

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.715/21/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001433445-18
Impugnação: 40.010150068-67
Impugnante: Fafá Auto Peças Ltda
IE: 367092465.00-10
Coobrigados: Fabiano Barbosa Altomar
CPF: 993.561.636-34
Juliana Barbosa Altomar
CPF: 993.548.376-20
Proc. S. Passivo: Francisco de Barros Mello Neto/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

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 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 (PGDAS-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. Crédito tributário parcialmente reconhecido pela Autuada em relação ao ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, bem como juros proporcionais. Mantida a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do inciso I, § 2º do art. 55 da citada lei.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. Exclusão da Autuada do Regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06. Tendo em vista que não foi impugnado o Termo de Exclusão, este tornou-se efetivo, conforme estabelece o art. 75, § 4º da Resolução CGSN nº 94/11.

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 01/01/15 a 31/07/15.

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 ao disposto no inciso I, § 2º do citado artigo.

Foram incluídos no polo passivo da autuação os sócios-administradores da Impugnante, na qualidade de coobrigados. Tendo em vista que até 15/08/15 a Impugnante era administrada por Juliana Barbosa Altomar e Fabiano Barbosa Altomar e após essa data apenas por este último, uma vez que a primeira se retirou da sociedade, foram lavrados dois Autos de Infração distintos em função da necessidade de se determinar a responsabilidade.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/42, acompanhada dos documentos de fls. 43/92, argumentando em síntese:

- aduz que a discrepância entre os valores declarados pela Impugnante e aqueles fornecidos pelas operadoras de cartão é pequena e se deveu a omissão que não pode ser considerada sonegação;

- aponta que, visando a usufruir da redução da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, recolheu o valor correspondente ao ICMS devido, acrescido da multa e dos juros proporcionais;

- entende que a multa isolada foi calculada mediante arbitramento, contrariando o que prevê a Lei nº 6.763/75 e o Código Tributário Nacional - CTN, além de violar o princípio da proibição de confisco, o da capacidade contributiva, o “princípio da realidade” e o da isonomia tributária;

- registra que o valor da multa isolada é 610% (seiscentos e dez por cento) maior que o valor do imposto devido;

- ressalta que foram consideradas no arbitramento saídas que estavam sujeitas à substituição tributária, de modo que a exigência neste caso está maculada pela bitributação;

- salienta que a Fiscalização aplicou a Multa prevista no inciso II do art. 53 da Lei nº 6.763/75, quando deveria ter aplicado aquela prevista no inciso III do citado artigo da mencionada lei;

- destaca que o Fisco presumiu que todas as notas que passaram pela escrituração da Impugnante foram recebidas por ela, como se não tivessem havido devoluções e como se todas as mercadorias nelas constantes tivessem sido vendidas, quando na realidade a Impugnante tem muitas destas mercadorias em estoque;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- enfatiza que ao realizar arbitramento sem desclassificar a escrita contábil da Impugnante, o Fisco violou o art. 148 do CTN e o art. 13, §13 da Lei nº 6.763/75.

Requer:

- cancelamento da multa isolada, ou alternativamente, sua redução nos termos art. 55, § 1º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 96/107, para argumentar, em síntese, que:

- esclarece que a autorregularização sempre esteve disponível no sítio da Fazenda, desde antes da auditoria fiscal sofrida pelo Contribuinte, que foi realizada no terceiro trimestre de 2019, assim, é incabível a escusa de que não lhe foi oportunizada a realização de denúncia espontânea nos termos dos arts. 68 e 85 ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA;

- registra que o Sujeito Passivo alega que a Fiscalização não procedeu à lavratura do Termo de Ocorrência de forma que ele pudesse elaborar a contradita daquilo que foi apurado em sede de auditoria fiscal, mas o art. 69 do RPTA, que estabelece os procedimentos preparatórios para o lançamento não prevê este termo a que o Contribuinte faz referência;

- acrescenta que a impugnação ao lançamento, na realidade é realizada nos termos do art. 117 do RPTA, o que efetivamente ocorreu, tendo em vista a apresentação de defesa pela Impugnante neste processo;

- salienta que o procedimento adotado pelo Fisco é idôneo e se enquadra no que prevê o art. 194 do RICMS/02;

- informa que efetuou, via programa institucional “Auditor Eletrônico”, o roteiro especial “COC – Cruzamento de Operações com Cartão”, constatando inconsistências entre os valores informados pelo Contribuinte, no campo “Cartão de Crédito/Débito”, do detalhamento de vendas com os valores informados pelas operadoras de cartão;

- enfatiza que para ratificação dos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito, utilizou-se o relatório “Detalhamento por Operação (itens Registro 65)”, em mídia eletrônica, constante do Anexo I;

- esclarece que tomou os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito como corretos e a eles adicionou os valores de vendas referentes a recebimentos, conforme outras rubricas informadas pela Autuada (“Dinheiro, Cheque, Crediário e Outras Modalidades”), totalizando-os no campo “Vendas Apuradas” conforme demonstrativo de apuração do faturamento omitido;

- menciona que no relatório Anexo 5 (em mídia digital) – Cruzamento do relatório “Detalhamento por Operação” (Itens Registro 65) com os documentos fiscais de saída – pode-se observar as diferenças apuradas, isto é, o faturamento omitido, evidenciando que a empresa promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, uma vez que as “vendas apuradas” foram maiores que o faturamento informado pela Autuada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- observa que não procede a afirmativa da Impugnante de que o Fisco criou uma nova base de cálculo ao arrepio da lei, uma vez que para apurar o montante do crédito exigido, primeiramente, foi efetuado rateio dos valores das entradas com base na participação dos Códigos Fiscais de Operações e Prestações (CFOPs) nas entradas de mercadorias acobertadas por documento fiscal com fins de comercialização, apurando-se a participação percentual das mercadorias com tributação normal e as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Anexo VI);

- destaca que este rateio tem por objetivo estimar a participação nas saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal da porcentagem de mercadorias nas quais o tributo já foi recolhido numa etapa anterior, de forma a somente exigir no Auto de Infração o imposto devido e que ainda não foi recolhido, dessa forma, quando a Fiscalização se vale das notas fiscais de entrada de mercadorias para comercialização para fazer esta estimativa, não está criando uma nova base de cálculo, como argumenta o Sujeito Passivo, mas tão somente obtendo a porcentagem que irá utilizar no rateio;

- aponta que uma vez constatada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do regime de tributação do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar (LC) nº 123/06;

- reitera que a aplicação deste dispositivo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte do regime de tributação do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, como alegado pela Impugnante, bastando que tenha ocorrido a operação desacobertada;

- esclarece que não se discute nos presentes autos o crime de sonegação fiscal, mas que este, em todo caso, ao contrário do que afirma a Impugnante, define-se pela ação de suprimir ou reduzir tributo por uma variedade de comportamentos, como por exemplo, omitir informações;

- registra que o §13 do art. 13 da LC nº 123/06, invocado pela Impugnante, em nada diz respeito aos fatos autuados, pois este se aplica “quando os preços praticados pelo contribuinte forem inferiores ao preço de mercado e, no presente caso, tão somente sopesou, por meio da porcentagem de mercadorias para comercialização com ICMS/ST e aquelas não sujeitas ao ICMS/ST, a porcentagem a ser aplicada sobre o faturamento omitido de forma a excluir da base de cálculo do ICMS a ser autuado, o valor do faturamento sobre o qual o ICMS/ST já havia sido pago pelo contribuinte”;

- aduz que as eventuais presunções neste procedimento foram feitas para benefício do Contribuinte, de forma a expurgar do faturamento omitido aquele montante onde só caberia a multa isolada porque o imposto já teria incidido em outra etapa anterior, como é o caso do ICMS/ ST;

- pontua que não cabe à Fiscalização fazer juízo de razoabilidade das penalidades previstas na legislação mineira, e que a multa imposta neste caso é razoável.

Diante desses argumentos, pede seja julgado procedente o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Divisão de Triagem e Expedição – DITEX do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, remete os autos a origem para sanar irregularidades de cunho processual, (fls. 113).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 115/126.

DECISÃO

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, no período de 01/01/15 a 31/07/15.

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 ao disposto no inciso I, § 2º do citado artigo.

Foram incluídos no polo passivo da autuação os sócios-administradores da Impugnante, na qualidade de coobrigados. Tendo em vista que até 15/08/15 a Impugnante era administrada por Juliana Barbosa Altomar e Fabiano Barbosa Altomar e após essa data apenas por este último, uma vez que a primeira se retirou da sociedade, foram lavrados dois Autos de Infração distintos em função da necessidade de se determinar a responsabilidade.

Ressalta-se de início, que tendo em vista o pagamento por parte da Impugnante, do ICMS, da multa de revalidação e dos juros proporcionais, esta parte do crédito tributário foi extinta, nos termos do art. 156, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, cumpre analisar a multa isolada imposta e o Termo de exclusão ao Simples Nacional.

Uma vez que as infrações foram constatadas por meio de documentação fornecida por terceiros — especificamente os valores constantes em extratos disponibilizados por administradoras de cartões de crédito e débito — é inaplicável a redução da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Sobre o limitador da Multa Isolada prevista no art. 55, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, não merece prosperar a argumentação da Impugnante. De longa data, este Conselho firmou interpretação no sentido de que a expressão “valor do imposto incidente na operação ou prestação” não significa o valor total do imposto exigido no Auto de Infração.

Deste modo, por exemplo, se as operações autuadas são tributadas com alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), os respectivos limites à atribuição de multa isolada seriam de 24% (vinte e quatro por cento) e 36% (trinta e seis por cento) do valor da operação.

Ademais, nas operações alcançadas pelo ICMS, nas quais o imposto tenha sido retido ou recolhido antecipadamente em razão de substituição tributária, e que resulte na aplicação apenas de multa isolada, como no caso em exame, o limitador máximo da penalidade terá como parâmetro o imposto incidente (conforme redação do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75), embora não integrante do crédito tributário constituído, tendo em vista que o dispositivo legal que determina a referida limitação não se refere ao imposto exigido e, sim, ao imposto incidente.

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 incidente na operação ou prestação.

Ressalte-se, ainda, que a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, é disciplinada pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e encontra-se regularmente capitulada no Auto de Infração. E, por força do disposto no art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75, não se incluem na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Por fim, no que concerne à exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, verifica-se que a Autuada já se encontra excluída do referido Regime, por ato administrativo da Receita Federal do Brasil, desde 31/12/17, conforme documento de fls. 23. De todo modo, no que diz respeito ao ato praticado pelo Fisco Estadual, está correta a lavratura do Termo de Exclusão, tendo em vista a data dos fatos geradores do presente Auto de Infração (01/01/15 a 31/07/15).

Tendo sido regularmente intimada do Termo de Exclusão, conforme fls. 26, a Autuada não o impugnou, hipótese em que este se torna efetivo, conforme estabelece o § 4º do art. 75 da Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 75 (...)

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

Correta, também, 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre reiterar 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;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886
MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Assim, observado o pagamento parcial do crédito tributário às fls. 80, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, observando-se o pagamento parcial do crédito tributário às fls. 80. Em seguida, ainda à unanimidade, em considerar procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Renata Pereira Schetini.

Sala das Sessões, 05 de maio de 2021.

Thiago Álvares Feital
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

CS/D