

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.706/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173107-31
Impugnação: 40.010131791-79
Impugnante: Pizzaria Bella Ltda - ME
IE: 001053143.00-30
Rosimeire Conceição da Silva (Coob.)
CPF: 065075076-44
Maria Antônia de Freitas (Coob.)
CPF: 004492136-50
Proc. S. Passivo: Rogério Alvim Alves
Origem: DF/Varginha

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição das sócias-administradoras como responsáveis pelo crédito tributário, por prática de atos em infração à lei, conforme art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Restringida a responsabilidade da Coobrigada Rosimeire Conceição da Silva até à data de 15/09/10, época em que se desligou da empresa.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas ao Fisco pela Autuada e os valores constantes em extratos fornecidos por 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, limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação pelo § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante ao Fisco e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de janeiro de 2008 a julho de 2011.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação pelo § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

O PTA encontra-se instruído com o Auto de Infração - AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (fls. 04/06); Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fl. 09); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 12/22); Consolidado por Administradora de Cartão de Crédito/Débito (fls. 24/27); Declaração Anual do Simples Nacional - DASN (fls. 29/32); Cópia do livro Registro de Entrada (fls. 34/76) e Cópia do Contrato Social e da 1ª Alteração Contratual (fls. 78/85).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente e por procurador legalmente constituído, impugnação às fls. 88/95, alegando, em apertada síntese, que deve ser anulado integralmente o Auto de Infração porque teria ocorrido cerceamento de defesa, afronta ao princípio da moralidade administrativa e que as provas utilizadas pelo Fisco foram obtidas por meios ilícitos.

Ao final, pede a procedência da impugnação e o cancelamento do Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação às fls. 109/118, refuta as alegações da Defesa e pede que seja julgado procedente o lançamento.

Do Incidente Processual

A 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão do dia 10/07/12, acordou, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento (fl. 125).

Todavia, conforme o Despacho-Incidente processual, de fls. 126/127, constatou-se que, durante a elaboração do Acórdão, havia uma inadequação da decisão no tocante à vinculação das Coobrigadas Rosimeire Conceição da Silva e Maria Antônia de Freitas com a totalidade das exigências (2008 a 2011), tendo em vista que a primeira foi sócia administradora da sociedade empresária somente até 15/09/10, data do registro da alteração contratual na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, mesma data em que a segunda assumiu a condição de sócia administradora.

Assim, o Presidente, em exercício, do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no uso de atribuições que lhe confere o art. 21, inciso VIII do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, aprovado pelo Decreto nº 44.906/08, determinou o encaminhamento do PTA à 3ª Câmara para decidir sobre o Incidente Processual.

Cientificadas, a Autuada e as Coobrigadas, fls. 128/131, não mais se manifestaram.

A 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão de 20/11/12, à unanimidade, admitiu o incidente processual e declarou nula a decisão anterior.

DECISÃO

Das Preliminares de Nulidade

Em preliminar, alega a Autuada a nulidade do Auto de Infração, sustentando que houve cerceamento do seu direito de defesa, afronta ao princípio da moralidade administrativa e que as provas utilizadas pelo Fisco foram obtidas por meios ilícitos.

Entretanto, não lhe assiste razão.

A Autuada foi devidamente intimada por via postal, mediante Auto de Início de Ação Fiscal, de acordo com documentos de fls. 09/10 dos autos.

Por sua vez, o Auto de Infração descreve com precisão e clareza o fato que motivou a sua emissão e as circunstâncias em que foi lavrado, cita expressamente os dispositivos legais infringidos e os que cominam a respectiva penalidade, bem como demonstra o valor do crédito tributário exigido. Portanto, com todos os elementos configurados nos exatos termos do art. 89 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, abaixo transcrito:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Ao contrário do alegado, o demonstrativo do crédito tributário está claramente detalhado no Anexo II de fls. 12/22, e o Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) encontra-se explicitado às fls. 04/06.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, inexistente o vício arguido, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa no presente caso.

A alegada ofensa ao princípio da moralidade administrativa, sob o argumento de que o seu contador não teve requisição expressa para transferir à Fiscalização os livros contábeis, e que foi impelido a encaminhar documentos alheios à função fiscalizadora, também não subsiste.

Fere a moralidade administrativa quando não se verifica uma atividade harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado. O fim deve se harmonizar com a previsão abstrata da norma jurídica e o ato deverá se apresentar em conformidade com a lei e a moralidade administrativa.

Não se observa em todo o processo conduta antiética por parte do agente do Fisco, ela é juridicamente possível, está em harmonia com os efeitos jurídicos previstos na norma tributária e o lançamento se manifesta plenamente vinculado aos seus ditames, observando o disposto no art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

O Fisco requisitou regularmente para apresentação livros e documentos fiscais por intermédio do AIAF, fl. 09.

Por seu turno, o art. 193 da Parte Geral do RICMS/02 é claro em se tratando de disciplina relativa à exibição e entrega livros, meios eletrônicos e outros documentos ao Fisco:

Art. 193. Os livros, meios eletrônicos e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, observado o seguinte:

(...)

Importante frisar que, nos termos do art. 75 do RPTA, o contabilista é autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais do contribuinte, sendo também uma pessoa autorizada para apor sua assinatura no AIAF, *in verbis*:

Art. 75. Na lavratura de Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Bens e Documentos, em se tratando de intimação pessoal, será colhida a assinatura do sujeito passivo, seu representante legal, mandatário, preposto, ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais.

(...)

Ressalte-se, ainda, que o procedimento adotado pelo Fisco é tecnicamente idôneo e tem suporte nos incisos I e VII do art. 194, também da Parte Geral do RICMS/02:

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

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 constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

Finalmente, relativamente à alegação de que as provas utilizadas foram obtidas por meios ilícitos, esclareça-se que, conforme consta dos autos, não se evidencia a ocorrência de tal ilicitude. Ao contrário, como já demonstrado, o Fisco requisitou regularmente os livros e documentos da Contribuinte por intermédio de AIAF. Ademais, como exposto anteriormente, esses documentos são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entrega-los ou exibi-los.

Rejeita-se, portanto, as prefaciais de nulidade arguidas.

Do Mérito

Versa o presente contencioso sobre a constatação de omissão de receitas, resultante da diferença entre as vendas declaradas ao Fisco pela Autuada e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de janeiro de 2008 a julho de 2011, pelo que se exigiu ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação pelo § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6763/75.

O procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, Parte Geral do RICMS/02, acima transcrito.

Insta registrar, por oportuno, que a disciplina regulamentar da matéria encontra-se prevista nos art. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

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.

Como bem salienta o Fisco, as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

É de se registrar que as atividades de cruzamento de dados, com vistas à prospecção de omissões de receita relativas às operações com cartão, se convertidas em auditorias, se materializam por quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, particularmente a conclusão fiscal. Os valores informados pelas administradoras e omitidos pelo contribuinte, em que pese a admissão de prova em contrário (*juris tantum*), configuram saídas do estabelecimento desacobertadas de documentação fiscal, nos termos da legislação tributária vigente.

Destaca-se também o que dispõe a legislação tributária mineira acerca da base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a)ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

Cabe assinalar que, no presente caso, para fins de cálculo das vendas desacobertadas de documentação fiscal, foram consideradas apenas as operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito, desconsiderando as outras modalidades de pagamento, como dinheiro e cheque, que certamente ocorreram no período.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a 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;

Contudo, observou o Fisco a redução de base de cálculo prevista no item 20, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, de forma a que a carga tributária, nos casos de fornecimento de alimentação, excluídas as bebidas, seja equivalente a 8,4% (oito inteiros e quatro décimos por cento) do valor das operações, como se pode observar nos demonstrativos às fls. 12/22.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme decorre do preceito legal abaixo reproduzido:

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 desacompanhada de documento fiscal;

As multas exigidas estão de acordo com a previsão na legislação, como abaixo se pode ver:

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 desacompanhada 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 Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

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

As Coobrigadas foram incluídas no polo passivo da obrigação tributária, conforme informado no Auto de Infração, em razão do disposto no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, abaixo transcritos:

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 nº 6.763/75:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Como resta comprovado nos autos, ocorreu omissão de receitas, resultante da diferença entre as vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito. Não é possível que tal omissão de receitas tenha ocorrido sem o conhecimento e a participação direta das sócias administradoras e aí está a comprovação de sua participação direta em atos de infração à lei, suficiente para responsabilizá-las, pessoalmente, pelo crédito tributário. Assim, correta a eleição das sócias como pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário, pois, no contrato social (fls. 78/85), tinham a responsabilidade pela administração da sociedade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, tendo em vista que a primeira, Rosimeire Conceição da Silva, foi sócia administradora da sociedade empresária somente até 15/09/10, data do registro da alteração contratual na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (fls. 83/85), mesma data em que a segunda, Maria Antônia de Freitas, assumiu a condição de sócia administradora, não é possível responsabilizar a primeira por atos ocorridos após sua retirada da sociedade, devendo sua responsabilidade ser restringida até à data de 15/09/10.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, devendo a responsabilidade da Coobrigada Rosimeire Conceição da Silva se restringir até à data de 15/09/10, época em que se desligou da empresa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 20 de novembro de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator**

T