

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.408/15/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000193539-34
Recurso de Revisão: 40.060137592-85
Recorrente: 3ª Câmara de Julgamento
Recorrida: Reinato Silva Lessa (Aut.)
Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda
IE: 062309838.10-50 (Coob.)
Proc. S. Passivo: Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - AUTUADO - EXCLUSÃO. Exclusão do Autuado do polo passivo da obrigação tributária, por ausência no Auto de Infração de dispositivo legal que fundamente, corretamente, sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante relatório de vendas da memória fiscal do ECF. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve ser reduzida a base de cálculo do imposto conforme previsto no art. 43, inciso VI do RICMS/02. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Constatada a prática de atividades comerciais em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda/MG. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 96, inciso I do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75, majorada nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da citada lei. Entretanto, deve ser excluída a majoração da multa isolada. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. Constatada a existência de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento da Contribuinte em desacordo com a legislação tributária. Infração caracterizada nos termos do art. 4º, inciso I do Anexo VI do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XI, alínea "b" da Lei nº 6.763/75, majorada nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da citada lei. Entretanto, deve ser excluída a majoração da multa isolada. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – USO IRREGULAR. Constatado o uso irregular de equipamentos

emissores de comprovantes de venda por cartão de crédito/débito no estabelecimento autuado. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XIII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, majorada nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da citada lei. Entretanto, deve ser excluída a majoração da multa isolada. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Autuado ora Recorrido à Fiscalização, 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 01/01/11 a 29/04/13.

Versa, também, sobre a falta de inscrição estadual do estabelecimento autuado, uso indevido de ECF; uso indevido de máquina de cartão de crédito da Cielo; e da Redecard.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multas Isoladas capituladas no art. 54, incisos I, XI, alínea “b” e XIII, alínea “a”, majoradas nos termos, §§ 6º e 7º do art. 53, art. 55 inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.559/14/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 104 e, ainda, excluiu do polo passivo da obrigação tributária o Coobrigado Reinato da Silva Lessa, por consequência, a majoração da multa isolada e, ainda, reduziu a base de cálculo conforme previsto no art. 43, inciso VI do RICMS/02.

Mediante declaração na decisão, foi interposto de ofício, pela 3ª Câmara de Julgamento, o presente Recurso de Revisão.

Em sessão realizada em 19/03/15, presidida pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, nos termos da Portaria nº 04/01, foi deferido o pedido de vista do processo formulado pela Conselheira presidente, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 27/03/15.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Fernando Luiz Saldanha, que lhe davam provimento nos termos do voto vencido e dos Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Marcelo Nogueira de Moraes e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos -

RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

Considerando que a decisão tomada por esta Câmara Especial não se contrapõe à fundamentação do acórdão recorrido, foram adotados os mesmos fundamentos da decisão da Câmara *a quo*, salvo pequenas alterações.

Trata-se de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante relatório de vendas da memória fiscal do ECF, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/11 a 29/04/13.

Trata também, da falta de inscrição estadual, uso indevido de ECF e uso indevido de máquina de cartão de crédito da Cielo e da Redecard.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multas Isoladas capituladas no art. 54, incisos I, XI, alínea “b” e XIII, alínea “a”, majoradas nos termos, §§ 6º e 7º do art. 53, art. 55 inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

Para melhor elucidação da questão aqui discutida, necessário se faz, inicialmente alguns esclarecimentos.

A ação fiscal foi iniciada em função de diligência ao estabelecimento comercial situado à Rua Paracatu, 548 – B. Barro Preto, em Belo Horizonte/MG, momento em que foi constatado que no local funcionava um estabelecimento, no ramo de restaurante, sem inscrição estadual, que utilizava o nome fantasia de Restaurante Meritíssimo.

Foi lavrado o Auto de Constatação de fls. 02 e pontuadas as irregularidades.

A máquina de ECF referia-se ao CNPJ nº 16.654626/0021-03, pertencente à Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda, cuja alteração de endereço ocorreu em 06/02/12 para o endereço da Rua Nilton Baldo, nº 612 – B. Jardim Paquetá – Belo Horizonte.

Tal informação pode ser comprovada mediante análise do documento de fls. 45. No momento da constatação do uso irregular da máquina de ECF, foi retirada a memória fiscal do equipamento e lavrado o Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 004567, anexado à fl. 03.

Verificou-se também que a máquina de cartão de crédito – CIELO, emitia comprovantes de pagamento em nome do CNPJ: 16.654626/0024-48, filial de Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda, com endereço na Av. Antônio Carlos, 6627 – 4º andar, Belo Horizonte/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessa ação, ainda foi verificado o uso indevido da máquina de cartão de crédito – REDECARD – pertencente ao CNPJ: 16.654626/0019-80, com endereço na Av. Antônio Carlos, 6627 – Campus U – Belo Horizonte/MG, também apreendida por meio do AAD nº 004567.

Portanto, nenhum dos 3 (três) estabelecimentos responsáveis pelos equipamentos apreendidos tinham endereço no local da constatação.

Com o intuito de se apurar o responsável pelo estabelecimento comercial, buscou a Fiscalização junto ao proprietário do imóvel, por meio da administradora de imóveis, o Contrato de Locação, juntado às fls. 59/65, constando como locatário o Sr. Reinato Silva Lessa, ora Recorrido, com vigência a partir de 01/01/11. Esse contrato de locação deixa expresso que a finalidade da locação é comercial, para instalação de restaurante (fls.59).

Como se pode observar do Auto de Constatação de fls. 02, do AAD de fls. 03 e da intimação de fls. 04, restou claro que o estabelecimento não tinha inscrição estadual e que o nome fantasia era Restaurante Meritíssimo.

Insta observar que a Fiscalização incluiu no polo passivo da obrigação tributária a empresa Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda por meio do Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 104.

Oportunidade em que a referida Recorrida/Coobrigada compareceu aos autos afirmando que seria a responsável pelo estabelecimento desde o início do contrato de locação, em 01/01/11, mas que não exerceu as atividades desde esse momento e isso ocorreu somente a partir de abril de 2011.

Entretanto, quanto ao início das atividades, não foi isso que demonstrou a memória fiscal extraída do ECF (fls. 18) apreendido no estabelecimento.

Esse equipamento apresentou movimentação já a partir de março de 2011 (demonstrativo de fls. 15), não respaldando a afirmativa da Recorrida/Coobrigada.

Assim, não procede a alegação de que não houve fornecimento de alimentação sem documento fiscal entre janeiro de 2011 e abril de 2011.

O contrato de locação juntado às fls. 59/65 sequer trata de carência para o início da locação, isso porque, o estabelecimento já estava pronto para o exercício da atividade, pois, era de responsabilidade de outra pessoa jurídica, Restaurante Meritíssimo Café Com Lei Ltda (dados cadastrais às fls. 48).

Conforme *ticket* de máquina de cartão de crédito (fls. 55) a Recorrida/Coobrigada, responsável pelo estabelecimento utilizava até mesmo o POS do sucedido. Portanto, a confirmação da Recorrida de que regularizou a situação da inscrição estadual somente em junho de 2013, dois anos e meio após o início das atividades é circunstância incorreta.

Quanto ao argumento de que houve emissão de notas fiscais por todo o período fiscalizado, impossível verificar tal situação aventada pela documentação colacionada aos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Enfatize-se que os valores constantes no Auto de Infração são provenientes de operações realizadas por meio de equipamentos das administradoras de cartões de crédito e débito.

Assim, impossível a conclusão pretendida pela Recorrida/Coobrigada de que todas as operações teriam sido efetivamente tributadas.

Está-se diante da premissa de que contra fatos não há argumentos. Com efeito, o Auto de Constatação de fls. 04, assinado por Agente Fiscal e pelo Gerente, comprovou que o estabelecimento comercial não tinha inscrição estadual e utilizava equipamentos de três CNPJs distintos.

No mesmo dia da constatação, o responsável pelo estabelecimento foi intimado (fls. 04) a apresentar, dentre outros documentos, as notas fiscais de entradas e as notas fiscais de saídas. A Fiscalização concedeu ao Contribuinte a oportunidade de comprovar a regularidade fiscal. Entretanto, não o fez e se omitiu na impugnação.

Ambos os Autuados sequer se manifestaram a respeito do auto de constatação e da intimação.

Questiona a Recorrida/Coobrigada o arbitramento feito pela Fiscalização para os períodos que não houve emissão de documentos fiscais. Há que se frisar que o critério é legal e foi realizado dentro dos ditames da norma, prevista no art. 53 do RICMS/02.

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

(...)

Nos termos do dispositivo retromencionado, o arbitramento é um critério para determinação, pela Fiscalização, dos valores a serem tributados, quando não são encontrados elementos suficientes para obter a base de cálculo do imposto.

A Recorrida/Coobrigada foi intimada e não apresentou documentos que comprovassem o valor da operação, como também, realizou operações sem emissão regular de documentos fiscais.

Dessa forma, foi aplicado o critério estabelecido no art. 54, inciso X do RICMS/02, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

X - o valor constante do totalizador geral, no caso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), Máquina Registradora (MR) ou Terminal Ponto de Venda (PDV) utilizados em desacordo com o disposto neste Regulamento;

(...)

Para o arbitramento, foram utilizados os dados do ECF apreendido no estabelecimento que apresentava valores de faturamento somente nos meses de março e abril de 2011 e de setembro de 2012 a abril de 2013.

Cabe destacar, que esses valores não foram questionados pelos Recorridos. A planilha de fls. 16 apresenta todo o demonstrativo de valores arbitrados e dos valores constantes do ECF. Na listagem dos valores extraídos da memória fiscal, demonstrados na planilha de fls. 15, consta o arbitramento - somatório da memória fiscal dividido pela quantidade de meses.

A Recorrida/Coobrigada questiona sobre a redução da base de cálculo do imposto, já que tal exigência formalizada no Auto de Infração tem por origem o fornecimento de alimentação em restaurante.

Razão assiste à Recorrida/Coobrigada, nos termos do art. 43, inciso VI do RICMS/02 c/c item 20 da Parte 1 do Anexo IV da mesma norma legal, *in verbis*:

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:

VI - no fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria por bar, restaurante ou por qualquer estabelecimento que explore tal atividade, o valor total da operação, compreendendo o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço, observado o disposto no item 20 da parte 1 do Anexo IV;

ANEXO IV DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

PARTE 1 - Itens 1 a 14 DAS HIPÓTESES DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (a que se refere o artigo 43 deste Regulamento)

20	Fornecimento de alimentação, excluídas as bebidas, quando promovida por:	53,33	0,084	0,056	0,0327	Indeterminada	a) bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos similares;
----	--	-------	-------	-------	--------	---------------	---

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) empresas fornecedoras de refeições coletivas (alimentação industrial).

Ao questionar a Multa de Revalidação a Recorrida/Coobrigada limita-se apenas em dizer não ser ela cabível, pois o imposto foi pago tempestivamente. Esse argumento também foi utilizado quanto à aplicação da Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Entretanto, não lhe assiste razão.

As multas foram exigidas na forma da legislação tributária estadual, sendo cobradas conforme a natureza da infração cometida. Percebe-se que tais penalidades possuem naturezas distintas e têm como referência valores diversos. A multa de revalidação refere-se a descumprimento de obrigação principal exigida em razão do não recolhimento do imposto não recolhido no todo ou em parte, enquanto que a multa isolada aplica-se sobre descumprimento de obrigação acessória.

Nesse sentido é o entendimento de abalizada doutrina.

Para Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Misabel Derzi, 11ª ed., p. 759), as penalidades compreendem as infrações, relativas ao descumprimento do dever de pagar o tributo tempestivamente e as infrações apuradas em autuações, de qualquer natureza (multas moratórias ou de revalidação) e as infrações aos deveres de fazer ou não fazer, chamados acessórios (às quais se cominam multas específicas).

Relativamente a Multa Isolada questionada tem-se que referida multa foi exigida corretamente, com base no do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, ao percentual de 40% (quarenta por cento), pela saída desacobertada, *in verbis*:

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 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 seguintes casos:

seguintes 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;

Vale ressaltar que a Recorrida utiliza-se de documentos de outro estabelecimento para justificar a sua afirmação de que o imposto foi recolhido. Como já dito, não há previsão de aceitar apuração de um estabelecimento a título de regularização daquele que foi objeto de autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, não lhe assiste razão no que tange à aplicação da multa com a redução de 20% (vinte por cento). Há que se ressaltar que não houve apuração com base na escrita fiscal da Recorrida/Coobrigada, tendo em vista que se tratava de estabelecimento comercial sem inscrição estadual e, conseqüentemente, sem escrita e documentos fiscais.

No que diz respeito à inclusão do Sr. Reinato Silva Lessa, locatário do estabelecimento autuado, como Sujeito Passivo da obrigação tributária, alega a Fiscalização que tal inclusão decorreu de previsão legal do art. 14, § 1º da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 14. Recorrida 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 Recorrida 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 definidas como fato gerador do imposto.

Entretanto, quando da reformulação do lançamento e da admissão da empresa Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda como Coobrigada da obrigação tributária, restou definido que ela é a contribuinte do imposto.

Portanto sob o fundamento pretendido pela Fiscalização não se sustenta a manutenção de Reinato Silva Lessa no polo passivo, pois, não constando dos autos a pertinente capitulação legal de sua responsabilidade, impõe-se a sua exclusão do polo passivo da obrigação tributária.

Quanto à falta de inscrição estadual, restou constatada a prática de atividades comerciais em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais. Portanto, a infração está caracterizada nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 96, inciso I do RICMS/02. Assim, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso I da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I - por falta de inscrição: 500 (quinhentas) UFEMGs;

(...)

Restou também caracterizada, a existência no estabelecimento comercial de equipamento emissor de cupom fiscal em desacordo com a legislação tributária. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XI, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XI - por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária, sem prejuízo da apreensão dos mesmos, e por deixar de atender às disposições da legislação relativas ao uso ou à cessação de uso do equipamento:

(...)

b) se a irregularidade implicar falta de recolhimento do imposto, 3.000 (três mil) UFEMGs por infração constatada em cada equipamento;

O estabelecimento autuado, cujas máquinas de cartões de crédito/débito foram encontradas no local, estavam vinculadas a terceiros, e utilizou de forma irregular de equipamentos emissores de comprovantes de venda por cartão de crédito/débito. Portanto, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XIII, alínea "a" da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XIII - por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar equipamento:

a) para emissão de comprovante de pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito em conta corrente, nos casos em que seja obrigatória a emissão desse comprovante por ECF, exceto quando ambos estiverem integrados ou haja autorização da Secretaria de Estado de Fazenda para sua utilização - 3.000 (três mil) UFEMGs por equipamento;

Quanto à majoração das Multas Isoladas capituladas nos arts. 54, inciso I, 54, inciso XIII, alínea "a" e 54, inciso XI, alínea "b" tem-se que tal majoração foi caracterizada utilizando-se como parâmetro as reincidências de infrações praticadas somente pelo Recorrido Reinato Silva Lessa, excluído do polo passivo da obrigação tributária.

Finalmente com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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)

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 19/03/15. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencidos os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Fernando Luiz Saldanha, que lhe davam provimento nos termos do voto vencido. Designado relator o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos e os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 27 de março de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marcelo Nogueira de Moraes
Relator designado**

IS/T