

Acórdão: 23.112/22/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002100346-19
Impugnação: 40.010153361-23
Impugnante: Icaro Antunes Silva
CPF: 092.313.046-23
Proc. S. Passivo: Alisson Fernandes de Ramos/Outro(s)
Origem: DF/Muriaé

EMENTA

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 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. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

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, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/11/16 a 31/12/19.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

A exigência fiscal foi direcionada para o empresário – Pessoa Física – pelo fato de a Pessoa Jurídica da mesma titularidade (CNPJ 35.571.547/0001-21 e Inscrição Estadual nº 003604551.00-97) ter sido baixada no Cadastro de Contribuintes desse Estado em 23/12/20 e cujo regime de recolhimento era Simples Nacional/MEI a partir de 21/11/19.

Constatação também, da falta de inscrição estadual em relação às operações de saídas desacobertas de documentos fiscais ocorridas durante o lapso de 01/01/2016 a 20/11/2016 (Inscrição Estadual nº 003604551.00-97, obtida em 21/11/2019, a qual foi exigida no Auto de Infração nº 01.002100148-12.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/40, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 76/97.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

Em sua peça impugnatória, o Autuado aduz que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo Fisco deveria relacionar cada uma das operações, de forma individualizada.

Apresenta os seguintes requisitos a serem observados:

- nome e qualificação do autuado;
- o local, a data e a hora da lavratura;
- a descrição clara e precisa do fato;
- a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- a exigência a ser cumprida;
- a intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- a assinatura do atuante e do autuado, quando possível;
- a indicação da repartição onde correrá o processo.

Conclui que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao contribuinte o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa.

No entanto, sem razão o Impugnante.

O Auto de Infração combatido obedeceu a todos os ditames legais vigentes, sendo perfeitamente identificável:

- o Sujeitos Passivos e a legislação de regência que lhes atribui dita reponsabilidade;
- a base de cálculo e sua demonstração, inclusive com as informações preliminares sobre o método de apuração;
- a capitulação legal com as infringências e penalidades aplicadas.

Todos os requisitos elencados encontram-se discriminados no Auto de Infração.

Todas as informações necessárias ao correto desenvolvimento do processo tributário encontram-se discriminadas nos documentos que as validam.

Desse modo, rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento.

Do Pedido de Perícia

O Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 38/39, a saber:

1. Os livros contábeis e fiscais da Autora estão revestidos das formalidades legais, extrínsecas e intrínsecas, de modo a merecer fé em Juízo?

2. O Auto de Infração apresenta corretamente a legislação nela discriminada? Os valores nele presentes obedeceram estritamente a legislação aplicável e as limitações doutrinárias e jurisprudenciais? Apresenta o Auto de Infração a certeza e liquidez que lhe é peculiar? Em caso negativo, justificar.

3. O principal, multa, correção monetária, juros e os encargos incidentes sobre o débito foram aplicados em conformidade com as leis que determinam a sua exigência? Em caso negativo, justificar.

4. Pode o Sr. Perito informar se a Empresa se beneficiou de crédito de ICMS decorrente da aquisição das mercadorias? Se não, qual seria o crédito estimado do Autuado?

5. Queira o Sr. Perito informar se todas as atividades desempenhadas pelo autuado e todos os valores recebidos são de fato tributados pelo ICMS. Há algum outro imposto incidente sobre as atividades do Autuado que afaste a aplicação do ICMS? Se sim, qual o percentual das atividades do Autuado não são passíveis de tributação pelo ICMS?

Pois bem, veja-se como o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 trata da prova pericial:

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:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

b) de realização impraticável;

c) considerado meramente protelatório.

Tem-se então, que o pedido de produção de prova pericial requerido pela Impugnante para que possa vir ser deferido pelo CCMG deverá submeter-se às condições impostas pelo art. 142, § 1º, incisos I e II.

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.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.ª APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Trata-se, no presente caso, de autuação em que um estabelecimento realiza operações de circulação de mercadorias, cujo pagamento efetua-se por intermédio de cartão de crédito /débito, sendo que o Impugnante sujeita-se ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte / SIMEI (Simples Nacional).

As administradoras de cartão de crédito e débito prestam informações das operações realizadas por determinado contribuinte, referente à/às máquina(s) de sua propriedade, não havendo que se questionar a produção de prova pericial.

Concluindo, tem-se que tais quesitos enquadram-se perfeitamente no tipo definido no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” (desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas).

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 01/11/16 a 31/12/19.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

A exigência fiscal foi direcionada para o empresário – Pessoa Física – pelo fato de a Pessoa Jurídica da mesma titularidade (CNPJ 35.571.547/0001-21 e Inscrição Estadual nº 003604551.00-97) ter sido baixada no Cadastro de Contribuintes desse Estado em 23/12/20 e cujo regime de recolhimento era Simples Nacional/MEI a partir de 21/11/19.

O Impugnante afirma que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas são reveladores da integral incapacidade de pagamento, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor e reproduz o art. 150, inciso IV da CRFB/88.

Entende que o Fisco auferiu valores aleatórios nos períodos fiscais por ele indicados.

Entretanto, os valores foram informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito e se encontram discriminados na planilha “REGISTRO 65”, da Pasta de Trabalho REGIME COMUM, que se encontra na mídia de fls. 21, que acompanha a presente peça fiscal.

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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas

similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, constantes de listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, 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. 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

II - poderão utilizar outro programa ou recurso diferente do previsto no inciso I para assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, mediante autorização da SEF.

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar."

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."

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 e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme leiante previsto em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"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 pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação".

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.” (...)

Como se vê, trata-se de uma obrigação a ser cumprida pelas administradoras de cartões a disponibilização dos arquivos com todas as operações e prestações realizadas por estabelecimento de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados através de seus sistemas, não havendo que falar em quebra de sigilo da movimentação financeira do Impugnante.

Em relação a alegação de que há prestação de serviço entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, o Impugnante não logrou comprovar, através de documentação fiscal, a efetiva prestação de serviço sujeita ao ISS.

De fato, pelas declarações acostadas aos autos pelo próprio Contribuinte, verifica-se que a coluna relativa ao recolhimento de ISS encontra-se zerada em todos os exercícios, o que desconstitui sua alegação.

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 pelo Contribuinte, a Fiscalização apurou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

Sobre o alegado de que o Contribuinte estava sujeito ao regime do Simples Nacional, importante destacar o entendimento prolatado pelo egrégio CCMG, que abaixo se reproduz (Acórdão nº 21.336/17/2ª):

AINDA, UMA VEZ COMPROVADA A REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM A DEVIDA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS, RESULTA CORRETA A EXIGÊNCIA, À MARGEM DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, DO IMPOSTO E RESPECTIVAS PENALIDADES, CONFORME PRECEITUA O ART. 13 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06:

ART. 13 - O SIMPLES NACIONAL IMPLICA O RECOLHIMENTO MENSAL, MEDIANTE DOCUMENTO ÚNICO DE ARRECADAÇÃO, DOS SEGUINTE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES:

(...)

§ 1º - O RECOLHIMENTO NA FORMA DESTES ARTIGOS NÃO EXCLUI A INCIDÊNCIA DOS SEGUINTE IMPOSTOS OU CONTRIBUIÇÕES, DEVIDOS NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, EM RELAÇÃO AOS QUAIS SERÁ OBSERVADA A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS:

(...)

XIII - ICMS DEVIDO:

(...)

F) NA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL;

(...)

CITA-SE, A PROPÓSITO, DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, JÁ PROFERIDA, ABORDANDO A QUESTÃO:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 -

INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

SALIENTE-SE QUE A APLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA DO IMPOSTO E RESPECTIVAS PENALIDADES, À MARGEM DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, INDEPENDE DA FORMALIZAÇÃO DO PROCESSO DE EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, POR MEIO DE TERMO DE EXCLUSÃO, BASTANDO APENAS QUE TENHA OCORRIDO A OPERAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL. (...)

De acordo com o acima reproduzido, cessam-se todas as alegações acerca da aplicação da legislação de regência do Simples Nacional no que respeita a sua aplicação nos casos de constatação de operações de circulação de mercadoria sem a emissão de documento fiscal.

Sobre a alegação acerca da legislação de regência da correção monetária, de pronto, tem-se que o próprio Auto de Infração indica a legislação aplicável para a cobrança dos juros (Resolução nº 2.880/97), a saber:

RESOLUÇÃO nº 2.880/97

Disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições, e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considerando o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais;

considerando o disposto no § 3º do artigo 5º e no artigo 75 da Lei Federal nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, RESOLVE:

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Como se vê, trata-se, a cobrança de juros, de mera aplicação de legislação em vigor.

Quanto ao alegado sobre a correção monetária, o Impugnante fez confusão, em virtude de não haver a sua exigência na peça fiscal.

Em relação ao requerimento de diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, observa-se que se trata de argumento meramente protelatório, pois, a base de cálculo é determinada pelos valores descritos na PLANILHA REGISTRO 65.

Sobre a prestação de serviço suscitada pelo Impugnante, não houve a juntada de documentos fiscais referentes a tais prestações.

No que respeita ao caráter confiscatório das multas, há que se observar os diplomas legais vigentes:

Lei nº 6.763/75

CAPÍTULO XIV

Das Penalidades

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

I - o valor da Unidade Fiscal de Referência - UFIR -, prevista no artigo 224 desta Lei, vigente na data em que tenha ocorrido a infração e, quando for o caso, o valor do imposto não declarado;

II - o valor das operações ou das prestações realizadas ou da base de cálculo estabelecida pela legislação;

III- o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - o valor do crédito de imposto indevidamente utilizado, apropriado, transferido ou recebido em transferência;

V - o valor do imposto a ser informado em documento fiscal por exigência da legislação.

(...)

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:

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

De onde se verifica que o Auto de Infração em tela respeitou a legislação vigente, conforme acima reproduzido.

No que concerne à alegação sobre que as penalidades, o Impugnante demonstra desconhecimento dos limites impostos à Fiscalização.

A subsunção ao princípio da legalidade impede a adoção de juízos de valor acerca da dimensão monetária do crédito tributário, valendo a vontade da lei expressa nos arts. 55, inciso II e 56, inciso II supra reproduzidos.

A Administração Pública submete-se aos ditames da lei, a ação pública é pautada pela vontade expressa na lei, não cabendo ao agente público valorações acerca dos resultados concretos da aplicação da lei, a execução da lei prescinde da manifestação da vontade do agente.

De início, cumpre reproduzir os artigos do CTN, lei complementar de normas gerais, que tratam da aplicação de penalidade pecuniária:

TÍTULO I

Legislação Tributária

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

SEÇÃO I

Disposição Preliminar

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

SEÇÃO II

Leis, Tratados e Convenções Internacionais e Decretos

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

(...)

TÍTULO II

Obrigação Tributária

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

(...)

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

(...)

CAPÍTULO II

Constituição de Crédito Tributário

SEÇÃO I

Lançamento

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

SEÇÃO II

Modalidades de Lançamento

(...)

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

No presente caso, foram aplicadas corretamente, nos ditames da lei, as multas ora exigidas, não havendo por que se falar em multas confiscatórias.

Como se trata de tema recorrente nas impugnações apresentadas ao CCMG, veja-se como o mesmo trata da matéria (Acórdãos nºs 4530/16/CE, 4538/16/CE e 22054/16/1ª):

QUANTO ÀS RECLAMAÇÕES RELATIVAS ÀS MULTAS IMPOSTAS NO AUTO DE INFRAÇÃO E DE QUE SEUS VALORES TÊM EFEITO CONFISCATÓRIO, CABE OBSERVAR QUE A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES ESTÁ EFETIVADA NA MEDIDA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DESTE ESTADO, NÃO COMPETINDO AO CC/MG NEGAR APLICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL, NOS TERMOS DOS ARTS. 182, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75 E 110, INCISO I DO 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;

QUANTO ÀS ASSERTIVAS DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE TRAZIDAS PELA DEFESA, INCLUSIVE QUANTO AO PRETENSO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA, 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: 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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A IMPUGNANTE ENTENDE QUE AS MULTAS APLICADAS SÃO DESARRAZOADAS E DESPROPORCIONAIS, FERINDO O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO, RAZÃO PELA QUAL DEVERIAM SER REDUZIDAS OU CANCELADAS.

NO ENTANTO, SEM RAZÃO NOVAMENTE. A FISCALIZAÇÃO EXIGIU A MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA "C" DA LEI Nº 6.763/75, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 19.978/11, DE 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR DA DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO APURADA. ALÉM DISSO, FOI EXIGIDA TAMBÉM A MULTA DE REVALIDAÇÃO DO ART. 56, INCISO II DO MESMO DIPLOMA LEGAL:

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 SEGUINTE:

(...)

VII - POR CONSIGNAR EM DOCUMENTO FISCAL QUE ACOBERTAR A OPERAÇÃO OU A PRESTAÇÃO:

(...)

VALOR DA BASE DE CÁLCULO MENOR DO QUE A PREVISTA NA LEGISLAÇÃO, RELATIVAMENTE À PRESTAÇÃO OU OPERAÇÃO PRÓPRIA OU À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NAS HIPÓTESES NÃO ABRANGIDAS PELAS ALÍNEAS "A" E "B" DESTE INCISO - 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR DA DIFERENÇA APURADA;

ART. 56. NOS CASOS PREVISTOS NO INCISO III DO ARTIGO 53, SERÃO OS SEGUINTE OS VALORES DAS MULTAS:

(...)

II - HAVENDO AÇÃO FISCAL, A MULTA SERÁ DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR DO IMPOSTO, OBSERVADAS AS HIPÓTESES DE REDUÇÕES PREVISTAS NOS §§ 9º E 10 DO ART. 53.

IMPORTANTE FRISAR QUE ESSAS MULTAS ESTÃO PREVISTAS EM LEI, CONFORME CAPITULAÇÃO INSERIDA NO PRÓPRIO AUTO DE INFRAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO, TENDO SIDO EXIGIDAS NOS LIMITES DESSA PREVISÃO.

O AUTO DE INFRAÇÃO FOI LAVRADO COM O ESTRITO CUMPRIMENTO DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS MINEIRAS, NÃO HAVENDO QUALQUER CARÁTER CONFISCATÓRIO, DESPROPORCIONAL OU IRRAZOÁVEL EM MULTAS APLICADAS NOS MOLDES E NOS VALORES PREVISTOS, JÁ QUE POSSUEM ELAS CARÁTER PUNITIVO E REPRESSIVO À PRÁTICA DE SONEGAÇÃO.

TRATAM-SE APENAS DE PENALIDADES PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTOS DEVIDO (MULTA DE REVALIDAÇÃO) E PELA CONSIGNAÇÃO EM DOCUMENTO FISCAL DE BASE DE CÁLCULO DIVERSA DAQUELA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO (MULTA ISOLADA), DE MODO A COIBIR A INADIMPLÊNCIA.

INCLUSIVE, EVENTUAL EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO FOI REJEITADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJMG) NA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0148.05.030517-3/002, CUJA EMENTA TRANSCREVE-SE:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM

PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS 22.054/16/1ª - PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.

Pode-se concluir, com fundamento nos acórdãos supra reproduzidos, que a ação fiscal em análise se pautou pelo estrito cumprimento das normas legais vigentes, não prosperando a alegação de que há confisco na aplicação das multas ora exigidas.

Sobre o alegado acerca da suspensão do tributo face a interposição da presente defesa, reproduzimos excerto do Acórdão nº. 23.782/21/1ª:

DESNECESSÁRIO O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (IMPOSTO E PENALIDADES) NOS TERMOS DO ART. 151, INCISO III, DO CTN, UMA VEZ QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOMENTE SERÁ EFETIVAMENTE COBRADO APÓS A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA.

Em relação à alegação de não ter recolhido o ICMS antecipado, e não se creditando dos valores de ICMS, inexistente a obrigação tributária, no caso em epígrafe a autuação versa sobre a saída desacobertada de documento fiscal e, conforme acima expandido, a autuação é realizada à margem da legislação aplicável aos contribuintes incluídos no regime do Simples Nacional.

Também quanto à alegação sobre não ser permitida a capitalização na execução fiscal, observa-se que sobre a capitalização houve a demonstração de que não existe, havendo apenas a cobrança de juros na forma da Resolução acima reproduzida.

Acerca da base de cálculo, o Impugnante afirma também que, em 50% (cinquenta por cento) dos valores apurados, faz jus à apuração pelo ar. 43, inciso IV, alínea “a.3.2” do RICMS/02.

Contudo, o citado art. 43 do RICMS/02, que abaixo se reproduz, trata de situação em que não há como determinar o valor da operação, o que não se aplica ao presente caso, pois, o REGISTRO 65 traz o valor da operação de cada venda realizada pelo Impugnante:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da Base de Cálculo

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.3) caso o remetente seja comerciante:

a.3.1) o preço FOB estabelecimento comercial à vista de venda a outros comerciantes e industriais, cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente;

a.3.2) 75% (setenta e cinco por cento) do preço de venda da mercadoria no varejo, na operação mais recente, caso o estabelecimento remetente não efetue vendas a outros comerciantes ou industriais;

Portanto, resta demonstrada a comprovação das infrações cometidas pelo Autuado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. 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 Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 23 de março de 2022.

**Gislana da Silva Carlos
Relatora**

**Marcelo Nogueira de Morais
Presidente**