

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.276/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001177924-52
Impugnação: 40.010147572-31, 40.010147250-61 (Coob.)
Impugnante: BM Restaurantes Ltda.
IE: 062081650.00-95
Matheus Achtschin Fraga (Coob.)
CPF: 089.125.446-32
Coobrigado: Allyson Souto Lessa
CPF: 013.031.466-81
Proc. S. Passivo: Hélio Márcio Andrade Lopes/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, 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 (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.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de venda de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as informações apostas nas Declarações de Apuração e Informação de ICMS (DAPIs) entregues pela Autuada, relativas ao período de janeiro a novembro de 2013.

Exige-se, no caso, o ICMS, a correspondente multa de revalidação e a multa isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, esta última já adequada ao limite de que trata o § 2º da referida Lei.

Segundo esclarece a Fiscalização no relatório do Auto de Infração, as exigências de ICMS se deram com base no percentual de 8,4% (oito virgula quatro por cento), haja vista que a Autuada opera no ramo de *restaurantes e similares*.

Registre-se ainda que os sócios administradores da empresa foram incluídos, como Coobrigados, no polo passivo da obrigação tributária.

Instruem o presente Auto de Infração, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 02);
- Relatório Fiscal (fls. 10/13);
- Anexo 1: Demonstrativo do Crédito Tributário (fl. 15);
- Anexo 2: Extratos das DAPIs apresentadas pela Autuada (fls. 17/21);
- Anexo 3: Extrato das informações prestadas pelas Administradoras de cartões de crédito/débito e planilha comparativa entre tais informações e os dados constantes das DAPIs apresentadas pela Autuada (fls. 23/24);
- Anexo 4: Extratos da situação cadastral da Autuada e cópia reprográfica do seu Contrato Social e respectivas alterações (fls. 26/38).

Das Impugnações

A Autuada comparece tempestivamente aos autos e, por procurador regularmente constituído, apresenta sua Impugnação às fls. 44/53, no âmbito da qual argumenta, em síntese, o que se segue.

De início, assevera que, “*por razões orçamentárias e técnicas, as máquinas utilizadas para recebimento através de cartões de crédito e débito eram utilizadas (sic) por algumas empresas em dias e horários distintos*”.

Demais disso, afirma que, a despeito deste compartilhamento, cada empresa contabiliza seus respectivos recebimentos e recolhia os impostos incidentes sobre suas operações, fato este que teria sido desconsiderado pela Fiscalização, que estaria a exigir os referidos tributos em duplicidade.

Na sequência, insurge-se também contra a quebra de seu sigilo financeiro e bancário, fato este que, segundo entende, se deu sem amparo na legislação. Para corroborar sua argumentação, transcreve normas legais e decisões judiciais que reputa assentes com o seu posicionamento.

Por fim, passa a discorrer sobre as penalidades cominadas no Auto de Infração para, em conclusão, pugnar no sentido da ilegalidade de sua exigência.

Isto posto, pede a insubsistência do feito fiscal.

O Coobrigado Matheus Achtschin Fraga também comparece aos autos e, por procurador regularmente constituído, apresenta sua Impugnação às fls. 61/67.

Em sua peça de defesa, o referido Coobrigado defende, em suma, que a sua inclusão no polo passivo não se deu em conformidade com os ditames legais.

Neste sentido, pondera que se retirou da sociedade no ano de 2012 (portanto, em momento anterior ao período objeto da presente autuação), razão pela qual descaberia cogitar de sua responsabilização pelo crédito tributário ora exigido.

Assim sendo, pede sua exclusão do polo passivo.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização comparece aos autos e, em bem fundamentada manifestação de fls. 91/98, contrapõe-se às alegações dos Defendentes.

Inicialmente, quanto à alegação da Autuada de que as máquinas de cartões seriam compartilhadas entre diversas empresas, ressalta que a Autuada não colacionou aos autos qualquer documento que sustentasse suas afirmações.

Demais disso, a Fiscalização destaca também que não houve qualquer demonstração acerca do efetivo faturamento dessas supostas empresas e, mais que isso, as DAPIs entregues pela própria Impugnante comprovam que sequer o seu próprio faturamento foi informado à Fazenda Estadual no período autuado.

Como se não bastasse, pondera que inexistente previsão na legislação tributária que ampare o dito compartilhamento de máquinas de cartões, sendo que, de resto, nem mesmo foram identificadas as empresas que supostamente teriam participado de tal arranjo.

Ainda no que tange ao mérito do lançamento, a Fiscalização discorre pormenorizadamente acerca tanto do procedimento fiscal adotado, quanto da legislação aplicável ao caso, a qual transcreve em sua manifestação.

Em seguida, refuta também as alegações de quebra de sigilo bancário, bem assim as alegações aduzidas pelo Coobrigado.

Neste ponto específico, reitera a condição de sócio administrador do Impugnante ao longo de todo o período autuado, valendo-se, para tanto, da documentação cadastral e societária juntada ao Auto de Infração (fl. 36 c/c fls. 27/30 dos autos).

Por fim, pede a manutenção do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de venda de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as informações apostas nas Declarações de Apuração e Informação de ICMS (DAPIs) entregues pela Autuada, relativas ao período de janeiro a novembro de 2013.

Exige-se, no caso, o ICMS, a correspondente multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, esta última já adequada ao limite de que trata o § 2º da referida Lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 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 as informações prestadas pela Contribuinte por meio das DAPIs por ela emitidas, estando o cálculo demonstrado na planilha de fl. 15 dos autos.

Cabe ressaltar, como bem assinalado pela Fiscalização, que inexistente norma legal ou regulamentar que ampare o alegado compartilhamento de máquinas POS.

Como se não bastasse tal fato, sequer foram indicadas quais as empresas teriam participado do mencionado compartilhamento e tampouco foi apresentado qualquer elemento de prova que sustentasse a afirmação de que os tributos devidos,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

correspondentes às vendas realizadas através dos cartões de crédito e débito, teriam sido efetivamente recolhidos.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que as Declarações de Apuração e Informação de ICMS (DAPIs) entregues pela própria Autuada não acusaram a realização de nenhuma operação no período, o que se afigura incompatível com suas razões de defesa.

A Impugnante insurge-se contra o lançamento entendendo ter havido quebra de sigilo de dados de instituição financeira. Entretanto, as administradoras de cartões estão obrigadas, por imposição legal, a fornecer as informações determinadas pela Fiscalização.

E mais, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prescreve que as Autoridades e os Agentes Fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, se tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Para corroborar, transcreve-se a ementa do Processo nº 1.0434.13.001963-2/002 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), julgado em 08/09/15 e publicado em 18/09/15, com decisão no sentido de que não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegitimidade da quebra de sigilo nos casos em que o procedimento adotado pela Fiscalização estiver em harmonia com as normas constitucionais e com a legislação de regência, conforme previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO - INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO - CONFRONTO COM AS RECEITAS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE - POSSIBILIDADE - RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR - IRREGULARIDADE INEXISTENTE NO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...) COM EFEITO, NÃO HÁ DE SE FALAR EM INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGITIMIDADE DA QUEBRA DE SIGILO, EIS QUE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO FISCO MINEIRO ENCONTRA-SE, A PRINCÍPIO, EM HARMONIA COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, QUE IMPÕE ÀS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO O DEVER DE EXIBIR TODOS OS DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE.(...) APRECIANDO A QUESTÃO EM FACE DE REGRAMENTO SIMILAR NO ÂMBITO DO ESTADO DE GOIÁS, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA JÁ SE MANIFESTOU EM SENTIDO CONTRÁRIO À PRETENSÃO ORA VERSADA.(...) COM A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO, EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL, PASSOU A PRESCINDIR DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (ART. 6º). PRECEDENTES DO STJ.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido.

Correta, também, a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária.

Com efeito, tendo presente a documentação societária juntada pela Fiscalização às fls. 27/30, resulta evidenciada a sua condição de sócio administrador ao longo do período objeto da autuação, fato este que, 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, justifica sua inclusão no polo passivo.

Confira-se:

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.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Revisora), Marco Túlio da Silva e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 02 de maio de 2019.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator