

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.337/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001175954-44
Impugnação: 40.010147645-71
Impugnante: Italoveraci Comércio de Pizzas Ltda
IE: 002724763.00-60
Coobrigado: Antero Fernandes Filho
CPF: 751.469.916-34
Proc. S. Passivo: Bernardo Facio Bicalho/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

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 no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional- Declaratório (PGDASN-D) 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. Infração caracterizada. Exigências da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei.

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, no período de 01/03/17 a 30/06/17.

Em razão da realização, de modo reiterado, de venda de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, ainda, a exclusão de ofício da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional a partir de 01/09/16, conforme Termo de Exclusão às fls. 19 do PTA nº 01.000937110-41, apensado a este.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se apenas a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei, por se tratar de saída desacobertada de mercadoria sujeita à substituição tributária.

Registra-se, ademais, que foi arrolado na peça fiscal, na condição de Coobrigado, o sócio administrador da empresa, nos termos do disposto no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III, do CTN.

A Fiscalização emite o Auto de Infração em exame para fins de desmembramento do PTA nº 01.000.937.110-41, em razão de corresponsabilidades distintas, conforme descrito no Relatório Fiscal de fls. 07/09.

Regulamente cientificados os Sujeitos Passivos, sobre o desmembramento, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 28/38 com os argumentos infra elencados:

- argui a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 92 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, sob o entendimento de que o trabalho fiscal não apresenta elementos suficientes para determinar com segurança e clareza os fundamentos das exigências fiscais;

- reitera que o lançamento não atendeu aos princípios estabelecidos no art. 89 do RPTA;

- alega que a Fiscalização adotou como parâmetro para sua conclusão apenas o PGDASN e o relatório das operadoras de cartão de crédito, sem verificar o próprio emissor de cupom fiscal, de modo a verificar com precisão se a Impugnante deu saída a mercadoria desacobertada de documento fiscal;

- acrescenta que o procedimento da Fiscalização encontra-se incorreto, tendo em vista a ausência de comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal de forma reiterada, tratando-se de mera presunção;

- entende que deve ser nula sua exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, pois decorrente de acusação fiscal de saídas desacobertadas de documentação fiscal não evidenciada pelo Fisco;

- assevera que é indevida a aplicação da Multa Isolada nos termos do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que esse dispositivo dispõe sobre a exigência de multa isolada em hipóteses comprovadas de que o contribuinte tenha promovido saída de mercadorias sem o respectivo documento fiscal, o que entende não ser o caso dos autos;

- questiona o percentual da multa isolada aplicada, que representa um valor muito superior ao imposto exigido;

- observa que a Fiscalização não aplicou o limitador da multa isolada, de duas vezes o valor do imposto, nos termos da Lei nº 22.549/17 que alterou o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, cabendo, neste caso, a retroatividade benigna, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN;

- requer o cancelamento do Auto de Infração ou;

- aplicação do limitador da Multa Isolada previsto no art. 55, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 ou;

- redução ao percentual de 20% (vinte por cento) previsto na alínea “a”, inciso II, art. 55 da citada lei ou;

- aplicação do permissivo legal para cancelar a Multa Isolada nos termos do art.53, § 3º c/c § 13 da Lei nº 6.763/75.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 53/68, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento, bem como pela improcedência da impugnação relativa à exclusão da Impugnante do regime de tributação do Simples Nacional.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois 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), estabelecido 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.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

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.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-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, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/03/17 a 30/06/17.

Em razão da realização, de modo reiterado, de venda de mercadorias sem o devido acobertamento documental, propõe-se, ainda, a exclusão de ofício da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional a partir de 01/09/16, conforme Termo de Exclusão às fls. 19 do PTA nº 01.000937110-41, apensado a este.

Exige-se apenas a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, adequada nos termos do inciso I, § 2º do citado artigo da mencionada lei, por se tratar de saída desacobertada de mercadoria sujeita à substituição tributária.

Registra-se, ademais, que foi arrolado na peça fiscal, na condição de Coobrigado, o sócio administrador da empresa, nos termos do disposto no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III, do CTN.

Cumprir-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 10.000.023.467-26, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 15/03/16 a 30/06/17.

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.

A Autuada alega, em sua defesa, que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal com base em dados extrafiscais, obtidos junto à administradora de cartão de crédito e/ou débito, que a seu ver não passam de meros indícios, é insubsistente, sendo imprescindível a existência de outras provas.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme se verá.

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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*:

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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."

(...)

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"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."

Efeitos de 18/08/2009 a 30/09/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.152, de 17/08/2009:

"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) estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 18.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante quando alega que o procedimento baseou-se em provas insuficientes.

Para apuração do imposto devido, foi tomado por base a proporcionalidade dos valores das saídas declaradas com e sem substituição tributária, conforme demonstrado no Anexo 2 (fls. 14).

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 5611-2/03, qual seja, lanchonetes, casas de chá, sucos e similares, segmento que possui

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

redução de base cálculo, conforme item 20, alínea “a”, 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.

Assim, as vendas não levadas à tributação foram demonstradas às fls. 16 do Auto de Infração, que apresenta os “Relatórios de Conclusão Fiscal”, demonstrando mensalmente os valores das operações informadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, os valores declarados pelo Contribuinte por meio dos PGDASN-D e as diferenças apuradas, denominadas faturamento omitido, que a teor do art. 196 do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 c/c o art. 2º da Lei nº 8.846/94, caracterizam falta de emissão de documentação fiscal, confira-se:

RICMS/02

Art. 196. Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

LEI nº 8.846/94

Art. 2º Caracteriza omissão de receita ou de rendimentos, inclusive ganhos de capital para efeito do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e das contribuições sociais, incidentes sobre o lucro e o faturamento, a falta de emissão da nota fiscal, recibo ou documento equivalente, no momento da efetivação das operações a que se refere o artigo anterior, bem como a sua emissão com valor inferior ao da operação.

Verifica-se que, neste Auto de Infração, a Fiscalização apurou que o faturamento omitido no período foi apenas de mercadorias sujeitas à ST, razão de ter sido exigida apenas a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

No que concerne à exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, verifica-se que não se aplica ao presente caso, uma vez que a Autuada já se encontra excluída do referido Regime, por ato administrativo da Receita Federal do Brasil, desde 15/03/16, conforme documento de fls. 72.

Relativamente à Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II 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, confira-se:

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 à 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos: (grifou-se).

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;

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 pese 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.

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, conforme Demonstrativo de Crédito Tributário de fls.18.

Correta, também, a eleição do Coobrigado 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Registra-se, por oportuno, que a Fiscalização desmembrou o PTA, por necessidade de separação da responsabilidade tributária dos sujeitos passivos por períodos de referência e irregularidade constatada, conforme já explicitado anteriormente.

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, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º:

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.

§ 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.

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 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 16 de julho de 2019.

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Relatora

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

CS/D

23.337/19/1ª