltda”, fls. 909.

- Relação de Funcionários – planilha obtida da tabela Funcionários. Dentre os funcionários relacionados nesta planilha, tais como, caixa, chefe de cozinha, churrasqueiro, repositor, padeiro, confeitoiro, gerente, comprador, fls. 910/912, figurando os que trabalham no restaurante e na padaria.

Observa-se, ainda, que nos controles da padaria aparecem os caixas da padaria e do restaurante operando de forma indiscriminada, tanto no restaurante quanto na padaria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A argumentação da Autuada de que, embora haja o compartilhamento supramencionado, a contabilidade e a escrituração são feitas em separado, não se configurando presunção de omissão de receitas e de qualquer outra lesão ao Fisco é equivocada, pois, ao se permitir um enquadramento de empresa no regime tributário mais vantajoso que o da desmembrada, ou seja, – da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, o Restaurante Santa Clara Ltda deixou de recolher aos cofres públicos o ICMS ora exigido pelo Auto de Infração epigrafado, em razão do regime tributário mais benéfico, no caso sob análise, frise-se, o MIGRO GERAES e o Simples Minas.

Como já foi dito, em 27/11/2003, a empresa Restaurante Santa Clara Ltda, inscreveu-se no cadastro de contribuintes deste Estado como EPP, usufruindo os benefícios fiscais prescritos no Anexo X do RICMS/02 (MIGRO GERAES e, posteriormente, Simples Minas).

A legislação regente da matéria ora discutida à época dos fatos vigorou no período de 15/12/2002 a 31/12/2004 como Anexo X que estabelecia regras para o MIGRO GERAES, e, posteriormente, a partir de 01/01/2005 como Anexo X, estabelecendo regras para o Simples Minas. O art. 48 do Anexo X do RICMS/02, vigente em 2004 – MICRO GERAES, dispunha nos seguintes termos:

Das Vedações*

Art. 48 - Exclui-se do regime previsto neste Anexo a empresa:

I - interligada, assim considerada aquela que participe, ou cujo titular ou sócio participe, com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa contribuinte do ICMS inscrita neste Estado, salvo se a receita bruta anual global dessas empresas enquadrar-se dentro do limite fixado no artigo 15 deste Anexo;

II - que tenha sido desmembrada ou resulte do desmembramento de outra empresa ou da transmutação de qualquer de seus estabelecimentos em empresa autônoma, salvo se o fato tiver ocorrido até 31 de dezembro de 1996;

(...)

*Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2004

A norma regulamentar dos art. 41 e 43, § único, ambos, do Anexo X do RICMS/02, vigente em 2.004, previa expressamente as hipóteses de desenquadramento do regime do MICRO GERAES, *in verbis*:

Art. 41 - O desenquadramento consiste na perda da condição de microempresa, ou de empresa de pequeno porte, e ocorrerá quando o contribuinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - deixar de preencher os requisitos para seu enquadramento, em razão de superveniência de situação prevista no artigo 48 deste Anexo.

(...)

Art. 43 - O desenquadramento retroagirá à data de ocorrência da hipótese prevista no inciso IV do caput do artigo 41 deste Anexo e produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês subsequente, devendo a microempresa ou a empresa de pequeno porte comunicar o fato à Administração Fazendária a que estiverem circunscritas, mediante o preenchimento e entrega da DECA, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao de ocorrência das hipóteses ali previstas.

Parágrafo único - Esgotado o prazo de que trata o caput deste artigo sem a devida comunicação, o desenquadramento será efetuado de ofício, observado o disposto no artigo 57 deste Anexo.

Em razão das vedações acima, o legislador impôs ao contribuinte o dever de desenquadrar-se do programa MICRO GERAES e, por consequência, do Simples Minas, conforme determina o art. 41 do Anexo X, do RICMS/02 – vigente em 2004 –, sendo que o desenquadramento deve retroagir à data de ocorrência da hipótese legal, isto é, desde 27.11.2003, regendo-se pela legislação então vigente.

No caso concreto em análise, o desenquadramento de ofício foi a partir de 2.004, embora a Autuada pudesse ter sido desenquadrada desde 27/11/2.003.

Por outro lado, apenas a título exemplificativo, vez que a legislação estadual resolve a matéria em discussão nos autos, o Código Civil prevê no art. 167 que é nulo o negócio jurídico simulado, dando o legislador do Código atual maior gravidade à simulação, diferentemente do legislador do Código Civil de 1916.

Na lição de De Plácio e Silva, “simulação, pois, é o disfarce, o simulacro, a imitação, a aparência, o arremedo, o qualquer prática que se afasta da realidade ou da verdade no desejo de mostrar ou de fazer crer coisa diversa” (Vocabulário Jurídico, Ed. 1993, p. 97, V.4, Forense).

Portanto, correto o desenquadramento da Autuada da condição de Empresa de Pequeno Porte e, por consequência, a perda do regime tributário mais benéfico, previsto no MICRO GERAES.

Em razão do desenquadramento do Restaurante Santa Clara Ltda foi aplicada a penalidade do art. 25, inciso II, alínea “a” da Lei 15.219/04, *in verbis*:

Art. 25 - A pessoa jurídica ou a pessoa física que, em desacordo com o disposto nesta lei, enquadrar-se indevidamente ou se mantiver enquadrada após ultrapassar o limite de receita bruta de seu enquadramento ou por superveniência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de situação impeditiva prevista no art. 10 fica sujeita:

I - havendo espontaneidade na denúncia do fato:

a) ao pagamento do ICMS devido pelo regime normal de apuração do imposto, com os acréscimos legais;

b) ao cancelamento do cadastramento como empresa optante ou pessoa física;

II - sendo a irregularidade apurada pelo Fisco, além do previsto nas alíneas do inciso I:

a) a multa correspondente a 100% (cem por cento), sem qualquer redução, do valor devido a título de imposto;

b) às multas previstas na Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, por descumprimento de obrigação acessória, sem prejuízo de outras medidas cabíveis.

Assim, sem razão a Autuada que pede a aplicação da Multa de Revalidação prevista no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, em observância à retroatividade benéfica do art. 106 do CTN.

De acordo com o art. 25, inciso II, alínea “b” da Lei 15.219/04, a aplicação das multas previstas na Lei nº 6.763/75 referem-se ao descumprimento de obrigações acessórias, conhecidas como multas isoladas, que não foram exigidas da Autuada.

Prescreve o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

C) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ora, o Fisco observou a retroatividade benéfica do art. 106, inciso II, alínea ‘c’, do CTN, tendo em vista a aplicação da penalidade prevista no artigo 25, inciso II, alínea “a” da Lei 15.219/04 (Simples Minas), que é menos gravosa que a exigida no art. 17, inciso II, alínea “a” da Lei 13.437/99 – MICRO GERAES, que dispunha:

Art. 17- A pessoa jurídica ou a firma individual que, em desacordo com o disposto nesta lei, enquadrar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte sujeita-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - sendo a irregularidade apurada pelo Fisco:

a) a multa correspondente a 200% (duzentos por cento) sobre o valor devido a título de imposto, sem nenhuma redução, além do previsto nas alíneas do inciso I deste artigo; (grifo nosso)

Efeitos de 1º/08/2002 a 31/12/2004 - Revogada pelo art. 42, da Lei nº 15.219, de 07/07/2004:

Desta forma, correto o desenquadramento da Autuada da condição de EPP e do regime benéfico de tributação – MICRO GERAES –, bem assim, correta a aplicação da multa de revalidação em dobro, conforme consta do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 20/03/07.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora**

**Mauro Heleno Galvão
Relator**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.362/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119560-20
Impugnante: Restaurante Santa Clara Ltda
Proc. S. Passivo: Flávia Inês Gonçalves Anunciação Martins/Outro(s)
PTA/AI: 01.000153860-13
Inscr. Estadual: 062261888.00-71
Origem: DF/BH-5

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

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

Por meio do lançamento em apreciação exige-se o ICMS tido como não recolhido aos cofres públicos, obtido a partir da diferença entre o imposto devido pelo sistema normal de débito e crédito e aquele apurado na condição de EPP, e Multa de Revalidação em dobro, nos termos do artigo 25, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 15.219/04.

Desta forma, é permitido concluir que a principal matéria em análise é o desenquadramento da empresa ora Impugnante, por pretensa simulação de atos para possibilitar a manutenção no regime de tributação MICRO GERAES e, posteriormente, Simples Minas. Deste desenquadramento é que adviria a citada diferença entre o imposto devido pelo sistema normal de débito e crédito e aquele apurado na condição de EPP.

É bem verdade que a legislação estadual tem dispositivos específicos regendo a matéria discutida nos autos, qual seja, enquadramento e desenquadramento na condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP, bem como suas conseqüências.

Neste ínterim, cabe ao julgador administrativo verificar se as disposições da legislação permitem o posicionamento adotado pela fiscalização nos presentes autos e a conseqüente desconsideração da consideração do enquadramento da ora Impugnante nos regimes próprios das microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, relativamente ao item 02 do Auto de Infração, qual seja, o desenquadramento da condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, a decisão majoritária considerou que as provas constantes dos autos no enquadramento da Impugnante como EPP e na permanência neste, bem como a legislação de regência da matéria, militariam a favor do procedimento fiscal acolhendo sua conclusão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, é com base nesta mesma legislação e nas provas existentes nos autos que acredito não haverem pressupostos que justifiquem a manutenção das exigências fiscais.

Os fatos apontados como justificadores do desenquadramento da Defendente do regime jurídico de tributação diferenciada – o MICRO GERAES, a partir do exercício de 2004, e que sustentam o presente feito fiscal, foram, em síntese, os seguintes:

- diligência fiscal realizada em 27 de dezembro de 2005, quando o Fisco teria constatado que funcionava no mesmo endereço do sujeito passivo a empresa Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, I.E. 062.909528.00-70, enquadrada no sistema normal de débito e crédito;

- na empresa foi realizada a apreensão de impressoras não fiscais e suas respectivas CPUs, através do TAD nº 011193, fls. 78, e de documentos extrafiscais de controle de caixas, fls. 83/316, constantes no TAD nº 011195, fls. 79, dentre os quais o cupom não fiscal emitido em 1º de novembro de 2005, COO (contador de ordem de operação) nº 017075;

- da análise destes documentos e dos arquivos copiados pelo Fisco a partir das CPUs, foi lavrado o Auto de Infração nº 01.000152746.31, contra a Panificadora e Confeitaria Trigopane;

- foram, também, levantados fatos que ensejaram a conclusão do Fisco de que a ora Impugnante confundir-se-ia com a empresa Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda, tais como coexistência, no mesmo endereço, das duas empresas; o restaurante, localizado na sobreloja, teria acesso principal por escadas na parte frontal da padaria e secundário nos fundos da padaria, sem qualquer separação física entre os estabelecimentos; e, compartilhamento de todas as dependências da construção, dentre elas o local de armazenamento (estoque), refeitório, banheiros, estacionamento e escritório da diretoria.

Também foi alegado pelo Fisco que os 4 (quatro) emissores de Cupom Fiscal – ECF – autorizados para o restaurante, à época, utilizavam a mesma bobina de papel da padaria com a impressão de expressão que traduziria a coligação das empresas.

A alegação do contribuinte para a menção do restaurante no cupom da padaria é de que se trata de uma estratégia de marketing para atrair clientes.

Tal alegação não é totalmente destituída de verdade, uma vez que a panificadora já é conhecida na região e referida menção poderia possibilitar que um maior número de clientes, que já conhecem a panificadora, afluíssem em direção ao restaurante. Nos autos encontram-se provas de que efetivamente a panificadora é maior que o restaurante e que, portanto, tem mais capacidade de atrair clientela. Possivelmente a panificadora já detém inclusive uma clientela que a conhece e comumente adquire seus produtos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acredita-se também estar este argumento dentro dos princípios da razoabilidade uma vez que há convergência de interesses, pois uma pessoa que procura a padaria em uma situação, pode se dirigir ao restaurante em outra oportunidade, a partir da impressão dita pela primeira visita. Também pode ocorrer que, comparecendo ao restaurante e acreditando ser atrativa a refeição, o cliente procure a padaria. Portanto, é perfeitamente possível concluir que os negócios do restaurante e da padaria não são concorrentes.

Assim, divulgar o negócio da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e do Restaurante, em conjunto, realmente não só pode reduzir os custos de marketing, como alega a Impugnante, como também pode representar uma grande forma de atrair clientes para desenvolvimento de ambos os negócios que funcionariam sem vinculação legal ou jurídica.

O fato da apreensão dos documentos pelo TAD nº 011195, nas dependências da padaria, por si só não são suficientes a demonstrar que os controles de caixas dos dois estabelecimentos eram feitos em conjunto.

O cupom não fiscal emitido em 1º de novembro de 2005, pela impressora Bematech MP-20 FI II ECF-IF, número de série 4708990405089 não autorizada pelo Fisco, apreendido pelo TAD 011195 nas dependências da Panificadora e Confeitaria Trigopane, demonstra a irregularidade na utilização deste equipamento, mas não comprova a ocorrência imputada à Impugnante nos presentes autos.

Efetivamente, como afirma a decisão majoritária, a adequação de um controle gerencial compartilhado pelos estabelecimentos da padaria e do restaurante encontra respaldo numa mesma contabilidade que pode, a partir das informações compartilhadas, criar a imagem de correção dos valores lançados e recolhidos aos cofres públicos, em conformidade com a legislação tributária, considerando os distintos regimes de recolhimentos das empresas débito/crédito e MICRO GERAES, posteriormente, Simples Minas. Entretanto, este fato também não justifica as exigências dos presentes autos, pois representa mero indício.

O fato de uma empresa enquadrada como EPP, na sistemática de cálculo do ICMS, bem como dos benefícios fiscais concedidos pelo regime do MICRO GERAES ou Simples Minas recolher menos ICMS do que se estivesse enquadrada no sistema de débito/crédito, embora incontestável até mesmo dentro do espírito de criação destes próprios sistemas, lastreados no artigo 179 da Constituição Federal de 1988, também não é suficiente para sustentar o presente lançamento.

Não se contesta o fato de que o Sr. Aloizio Ferreira da Mata sócio-administrador do Restaurante Santa Clara Ltda com 2% (dois por cento) de participação societária, é irmão dos sócios da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e já foi sócio da Panificadora e Confeitaria Damata Ltda EPP, I.E. 062.994.425.00-22, conforme documentos de fls. 897, juntamente com os atuais sócios da Trigopane.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também a Sra. Haydee Luzia Belloni da Silva, sócia-capitalista do restaurante (98% do capital social), é casada com o Sr. Paulo Ferreira da Mata, atual sócio Administrador da Trigopane, conforme consta na Quinta Alteração Contratual, fls. 337/340.

No entanto, a situação de ligação familiar entre os sócios das empresas reforça a possibilidade de utilização da clientela das empresas por ambas, sem causar qualquer imputação no âmbito tributário, capaz de desconstituir a personalidade jurídica da ora Impugnante e de desenquadrá-la dos sistemas de micro e pequena empresa.

Sabe-se que é comum uma mesma família possuir negócios correlatos, sendo que, muitas vezes, há a divisão dos negócios entre os familiares por aptidão de cada um para determinado ramo.

Acolhe-se, neste voto dissidente, a alegação da Impugnante de que as empresas têm sócios distintos que comungam laços familiares que lhe permitem, dentro do seu livre arbítrio e respeito às leis, participar de empresas com familiares e ou outrem.

Para acolher, por outro lado, a tese do Fisco de que a composição societária das três empresas supramencionadas é no sentido de viabilizar dois sócios para o restaurante, que não participam do quadro societário da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda e que pudessem fazer a composição social sem maiores riscos aos empresários, seria necessária a desconstituição da personalidade jurídica das empresas o que não ocorreu no presente caso. E mais, seria necessária a comprovação de que tal situação foi formulada com a finalidade de burlar a lei para obter vantagens tributárias.

Porém, nada disto ficou comprovado nos autos.

É fato que os sócios escolhidos para a composição do quadro social da Impugnante têm laços familiares com os sócios da Panificadora Trigopane, porém, não se encontra nos autos, a comprovação de que este fato tenha sido arditosamente montado com vistas a não permitir a caracterização do desmembramento da Panificadora Trigopane em uma nova empresa no ramo de fornecimento de refeições – Restaurante Santa Clara Ltda – fato que impediria o enquadramento do restaurante na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, nos termos da legislação vigente à época dos fatos – MICRO GERAES – veiculada no Anexo X do RICMS/02.

Também a questão trazida pela fiscalização de ser o imóvel, no qual as duas empresas estão estabelecidas, de propriedade da Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda., não permite a descaracterização da empresas como dois negócios distintos.

Importante destacar que foi concedida, pela própria fiscalização, inscrição estadual para o Restaurante Santa Clara Ltda neste endereço.

Na oportunidade do deferimento da inscrição estadual foi apresentado pelo requerente um contrato de locação, fl. 341, que consignava a padaria como locador e o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

restaurante com locatário, tendo o locador o endereço à Rua Prof. Mário Werneck, 1301 – Buritis – BH, distinto do restaurante, conforme indicava a 3ª alteração contratual da Trigopane, 330/332, igualmente entregue ao Fisco.

De posse dessas informações, a SEF/MG concedeu a inscrição estadual para o restaurante em 27 de novembro de 2003, conforme deferimento na declaração cadastral trazida aos autos, fls. 17/18, pois, aos olhos do próprio Fisco, à Rua Prof. Mário Werneck nº 1.352, Bairro Buritis, funcionaria o Restaurante Santa Clara Ltda.

Também era do conhecimento do Fisco que a Panificadora e Confeitaria Trigopane Ltda fez a 4ª alteração contratual, datada de 29 de outubro de 2003, cujo registro se efetivou em 17 de novembro de 2003 a transferência da sede da Trigopane para a Av. Prof. Mário Werneck, 1352 – Buritis – BH, exatamente, para o mesmo endereço do restaurante.

Depreende-se, dessas informações, que à época da inscrição do restaurante, a padaria já tinha transferido – na Junta Comercial – sua sede para o número 1352 da Av. Prof. Mário Werneck, conforme sua 4ª alteração contratual e todas estas questões eram de conhecimento do Fisco que autorizou as inscrições estaduais.

Não é possível neste momento concordar que a SEF, quando da concessão da inscrição estadual não detectou as informações da forma correta, ou seja, que a informação teria chegado apenas parcialmente a ela, o que teria inviabilizado o indeferimento da referida inscrição estadual, em razão de que o Fisco não autorizaria empresas distintas em estabelecimento no mesmo endereço ou, quando distintos os estabelecimentos, com comunicação entre eles, como no caso dos autos.

Para o deferimento da inscrição estadual é facultado ao Fisco inclusive proceder a diligências no local onde será estabelecida a empresa que pleiteia a inscrição estadual.

Portanto, também correta a alegação da ora Impugnante de que a alteração do endereço não implica em má-fé do locatário, posto que os nomes das partes e as inscrições no CNPJ estão corretamente informados.

Acrescente-se ainda que o fato das empresas utilizarem-se do mesmo software comercial e compartilharem o mesmo banco de dados, também não permite a comprovação perseguida pelo Fisco, mas comprova os fatos trazidos aos autos pela Impugnante.

Ademais, a Impugnante explica que o compartilhamento dos mesmos computadores também se insere na ajuda mútua de proprietários familiares.

A argumentação da Impugnante de que, embora haja o compartilhamento dos dados, a contabilidade e a escrituração são feitas em separado, não se configurando presunção de omissão de receitas e de qualquer outra lesão ao Fisco encontra-se em consonância com as demais provas dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como já foi dito, em 27 de novembro de 2003, a empresa Restaurante Santa Clara Ltda, inscreveu-se corretamente no cadastro de contribuintes deste Estado como EPP, usufruindo os benefícios fiscais prescritos no Anexo X do RICMS/02 (MIGRO GERAES e, posteriormente, Simples Minas), sendo esta situação de conhecimento do próprio Fisco.

A legislação regente da matéria ora discutida à época dos fatos vigorou no período de 15 de dezembro de 2002 a 31 de dezembro de 2004 como Anexo X que estabelecia regras para o MIGRO GERAES, e, posteriormente, a partir de 1º de janeiro de 2005 como Anexo X, estabelecendo regras para o Simples Minas, não foi comprovadamente descumprida.

A norma regulamentar dos artigos 41 e 43, § único, ambos, do Anexo X do RICMS/02, vigente em 2004, previa expressamente as hipóteses de desenquadramento do regime do MICRO GERAES, as quais não estão caracterizadas nos autos.

No caso concreto em análise, o desenquadramento de ofício não pode se operar.

Quanto muito, os elementos presentes nos autos serviriam de indício à fiscalização, mas essa constatação, por si só, não autoriza o lançamento, bem como não autoriza o desenquadramento da condição de Empresa de Pequeno Porte – EPP realizada.

Deixa-se aqui de tecer considerações acerca da possível desconsideração do negócio jurídico por simulação, uma vez que para sustentar tal imputação seriam necessárias provas que não se encontram no presente processo.

Diante de todo o exposto, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 20/03/07.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**