

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.990/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000899778-48
Impugnação: 40.010145608-79
Impugnante: 2 FX Comércio de Perfumes & Cosméticos Ltda
IE: 001755843.04-10
Coobrigados: Fabiano Pinto Nicoli
CPF: 068.001.986-33
Fernando Minuccelli da Silva
CPF: 073.710.496-16
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização na Declaração de Apuração e Informação de ICMS - DAPI 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 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. Entretanto, adequa-se a multa isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Lançamento parcialmente 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, com recolhimento de ICMS a menor, no período de janeiro a agosto de 2017.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seus representantes legais, Impugnação às fls. 79/82, contra a qual a Fiscalização manifestou-se às fls. 92/104.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas 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, com recolhimento de ICMS a menor, no período de janeiro a agosto de 2017.

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.

Cumpra-se destacar que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000023632.13, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/13 a 31/08/17.

Destaca-se que, apesar de constar no AIAF como período fiscalizado o intervalo de 01/01/13 a 31/08/17, a fiscalização efetiva limitou-se ao período de 01/01/17 a 31/08/17.

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,

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.

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada e pela administradora 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 21.

A Impugnante entende que o fato gerador ocorre na entrada ou na aquisição dos produtos que revende. Assim, alega que, como as mercadorias são sujeitas ao recolhimento por substituição tributária, quando entraram em seu estoque já tiveram o imposto retido e pago antecipadamente, não havendo que se falar em nova cobrança.

Entretanto, verifica-se, como exemplo, que as notas fiscais emitidas por B GRINBERG PERFUMES E PRESENTES (fls. 23/27), apesar de terem CFOP de “venda ST fora de SP”, não tinham o imposto destacado, nem foram apresentadas guias de recolhimento. Portanto, o entendimento da Impugnante encontra-se equivocado.

O fato gerador, como já dito no texto do Auto de Infração, ocorre na saída das mercadorias, ou seja, nas operações de venda. E, em momento algum o Auto de Infração refere-se à cobrança do ICMS/ST.

A Impugnante limitou-se a apresentar documentos fiscais de aquisição de mercadorias a partir de novembro de 2016, acompanhados de algumas guias de recolhimento do ICMS/ST (*vide* obs. 7 do relatório fiscal detalhado – fls. 09 e do Auto de Infração (fls.5)). Estes documentos foram juntados conforme Anexo 4 do AI (fls. 22/53). Analisando os mesmos, verifica-se que não procede a informação do Sujeito Passivo de que todas as mercadorias adquiridas já tiveram o ICMS pago antecipadamente a título de substituição tributária.

Na impugnação, declarou ter apresentado as DAPIs de 2017, citando números de protocolo, porém, em consulta aos documentos processados do Contribuinte, junto à Receita Estadual, verificou-se que as DAPIs foram apresentadas tardiamente, em 16/12/17, posterior ao recebimento do AI.

Há que destacar que o AIAF foi recebido em 23/10/17, o Auto de Infração emitido em 13/11/17 e recebido pelo Contribuinte em 04/12/17. Portanto, quando da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

emissão do Auto de Infração, não se tinha conhecimento do faturamento do Contribuinte.

Os extratos apresentados referem-se aos meses de janeiro a junho de 2017. Não foram localizados os extratos dos meses de julho e agosto do mesmo ano. No AIAF foi solicitado que fossem apresentados os documentos fiscais emitidos que embasariam os supostos valores de faturamento declarados em DAPI, mas o Contribuinte não apresentou. Assim, ficou prejudicada a análise por parte do Fisco.

Como já dito, o Contribuinte não apresentou declaração de faturamento para o período autuado, apesar de solicitado no AIAF. Sequer se pronunciou a respeito do descumprimento da sua obrigação de emitir documento fiscal. Limitou-se, apenas, em informar que estaria desobrigado de emitir documento porque as mercadorias que revende estavam sujeitas à substituição tributária.

Como já dito anteriormente, o método adotado pelo Fisco é idôneo. O resultado do cruzamento das informações leva à definição de venda desacobertada. Neste método não tem como definir o que realmente foi vendido, tanto no tocante à quantidade quanto o produto propriamente dito.

O Contribuinte poderia ter anexado comprovação do que realmente vendeu sem nota fiscal para que se analisasse se seria o caso de considerar alíquota diferenciada.

Deveria comprovar inequivocamente quais as mercadorias que efetivamente foram vendidas sem documento fiscal para que se pudesse analisar se seria o caso de excluir do imposto por já ter sido esse pago por substituição tributária.

Este também é o entendimento do Conselho de Contribuintes que, conforme Acórdão nº 22.398/17/1ª, assim expôs:

TAMBÉM É INFUNDADA A ALEGAÇÃO DA AUTUADA DE QUE A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 18% SERIA INDEVIDA, UMA VEZ QUE EM MÉDIA 90% (NOVENTA POR CENTO) DE SUAS MERCADORIAS FORAM GRAVADAS PELA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (ST). CABE À AUTUADA ESPECIFICAR E COMPROVAR ESSAS VENDAS DE MODO QUE SE POSSA AVALIAR A FORMA DE TRIBUTAÇÃO ESPECÍFICA PARA CADA MERCADORIA, CONFORME INCISO I DO § 29 DO ART. 42 DO RICMS/02:

ART. 42 - AS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO SÃO:

(...)

§ 29. NA HIPÓTESE DO ART. 53 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.196 AMBOS DESTE REGULAMENTO, A ALÍQUOTA SERÁ DE 18% (DEZOITO POR CENTO), SALVO SE O CONTRIBUINTE:

I - ESPECIFICAR E COMPROVAR, DE FORMA INEQUÍVOCA, QUAIS AS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES REALIZADAS, CASO EM QUE SERÁ APLICADA A ALÍQUOTA CORRESPONDENTE;

(...)

Há que 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:

(...)

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

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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 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.

A Fiscalização exigiu a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, limitada pelo § 2º do mesmo artigo, por descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a obrigação de emitir documentos fiscais, no montante de 40% (quarenta por cento) do valor da operação. Veja-se:

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:

(...)

Efeitos de 30/12/2005 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei 15.956/2005:

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto ou sujeita à tributação com alíquota ou redução de base de cálculo que resulte em carga tributária inferior a 7% (sete por cento), não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação.

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

“§ 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.”

Cumprido destacar que o § 2º do referido art. 55 da Lei nº 6.763/75, teve sua redação alterada pela Lei nº 22.549/17 e pela Lei nº 22.796/17 de 28 de dezembro de 2017. Confira-se:

Lei nº 22.549/17

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

(...)

Lei nº 22.796/17 (MG de 29/12/17 e retificado no MG de 03/02/18)

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 55 - (...)

§ 2º - (...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Código Tributário Nacional – CTN, prevê, em seu art. 106, inciso II, alínea “c”, que a lei deverá retroagir para aplicar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época do fato gerador, *in verbis*:

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.

Portanto, no presente caso, a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, deve ser adequada ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Correta, a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Hélio Victor Mendes Guimarães e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 15 de maio de 2018.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

GR/D

CC/MG