

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.184/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000436032-61
Impugnação: 40.010140615-71
Impugnante: Prudente Bar e Restaurante Ltda
IE: 001492656.00-38
Coobrigado: Orlando Chaves Bahia
CPF: 056.635.106-48
Proc. S. Passivo: Marco Antônio Corrêa Ferreira/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização, na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, sendo esta última, adequada, em parte, ao § 2º do citado artigo. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, nos períodos de janeiro a março de 2012 e abril a outubro de 2015.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada, em parte, ao disposto no § 2º do citado artigo.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 61/73, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 128//132.

DECISÃO

Das Preliminares.

Inicialmente a Impugnante alega inconstitucionalidade na exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens, no valor da multa, como condição

de admissibilidade para interposição de recurso administrativo. Cita a Súmula Vinculante nº 21, do Supremo Tribunal Federal (STF), aduz que tal exigência contraria as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, também, o direito de petição, consagrado pela Constituição da República, (CR/88).

Argumenta, ainda, a Autuada a não observância, pela Fiscalização, do critério da dupla visita.

Entretanto, razão não lhe assiste, como adiante se verá.

No que concerne ao depósito administrativo no valor da multa, tal questão não é matéria do Auto de Infração em exame, uma vez que não foi exigido tal valor, com fins de admissibilidade do recurso administrativo.

A Autuada optou em não exercer a faculdade de realizar o depósito administrativo, prevista no art. 189, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 189. É facultado ao sujeito passivo, durante a tramitação do PTA, garantir o crédito tributário mediante depósito administrativo, na forma estabelecida em resolução do Secretário de Estado de Fazenda.

§ 1º O depósito administrativo compreenderá o montante total do crédito tributário, assim considerado o tributo, monetariamente atualizado, se for o caso, acrescido das penalidades e dos juros moratórios cabíveis no momento da efetivação do depósito.

§ 2º No caso de impugnação parcial do crédito tributário, o depósito corresponderá ao valor impugnado. (Grifou-se).

Registra-se, por oportuno, que a exigência da taxa de expediente, para admissibilidade da impugnação (fls.74), está amparada nos termos do art. 114, inciso II, do RPTA, *in verbis*:

Art. 114. O chefe da repartição fazendária, ou funcionário por ele designado, negará seguimento à impugnação que:

(...)

II - estiver desacompanhada do comprovante de recolhimento integral da taxa de expediente devida ou não seja comprovado o recolhimento desta no prazo estabelecido.

(...) (Grifou-se).

Quanto ao critério da dupla visita, sem razão a Defesa, conforme se verifica pelo art. 55, § 1º da Lei Complementar (LC) nº 123/06, com redação dada pela LC nº 147/14, *in verbis*:

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo das microempresas e empresas de pequeno

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

Cumprindo ainda salientar, que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de janeiro a março de 2012 e abril a outubro de 2015.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada, em parte, ao disposto no § 2º, do citado artigo.

Cumprindo destacar que a Fiscalização realizou diligência no estabelecimento comercial da Autuada em 12/04/16 e, tendo em vista inconsistências entre o faturamento contido na apuração do ICMS e a soma dos valores informados pelas Administradoras/Operadoras de Cartão Débito/Crédito, emitiu o Auto de Início de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000.015.283-32, anexado às fls. 05, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/11 a 31/12/15.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização constatou vendas desacobertadas de documentos fiscais, no período autuado.

O procedimento adotado pela Fiscalização, 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, 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;

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

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

(...)

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

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões 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.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas nas Declarações de Apuração do regime de tributação do Simples Nacional (DASN).

Cabe destacar, as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV, do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

Como bem ressaltou a Fiscalização, o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG sob o CNAE-F nº 5611-2/01, qual seja, restaurantes e similares, segmento que possui redução de base cálculo, conforme item 20, Parte 1, Anexo IV, do RICMS/02.

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

Destaca-se que a Fiscalização calculou a proporção do valor total das operações sujeitas ao imposto estadual sobre o faturamento no período autuado, para fins de apuração da base de cálculo do imposto, e aferiu, também, a alíquota praticada pela Autuada, conforme planilhas acostadas às fls. 07/10, apurando-se, assim, corretamente o valor o imposto não recolhido em razão de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento), postula a Autuada pela aplicação da redução prevista na alínea “a” do citado dispositivo. Fundamenta seu pedido em decisões deste Conselho de Contribuintes. Alega ainda *bis in idem* na exigência da penalidade isolada.

Entretanto, razão não lhe assiste.

A Multa Isolada exigida no Auto de Infração em exame, está prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75 *in verbis*:

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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

Entretanto, em que pesem os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito e/ou débito serem considerados documentos fiscais, sem razão a Defesa, uma vez que o redutor previsto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente se aplica quando a apuração do crédito tributário ocorrer com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.

Em relação aos acórdãos do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, não prospera a alegação da Defesa, haja vista o entendimento, majoritário, do Conselho de Contribuintes, pela não aplicação da alínea “a”, do inciso II, do art. 55, da Lei nº 6.763/75, qual seja do redutor de 20% (vinte por cento), conforme ementas infra transcritas:

ACÓRDÃO 21.286/14/3ª:

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 IMPUGNANTE 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. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO 20.692/15/2ª:

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 PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO (DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DE ICMS – DAPI) E NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (GRIFOU-SE).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante alega a exigência de multa isolada em duplicidade, cita o demonstrativo da multa isolada, de fls.07 e 09, colunas “H”, “I”, “J”.

Todavia, verifica-se que a Autuada não atentou que a soma da multa isolada (coluna J) foi aplicada sobre o montante total do faturamento omitido, R\$ 146.640,97 (cento e quarenta e seis mil, seiscentos e quarenta reais e noventa e sete centavos, no exercício de 2012 (fls.07), R\$210.933,56 (duzentos e dez mil, novecentos e trinta e três reais e cinquenta e seis centavos, para o exercício 2015 (fls.09) - coluna “C”.

Entretanto, no faturamento total omitido, há parcela correspondente ao faturamento sujeito à substituição tributária (ST), R\$125.068,84 (cento e vinte e cinco mil, sessenta e oito reais, oitenta e quatro centavos, exercício 2012, (fls. 07) e R\$188.347,97(cento e oitenta e oito mil, trezentos e quarenta e sete reais e noventa e sete centavos, exercício 2015, (fls. 09) - coluna “D”.

A Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, no percentual de 40% (quarenta por cento), demonstrada na coluna “H” foi aplicada sobre o valor do faturamento omitido, a título de ST.

A multa isolada no valor de R\$ 4.530,14 (quatro mil, quinhentos e trinta reais e quatorze centavos), exercício 2012 (fls.07) e R\$ 4.742,99 (quatro mil, setecentos e quarenta e dois reais e noventa e nove centavos, exercício 2015, (fls. 09) - coluna “I”, foi aplicada sobre o valor do ICMS (coluna “E”), adequada ao limitador de 2,5 (duas vezes e meia) em virtude do não recolhimento do imposto, nos termos do art.55, inciso II, § 2º, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

§ 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. (Grifou-se)

Necessário reafirmar, que o valor do imposto exigido, foi obtido pelo multiplicador de 8,4% (oito virgula quatro por cento), pois a Autuada pertence ao seguimento de restaurantes e similares, que possui redução de base cálculo, conforme item 20, Parte 1, Anexo IV, do RICMS/02.

Assim, ao contrário do que sustenta a Impugnante, não há que se falar em *bis in idem*, pois é possível a incidência concomitante da multa isolada em questão, porquanto foram cobradas nos exatos termos da legislação pertinente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O estado somente tem condições de cumprir as suas finalidades sociais se tiver orçamento, o que se consegue, via tributos e, assim, o meio coercitivo para obrigar o contribuinte ao implemento de suas obrigações constitui forma válida para a consecução de suas finalidades.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Vinícius de Andrade Simões e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Cinara Lucchesi Vasconcelos Campos.

Sala das Sessões, 25 de agosto de 2016.

Marco Túlio da Silva
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

CS/D