

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.309/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000198500-08
Impugnação: 40.010135199-99
Impugnante: Encanto Dourado Comércio e Exportação de Artesanatos Ltda.
IE: 001052881.01-70
Coobrigados: Gláucia Maria Papini
CPF: 856.033.686-91
Priscilla Papini
CPF: 053.585.086-78
Proc. S. Passivo: Aquiles Nunes de Carvalho/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal apurada mediante o confronto entre os valores mensais da receita bruta declarados nas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN – Retificadoras e os valores mensais das Notas Fiscais “Série D”, emitidas pela Autuada. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre os valores mensais da receita bruta declarados nas DASN – Retificadoras 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 da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante:

- cotejamento entre os valores mensais da receita bruta declarados nas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN – Retificadoras e os valores mensais das Notas Fiscais “Série D” emitidas, apurando-se mercadorias desacobertas de notas fiscais, no período de março de 2009 a dezembro de 2012.

- confronto entre os valores mensais da receita bruta declarados nas DASN – Retificadoras e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, apurando-se uma omissão de faturamento, no período de dezembro de 2010 a março de 2012;

Foi emitido o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso II (omissão de faturamento) e alínea “a” (saída desacoberta), todos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 173/175, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 234/242.

DECISÃO

Do Mérito

Versa o presente feito sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais apuradas mediante o confronto dos valores mensais de notas fiscais emitidas e valores de faturamentos declarados nas DASN, bem como omissão de receitas, resultante da diferença entre as vendas declaradas à Fiscalização pela Autuada e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito, sendo recolhido, por consequência, ICMS a menor, no período de março de 2009 a dezembro 2012.

O trabalho fiscal consistiu, primeiramente, em comparar os valores das notas fiscais emitidas pela Autuada com os valores declarados nas DASN – Retificadoras, sendo constatada a saída de mercadorias sem nota fiscal, no período de março de 2009 a dezembro 2012. Sobre a diferença apurada, a Fiscalização aplicou a alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do art. 42 do RICMS/02, obtendo o valor do ICMS a recolher.

No entanto, anteriormente à lavratura do Auto de Infração, a Autuada já havia efetuado o recolhimento de valores em DAE (fls. 32/35), além de ter apresentado junto à Repartição Fazendária o Termo de Autodenúncia (PTA nº 05.000221008-15). Em razão disso, a Fiscalização abateu esses valores denunciados e os valores pagos do crédito tributário.

Em seguida, foram confrontados os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito com os valores da receita bruta lançadas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nas DASN Retificadoras, no período de dezembro de 2010 a março de 2012, apurando-se uma omissão de faturamento, sobre a qual se exigiu o ICMS devido.

Ressalte-se que o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e está previsto no art. 194, incisos I e VII, Parte Geral do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários.

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.

Quanto ao cruzamento de informações das administradoras de cartões de crédito/débito, registre-se que a disciplina regulamentar da matéria encontra-se prevista nos art. 10-A e 13-A da Parte I do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares

(...)

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

Além disso, as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02, transcrito a seguir:

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

(...)

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

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

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada está prevista no art. 42, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

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 previsto no citado art. art. 42, inciso I “e” Parte Geral do RICMS/02.

O argumento da Impugnante de que a Fiscalização não poderia aplicar a alíquota de 18% (dezoito por cento), por estar enquadrada no Simples Nacional, não lhe socorre, pois tendo sido comprovada a realização de operações sem a devida emissão de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos fiscais, resulta correta a exigência do imposto e respectivas penalidades, à margem do regime do Simples Nacional, conforme preceitua o art. 13 da 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;

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

A Impugnante argumenta, ainda, que não poderia ter sido excluída do Simples Nacional, uma vez que realizou tempestivamente a autodenúncia e pagou o imposto devido quando fazia jus ao benefício do Simples Nacional. Entretanto, a Lei Complementar nº 123/06, além de tratar das obrigações dos optantes pelo Simples Nacional prevê a exclusão de ofício do referido regime. No caso em análise, dispõe a Lei Complementar nº 123/06:

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Regulamentando a questão, a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11 dispõe:

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

(...)

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

(...)

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n.º 123, de 2006;

(...)

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

(...)

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

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos.

Dessa forma, decidiu o legislador pela exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere à Lei Complementar nº 123/06, desde que comprovada, dentre outras, a prática da infração de saídas reiteradas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

A intenção do legislador é no sentido de caracterizar-se como "prática reiterada" aquela ocorrida em dois ou mais períodos, consecutivos ou não, dentro do espaço temporal dos últimos 5 (cinco) anos, sem necessidade de que a infração seja verificada em cada ano desse período.

Assim, ao constatar a falta de emissão regular de documentos fiscais na saída de mercadorias, configurando prática reiterada nos termos do art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j" da Resolução CGSN nº 94/11, a Fiscalização emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observe-se que, somente após o trânsito em julgado das decisões do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CC/MG, relativas às exigências fiscais e à exclusão em si, poderá ser providenciado o registro da exclusão de ofício no Portal do Simples Nacional, conforme art. 75, §§ 1º a 5º da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

Quanto à apresentação de denúncia espontânea em data que antecedeu a lavratura do feito fiscal, o art. 138 do CTN dispõe sobre a exclusão da responsabilidade da seguinte forma:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Portanto, para ser considerada efetiva, possibilitando a exclusão de responsabilidade, a denúncia espontânea deve estar acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora. Como a Impugnante afirma, não houve o recolhimento do ICMS constante na denúncia espontânea, em razão de desistência de parcelamento.

De acordo com a própria Impugnante, ela aproveitou os valores demonstrados na planilha fiscal, aplicou sobre eles a alíquota prevista no Simples Nacional e recolheu os valores que entendeu devido. Entretanto, esses valores de ICMS pagos em DAE com a alíquota do Simples Nacional contrariam o disposto no art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, já citado anteriormente.

Frise-se, porém, que os valores de ICMS relativos às saídas desacobertas pagos pela Impugnante, erroneamente com a alíquota do Simples Nacional, somados aos valores de ICMS apontados no Termo de Autodenúncia, mas não recolhidos, foram abatidos do crédito tributário apurado pela Fiscalização.

Portanto, restou demonstrado que a Impugnante preencheu todos os pré-requisitos para ser excluída de ofício do Simples Nacional, na medida em que ambas as irregularidades apuradas configuram saídas desacobertas, ensejando a cobrança do ICMS e aplicação de penalidades, na forma prevista na Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de memorial apresentado da Tribuna. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, em julgar procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Aquiles Nunes de Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Luciana Trindade Fogaça. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 26 de fevereiro de 2014.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora

T