

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.284/19/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001159622-70
Impugnação: 40.010147585-55
Impugnante: Varejão Hosana Eireli
IE: 002832683.00-54
Coobrigado: Julio Cesar Paula de Castro
CPF: 076.730.226-56
Proc. S. Passivo: Eder Ferreira Silva
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 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. Corretas as exigências fiscais 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 realização de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no mês de janeiro de 2017, 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.

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 que a multa isolada já se encontra adequada ao limite de duas vezes o valor do imposto, nos termos do inciso I do § 2º do art. 55 da referida Lei.

O Coobrigado Julio Cesar Paula de Castro foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 50/57 (frente e verso), contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 95/107.

DECISÃO

Da Preliminar

Das Prefaciais Arguidas

Em preliminar, a Impugnante discorre a respeito “*Da Invalidade do Procedimento Fiscalizatório*”, reportando-se à legislação do simples nacional.

Afirma que a Fiscalização realiza o tal “*cruzamento*”, elabora planilhas e intima o contribuinte a apresentar denúncia espontânea para recolher exclusivamente o ICMS, sem qualquer previsão legal.

Discorre ainda a respeito “*Do Erro do Lançamento*”, reportando-se ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Inicialmente, cabe destacar que não se trata de contribuinte enquadrado no Simples Nacional e sim no regime de recolhimento débito e crédito, não havendo que se falar em observância da legislação do simples nacional. Os valores das saídas de mercadorias desacobertas foram apuradas com base nos valores declarados na Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI.

Em relação ao “*cruzamento*” e “*denúncia espontânea*” mencionados pela Impugnante, o art. 66 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, estabelece que os procedimentos fiscais auxiliares exploratórios ou de monitoramento de contribuinte, nos termos da definição contida no referido dispositivo, não caracterizam o início da ação fiscal, *in verbis*:

Art. 66. A realização dos procedimentos fiscais auxiliares abaixo mencionados não caracterizam o início da ação fiscal:

I - monitoramento, assim considerada a avaliação do comportamento fiscal-tributário de sujeito passivo, de carteira de contribuintes ou de setor econômico, mediante o controle corrente do cumprimento de obrigações e análise de dados econômico-fiscais, apresentados ao Fisco ou obtidas mediante visitação *in loco*; e

II - exploratório, assim considerada a atividade destinada a aumentar o grau de conhecimento sobre as atividades econômicas ou o comportamento fiscal-tributário de sujeito passivo, de carteira de contribuintes ou de setor econômico, mediante

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

visitação in loco, verificação de documentos e registros, identificação de indícios sobre irregularidades tributárias ou análise de dados e indicadores.

(...)

Por sua vez, o art. 67, incisos I e II do mesmo diploma legal, disciplina que, havendo indícios de irregularidades, o contribuinte será incluído na programação fiscal, podendo a inclusão e a possibilidade de denúncia espontânea serem a ele comunicadas, sendo lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) somente no caso de constatação de infração à legislação tributária, exceto nos casos de dispensa deste para a lavratura do Auto de Infração. Examine-se:

Art. 67. Na realização dos procedimentos de monitoramento ou exploratório será observado o seguinte:

I - identificado indício de infração à legislação tributária, o titular da Delegacia Fiscal encerrará o procedimento e incluirá o sujeito passivo na programação fiscal para apuração das possíveis irregularidades, podendo a referida inclusão e a possibilidade de denúncia espontânea serem comunicadas ao sujeito passivo;

II - constatada infração à legislação tributária, será lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal, exceto nos casos de dispensa deste para a lavratura de Auto de Infração.

(...)

Assim sendo, correto o procedimento fiscal, sendo que o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF de fls. 02 foi lavrado, tendo como objeto a “*verificação da regularidade fiscal através da análise das informações das administradoras de cartão de crédito/débito com as declarações do contribuinte a título de faturamento*”, nos termos do art. 69, inciso I e art. 70, § 1º do RPTA:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

(...)

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

(...)

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 RPTA.

Induidoso 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 presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, mediante procedimento tecnicamente idôneo e previsto na legislação tributária, o que será demonstrado na análise de mérito, não havendo se falar em inobservância do art. 142 do CTN, como pretende a Impugnante.

Rejeitam-se, pois, as prefaciais arguidas.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, no sentido de levantar a alíquota efetiva praticada nas operações de saída de mercadorias, bem como o valor da base de cálculo das vendas supostamente suprimidas.

Em relação à alíquota efetiva praticada, não é questão que envolva prova pericial, cabendo a Impugnante porventura tal comprovação, nos termos do inciso I do § 29 do art. 42 do RCMS/02, *in verbis*:

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;

(...)

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

No tocante à base de cálculo, desnecessária a prova pericial para elucidação da questão, uma vez que foi obtida mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização na Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Tal procedimento é tecnicamente idôneo e previsto na legislação tributária.

Assim, indefere-se a produção de prova pericial, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c”, do RPTA:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

c) considerado meramente protelatório.

(...)

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no mês de janeiro de 2017, 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.

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 que a multa isolada já se encontra adequada ao limite de duas vezes o valor do imposto, nos termos do inciso I do § 2º do art. 55 da referida Lei.

O Coobrigado Julio Cesar Paula de Castro foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000027822.41 (fls. 02);
- Auto de Infração (fls. 04/06);
- Relatório Fiscal (fls. 07/10);
- Anexo 1 – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 11/12);
- Anexo 2 – Extratos DAPI (fls. 13/18);
- Anexo 3 – Extratos Administração Cartão de Crédito/Débito e Planilha Conclusão Fiscal (fls. 19/25);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo 4 – Extratos Situação Cadastral do Contribuinte e Contrato Social (fls. 26/44).

A Autuada, em sua defesa, discorre a respeito “*Do Lançamento Fundado em Presunção*”.

Sustenta que a previsão do fato gerador é a saída da mercadoria, que um simples indício não autoriza a lavratura do Auto de Infração e para que haja eficácia do lançamento deve estar inequivocamente comprovada a ocorrência de operação de saída de mercadoria.

Discorre a respeito “*Da Alíquota do Imposto e da Exclusão da Base Sujeita a ICMS ST*”. Diz que o Fisco Estadual agiu erroneamente ao exigir o ICMS aplicando diretamente a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Afirma que os produtos comercializados têm alíquota estabelecida de 7% (sete por cento) e que cerca de 80% (oitenta por cento) foram adquiridos com o ICMS recolhido por substituição tributária (“*baseado nas apurações enviadas à Receita Fazendária Estadual*”). Para tal, insere na peça impugnatória quadros demonstrativos que menciona ter sido extraídos de sua apuração.

Defende que a multa isolada deve ser exigida ao percentual de 20% (vinte por cento), nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 55 da lei nº 6.763/75.

Discorre a respeito “*Do Equívoco na Composição do Sujeito Passivo*”, sustentando que não ficou constado nos autos que o Coobrigado agiu com excesso de poderes nos termos da Lei.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme se verá.

O procedimento adotado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações de saída realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, *in verbis*:

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, a saber:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 informações das administradoras, com as vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na planilha “*Conclusão Fiscal – Operações de Crédito, Débito e Similares*” de fls. 25.

Desse modo, não há se falar em presunção como alegado pela Impugnante.

Não resta ainda comprovado nos autos que as mercadorias foram adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária e que estariam sujeitas à alíquota de 07%.

Trata-se de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, cabendo a Impugnante o ônus da prova, de forma irrefutável, para que a Fiscalização possa avaliar a forma de tributação (substituição tributária) e porventura a aplicação da alíquota de 07%, nos termos do inciso I do § 29 do art. 42 do RICMS/02.

Correta a alíquota aplicada, nos termos do art. 42, inciso I, alínea “e”, e a base de cálculo adotada, nos termos do art. 43, inciso IV, ambos do RICMS/02, *in verbis*:

Da Alíquota:

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;

(...)

Da Base de Cálculo:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

Caracterizada a saída de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I do RICMS/02. Confira-se:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

Assim sendo, corretas as exigências fiscais relativas ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

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.

Eis o dispositivo em questão:

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 desacompanhada 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 efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 já se encontra adequada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto exigido.

Correta, portanto, a aplicação da penalidade isolada na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

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

(...)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Lilian Cláudia de Souza (Revisora) e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 19 de junho de 2019.

Hélio Victor Mendes Guimarães
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

CC/MG