

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.678/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000548839-95
Impugnação: 40.010142093-57 (Coob.)
Impugnante: José Estanislau (Coob.)
CPF: 186.318.436-87
Autuada: Comercial Rio Forte Ltda - EPP
IE: 062441649.00-61
Coobrigados: Anderson Estanislau dos Reis
CPF: 591.987.106-72
Clarissa Sislene Soares Freitas
CPF: 030.413.506-29
Proc. S. Passivo: Fernando Bento de Araújo/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação fiscal de responsabilidade a sócio-administrador, incluído no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento reformulado pelo Fisco para exclusão do Coobrigado, uma vez que não fazia parte da sociedade quando da ocorrência dos fatos geradores.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação fiscal de responsabilidade a sócio-administrador, incluído no polo passivo da obrigação tributária como Coobrigado, nos termos do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, exclui-se o Coobrigado do polo passivo, haja vista a comprovação de seu falecimento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão do Coobrigado do polo passivo da obrigação tributária, haja vista que tal responsabilidade limita-se ao período de 11/05/12 a 23/07/12, em que houve outorga de poderes de gestão, conforme instrumento público de procuração, sendo que em tal período, conforme demonstrativo do crédito tributário, não há omissão de faturamento e/ou exigências fiscais.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência da Coobrigada, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei. Tal responsabilidade se dá a partir de 24/07/12, período em que houve outorga de poderes de gestão, conforme instrumento público de procuração.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada a saída de mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal (débito/crédito), isentas e sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI), com 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, adequada, quando for o caso, ao § 2º de tal artigo, todos da Lei nº 6.763/75. No presente caso, é inaplicável à multa isolada a limitação imposta pela nova redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, trazida pela Lei nº 22.549/17 (duas vezes o valor do imposto incidente na operação), uma vez que caracterizado caso de dolo.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal (débito/crédito), isentas e sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/11 a 30/06/15.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada, quando for o caso, ao § 2º de tal artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

No caso das mercadorias isentas e das sujeitas ao regime de substituição tributária, exige-se apenas a multa isolada.

Inicialmente, foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, os sócios-administradores, Srs. José Estanislau e Enrique Hoff Villar, com fulcro no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN c/c art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Portaria SRE nº 148/15.

Da Impugnação

Inconformado, o Coobrigado José Estanislau apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 28/38, com os seguintes argumentos, em síntese:

- alega que figurou como sócio-administrador apenas no período de 12/02/03 a 18/11/03 e 02/05/05 a 23/04/07, logo, antes dos fatos geradores do ICMS (2011 a 2015), conforme certidão de fls. 64 e contrato social e alterações às fls. 71/114;

- assevera que não houve por parte do Fisco a comprovação da responsabilidade que lhe foi imputada, visto que não houve excesso de poderes e infração à lei ou estatuto social e transcreve excertos de julgados do TJMG e STJ para corroborar seu entendimento;

- acrescenta que apesar da obrigação acessória prevista no art. 16, inciso IV da Lei nº 6.763/75, quanto à necessidade de se comunicar à repartição fazendária acerca de qualquer alteração contratual, há de ser protegido o direito de sócio retirante.

Isso posto, pede que seja julgada procedente a Impugnação, a fim de se determinar a sua exclusão.

Da Reformulação do Lançamento

Em seguida, o Fisco reformula o lançamento, conforme Termo de Rerratificação às fls. 117.

Na oportunidade, a Fiscalização exclui do pólo passivo da obrigação tributária o sócio-administrador Enrique Hoff Villar, visto que deixou a sociedade em 02/05/05 e inclui Clarissa Sislene Soares de Freitas e Anderson Estanislau dos Reis, devido às certidões cartorárias de instrumentos públicos de procuração de fls. 120/121, outorgados pela Autuada, Comercial Rio Forte, representada por Anderson Estanislau dos Reis, aos mandatários Clarissa Sislene Soares de Freitas e José Estanislau.

Conforme relatório do referido Termo de Rerratificação (fls. 118/119), o Cartório de Registro Civil e Notas do município de Venda Nova/MG cumpriu solicitação do Fisco e trouxe aos autos os termos de procuração, com datas de 11/05/12, para José Estanislau e, 24/07/12, para Clarissa Sislene Soares de Freitas.

Informa o Fisco que, dessa forma, manteve arrolado no polo passivo da obrigação tributária o Coobrigado José Estanislau.

Da Segunda Impugnação

Intimados os Sujeitos Passivos acerca da reformulação do lançamento, apenas o Coobrigado José Estanislau manifesta-se às fls. 150/168, quando além de reiterar os termos da impugnação anterior, traz os seguintes argumentos, em síntese:

- alega que em razão de doença grave, o sócio-administrador Anderson Estanislau dos Reis, seu primo, outorgou-lhe a gestão da empresa Comercial Rio Forte a partir do dia 11/05/12, contudo, no dia 24/07/12, revogou tacitamente os referidos poderes, visto que outorgou nova procuração com os mesmos à Clarissa Sislene Soares Freitas. Transcreve excertos de julgados do TJMG e STJ para corroborar seu entendimento acerca da revogação tácita de mandato;

- destaca que, portanto, administrou e geriu a empresa entre 11/05/12 a 23/07/12, período em que, conforme Auto de Infração, não houve omissão de faturamento de ICMS, logo, havendo de prevalecer o seu pedido de exclusão do polo passivo;

- argumenta que ainda que não haja o reconhecimento da tal revogação tácita de mandato, os poderes outorgados tanto a ele, Impugnante, quanto à Coobrigada Clarissa Sislene Soares de Freitas, tiveram termo final no dia 05/07/13, devido ao falecimento do mandante, conforme Certidão de Óbito juntada aos autos às fls. 174;

- afirma que nesse caso, o período de atuação seria de 11/05/12 a 05/07/13 e que, portanto, haveria omissão de faturamento apenas em julho de 2013;

- no que toca à multa isolada, entende ter ocorrido erro de cálculo, em face da previsão do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, já que a multa se limita a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação;

- pede a correção do valor da multa isolada e discorre sobre o seu caráter confiscatório e sua inconstitucionalidade;

- invoca a decadência do direito de lançar o crédito tributário, segundo a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, porém, apenas para o período de apuração anterior à 06/12/11, entendendo que não há de se aplicar o art. 173, inciso I do CTN haja vista que houve pagamento de tributo no presente caso.

Isso posto, pede que seja julgada procedente a Impugnação e insubsistente o Auto de Infração, além da limitação da multa isolada ao valor do imposto, observada a razoabilidade, conforme decisão do STJ ou o limite de 15% (quinze por cento) do valor da operação, conforme o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 199/205, aos seguintes argumentos, em síntese:

- invoca o item 1.8.9 do Anexo Único da Portaria SRE nº 148/15, que interpreta o art. 135, inciso III do CTN para abranger como infração à lei, a hipótese de omissão de receitas por saídas desacobertas de documento fiscal;

- oferta a versão de que o argumento do Impugnante sobre a suposta revogação tácita de mandato, outorgado por Anderson Estanislau dos Reis, não procede, pois só poderia ser expressa e ainda registrada em cartório;

- entende que as decisões juntadas pela Impugnante se cingem apenas ao mandato judicial;

- afirma, quanto à revogação da procuração pela morte do mandante, prevista no art. 683, inciso II do Código Civil, que a procuração não teria sido outorgada pelo sócio Anderson Estanislau dos Reis, mas pela Autuada, Comercial Rio Forte Ltda, representada pelo aludido sócio-administrador e que, portanto, isso significaria a manutenção dos poderes do mandato, já que a sociedade existe independente da alteração de seu quadro societário;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- informa que observou os períodos de gestão dos sócios-administradores da Autuada para sua responsabilização tributária, segundo o Termo de Rerratificação de lançamento;

- destaca, no que toca à limitação da multa isolada pelo § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que o Impugnante considerou apenas o valor do ICMS da operação própria, desconsiderando o ICMS/ST discriminado na planilha “Ajuste de Multa Isolada” (fls. 14);

- no que tange à decadência, assevera que deve ser aplicado o art. 173, inciso I do CTN e não o art. 150, § 4º, devido tratar-se de imposto não declarado e não recolhido, em face da omissão de receita, sendo caso de lançamento de ofício pela Fazenda Pública Estadual, até porque não existe o que homologar.

Por fim, pede a procedência parcial do lançamento, nos termos da Rerratificação de fls. 176.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal (débito/crédito), isentas e sujeitas à substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/01/11 a 30/06/15.

O Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fiscalização de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 06/12/11, sendo aplicável, no seu entendimento, o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 –RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS -, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART.173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011 somente se expiraria em 31/12/16, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que os Sujeitos Passivo foram regularmente intimados da lavratura do Auto de Infração em 10 de novembro e 06 de dezembro de 2016, conforme fls. 16/24 dos autos.

Quanto ao mérito propriamente dito, o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte, segundo os Anexos do Auto de Infração apresentados em mídia de CD da seguinte forma: no Anexo I, apresenta as planilhas “Conclusão Fiscal”; no Anexo II, apresenta as DAPIs dos períodos autuados, observando que no mês de julho de 2014, a Contribuinte não transmitiu a DAPI; no Anexo III, arquivos “Detalhamento por Operações” e “Dados Consolidados por Administradora” e no Anexo IV, apresenta a planilha de “Insumos Adquiridos” extraída das Notas Fiscais Eletrônica (NF-e) emitidas pelos fornecedores em suas vendas para a empresa.

Portanto, o relatório fiscal é preciso e permitiu a defesa ampla dos Sujeitos Passivos, além de observar os requisitos formais para a instauração adequada do procedimento de apuração fiscal.

No que tange à Multa Isolada, o Impugnante alega erro de cálculo, em face da previsão do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, argumentando que tal penalidade se limita a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação.

Assevera que o imposto incidente na operação equivale a R\$ 2.114,70 (dois mil, cento e quatorze reais e setenta centavos), que duas vezes e meia o valor do imposto é inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação e que, portanto, a multa deve equivaler a esse último percentual.

Aléga, ainda, caráter confiscatório e inconstitucionalidade da multa isolada.

Entretanto, sem razão a Defesa.

Conforme apontado pela Fiscalização no Relatório Fiscal às fls. 11, com base nos insumos adquiridos (Anexo IV do CD às fls. 15), foi calculado o percentual de mercadorias sujeitas à tributação normal, isentas e sujeitas à substituição tributária.

Na planilha “Ajuste da Multa Isolada” (fls. 14), de forma didática, estão demonstrados o cálculo e os limites da multa isolada para cada regime de tributação das mercadorias.

Vê-se que, no caso das mercadorias isentas e das sujeitas à tributação normal (tributação de 8,4% - oito inteiros e quatro décimos por cento), a referida penalidade foi adequada aos limitadores do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (redação vigente à época dos fatos geradores).

Já no caso da substituição tributária, a penalidade exigida é de 40% (quarenta por cento) do valor da operação.

O Impugnante, de forma equivocada e convenientemente a seu favor, considera apenas o ICMS relativos às mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal (débito/crédito), desconsiderando o ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprir destacar que o ICMS/ST não está sendo exigido no presente Auto de Infração, visto que pode ter sido destacado e recolhido em operação anterior, por se tratar de substituição tributária. Foi calculado apenas para fins de aferição e demonstração dos limites da multa isolada.

A referida penalidade isolada exigida no Auto de Infração está capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, sendo o caso, conforme explicitado, adequada ao § 2º de tal artigo, nos seguintes termos:

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:

(...)

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

“§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.”

Destaque-se que com o advento da Lei nº 22.549/17 em 30 de junho de 2017, foi alterada a redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Examine-se:

Art. 55 (...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

(Grifou-se)

Importante esclarecer que ainda que se pudesse cogitar de uma possível “retroatividade benigna” prevista no art. 106 do CTN, no presente caso, correto o valor da penalidade exigida pelo Fisco, tendo em vista ser inaplicável à multa isolada a limitação imposta pelo § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 alterado pela Lei nº 22.549/17 (duas vezes o valor do imposto incidente na operação), uma vez tratar-se de caso de dolo.

Quanto às assertivas de 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

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

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária.

Com relação à inclusão dos Coobrigados no polo passivo, inicialmente, cumpre destacar que a responsabilidade tributária é *ex lege* e decorre do art. 135, inciso III do CTN, além de ser interpretada pela Portaria SRE nº 148/15, a qual prevê em seu item 1.8.9 do Anexo Único, a hipótese de infração legal do sócio-administrador, quando houver omissão de receita por saída desacobertada de documentação fiscal, o que se verificou *in casu*.

O Impugnante José Estanislau alega em sua defesa, a limitação da responsabilidade ao período de gestão, vale dizer, em época anterior à ocorrência dos fatos geradores do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse caso, assiste razão ao Impugnante, tendo em vista o contrato social e alterações contratuais registradas na JUCEMG (fls. 71/114).

Contudo, após o Termo de Rerratificação do Lançamento, o Fisco trouxe aos autos as certidões cartorárias dos instrumentos públicos de mandato *ad negotia* de fls. 120/121, em que figura a outorga de poderes de gestão ao Impugnante, José Estanislau, em 11/05/12 e à Clarissa Sislene Soares Freitas, em 24/07/12.

Nesse caso, aplicam-se as normas do Código Civil que tratam do contrato de mandato, em face da previsão do art. 110 do CTN, que impede uma interpretação da lei tributária que subverta os conceitos e institutos de direito privado.

Nos termos do art. 687 do Código Civil, basta a comunicação ao mandatário para que se opere a revogação tácita do mandato. Examine-se:

Art. 687. Tanto que for comunicada ao mandatário a nomeação de outro, para o mesmo negócio, considerar-se-á revogado o mandato anterior.

E não havendo publicidade do ato jurídico, este só teria efeitos *inter partes* e não *erga omnes*.

O que se depreende disso é que o segundo mandato lavrado em instrumento público (fls. 121) em nome de Clarissa Sislene Soares Freitas revogou tacitamente o instrumento público de mandato de fls. 120, em nome de José Estanislau.

Ademais, com razão o Fisco no que toca a questão da revogação do mandato pela morte do mandante, sustentada pelo Impugnante, pois deve-se considerar que a procuração foi outorgada pela Autuada e não pelo seu sócio-administrador.

Em suma, o contrato social e alterações (fls. 71/114), bem como a certidão de fls. 64, demonstram que o Coobrigado José Estanislau figurou como sócio-administrador em período anterior aos fatos geradores.

Já com o advento dos referidos instrumentos públicos de procuração, a responsabilidade desse Coobrigado limita-se ao período em que houve outorga de poderes de gestão e administração da sociedade (11/05/12 a 23/07/12), sendo que, no entanto, em tal período, conforme demonstrativo do crédito tributário (fls. 06, 13 e 124), não há omissão de faturamento e/ou exigências fiscais, pelo que exclui-se o Coobrigado do polo passivo da obrigação tributária.

Já a Coobrigada Clarissa Sislene Soares Freitas, responde pelo período de 24/07/12 em diante, haja vista os poderes de gestão da sociedade outorgados por meio de procuração já citada.

Por fim, o sócio-administrador Anderson Estanislau dos Reis deve ser excluído do polo passivo da obrigação tributária, haja vista a comprovação de sua morte segundo o atestado de óbito de fls. 174, uma vez que no Termo de Rerratificação do lançamento não foi arrolado o seu espólio.

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 pelo Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da rerratificação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 176 e, ainda, para: 1) excluir o sócio Anderson Estanislau dos Reis do polo passivo da obrigação tributária; 2) limitar a responsabilidade dos sócios José Estanislau ao período de 11/05/12 a 23/07/12 e Clarissa Sislene Soares Freitas a partir de 24/07/12. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que adequava ainda a Multa Isolada ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, o Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor).

Sala das Sessões, 26 de setembro de 2017.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Erick de Paula Carmo
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.678/17/3 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000548839-95	
Impugnação:	40.010142093-57 (Coob.)	
Impugnante:	José Estanislau (Coob.) CPF: 186.318.436-87	
Autuada:	Comercial Rio Forte Ltda. - EPP IE: 062441649.00-61	
Coobrigados:	Anderson Estanislau dos Reis CPF: 591.987.106-72 Clarissa Sislene Soares Freitas CPF: 030.413.506-29	
Proc. S. Passivo:	Fernando Bento de Araujo/Outro(s)	
Origem:	DF/Uberlândia	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos e reside apenas na necessidade de adequação da penalidade isolada ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada ao Fisco e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de janeiro de 2011 a junho de 2015.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II e § 2º.

A infração foi constatada pela Fiscalização pelo confronto realizado entre os dados fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito com vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização.

Assim, verifica-se de todo o conjunto probatório dos autos que a Fiscalização chegou à imputação fiscal a partir dos valores obtidos por informação da própria Autuada, fazendo um confronto entre estas informações por ela mesma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entregues e aquelas retiradas de documentos fiscais enviados pelas administradoras de cartões de débito e/ou crédito, mas que a ela se referiam.

Portanto, ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pelas administradoras dos cartões) com as notas fiscais de saída emitidas pela Contribuinte no período autuado, a Fiscalização constatou vendas desacobertas de documentos fiscais.

Em relação ao imposto exigido bem como a multa de revalidação a ele intrinsecamente ligada, não restou comprovada nos autos a inoportunidade da imputação fiscal, não tendo a Autuada e nem o Impugnante alcançado demonstrar que os valores por ela recebidos pelos cartões de crédito/débito se referem a outros recebimentos que não a venda de mercadorias, sua atividade fim.

No entanto, a Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, em homenagem ao princípio da legalidade, deve ser revista para reduzir o seu percentual a 20% (vinte por cento), nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Os requisitos contidos na citada alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75 são os seguintes:

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 desacoberta 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;

.....

O Fisco utilizou como base para a presente autuação os documentos fiscais emitidos e informações prestadas pela própria Autuada e as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito referentes às transações realizadas por ela no mesmo período.

Neste ponto importante observar o que determina o inciso III do art. 132 do RICMS/02, a saber:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

.....
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.

Importa ressaltar que este Conselho, conforme exposto em diversas decisões inclusive na presente, considera a possibilidade de utilização das informações obtidas junto às administradoras de cartões de débito/crédito para sustentar acusações fiscais exatamente pelo fato destas serem consideradas documentos fiscais.

Ademais, as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito são exatamente lançamentos relativos à escrita comercial do contribuinte.

Portanto, é possível a conclusão de que as informações prestadas pelas administradoras dos cartões de crédito/débito são, em verdade, informações da escrita comercial da própria Autuada, no caso, retiradas de documentos fiscais.

Na medida em que o art. 132, inciso III do RICMS/02 considera as informações disponibilizadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito referentes às transações realizadas pela Autuada como documentos fiscais, mostram-se atendidos os requisitos para aplicação da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Por fim, ressalte-se que, em situações análogas foi exigida a mesma multa, mas ao percentual de 20% (vinte por cento) como pode ser visto no Acórdão n.º 22.538/17/3ª que se encontra assim ementado:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) COM 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 REFORMULADO PELA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FISCALIZAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A", AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL DE FORMA REITERADA, SENDO CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 C/C O DISPOSTO NO ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J", § 3º E 6º, INCISO I, DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÃO UNÂNIME.

Já no Acórdão n.º 21.883/15/3ª, que trata da mesma matéria, a Câmara de Julgamento decidiu por adequar a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II ao disposto na alínea "a" do mesmo dispositivo. Confira-se:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE AS INFORMAÇÕES DE VENDAS CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO, TENDO EM VISTA QUE A IMPUGNANTE NÃO APRESENTOU DECLARAÇÕES DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DE ICMS - DAPIS NO PERÍODO OBJETO DO LANÇAMENTO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA CAPITULADAS NA LEI N.º 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II E 55, INCISO II. ENTRETANTO, TENDO EM VISTA QUE AS INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO SÃO CONSIDERADAS DOCUMENTOS FISCAIS, DEVE A MULTA ISOLADA SER ADEQUADA AO DISPOSTO NA ALÍNEA "A" DO INCISO II DO ART. 55 DA LEI N.º 6.763/75.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (GRIFOS NÃO CONSTAM DO ORIGINAL)

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa Isolada ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Sala das Sessões, 26 de setembro de 2017.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira