

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.799/17/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000745688-15
Impugnação: 40.010144201-21, 40.010144200-40 (Coob.), 40.010144199-80 (Coob.)
Impugnante: Mavi Fashion Comércio Ltda. - ME
IE: 001636558.00-88
Marcia Cavalcante Freire Borges (Coob.)
CPF: 891.302.941-34
Mauricio Machado de Aguiar (Coob.)
CPF: 839.029.961-53
Coobrigados: Eriko Basílio
CPF: 030.427.166-78
Maykon Douglas Lacerda Basílio
CPF: 084.757.016-98
Maykon Douglas Lacerda Basílio ME
CNPJ: 14.601730/0001-52
Proc. S. Passivo: Flávia de Pádua Borges
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatado, mediante o confronto entre documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais de serviço com as informações prestadas pela Contribuinte no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS) que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, constatada mediante o confronto entre documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais de serviço com as informações prestadas pela Contribuinte no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), no período de março de 2013 a dezembro de 2016.

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.

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados Marcia Cavalcante Freire Borges e Mauricio Machado de Aguiar apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.101/118, juntando documentos às fls. 120/138. Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em manifestação de fls.143/150, refuta as alegações da Defesa, pedindo a manutenção do lançamento.

DECISÃO

Do Pedido de Perícia

Os Impugnantes pleiteiam a produção de prova pericial para confirmar os valores apurados pelo Fisco, já que, segundo alega, a autuação foi baseada em notas fiscais emitidas para a Autuada por Maykon Douglas Lacerda Basílio ME com valores arredondados e sem provas que a autuada tenha faturado esses valores.

Não obstante a inexistência de quesito específico, trata-se o pleito como tal.

Entretanto, o pedido não deve prosperar, posto que, como se verá na análise do mérito, não há nos autos qualquer dúvida de natureza técnica que justifique a medida de natureza pericial.

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 pelos próprios Impugnantes 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

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

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Desse modo, como o quesito proposto não demanda especialista com conhecimentos técnicos específicos e a resposta ao questionamento encontra-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

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constatada mediante o confronto entre documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais de serviço com as informações prestadas pela Contribuinte no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), no período de março de 2013 a dezembro de 2016.

O Fisco exige 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.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: AIAF nº 10.000021558.07 (fls. 02/03), Auto de Infração (fls. 04/12), Relatório Fiscal (fls. 13/22) e os seguintes anexos: Anexo 1 (Cópia do Mandado Judicial de Busca e Apreensão, fls. 23/37), Anexo 2 (Cópia do “Termo de Depoimento” do Sr. Maikon Douglas Lacerda Basílio, fls. 25/29), Anexo 3 (Cópia da declaração de prestação de serviços à autuada pelas empresas de Maykon Douglas Lacerda Basílio e Dois Imãos Eventos e Serviços Ltda., fls. 30/31), Anexo 4 (Contrato de prestação de serviços da empresa Maykon Douglas Lacerda Basílio ME à autuada, fls.32/36), Anexo 5 (Cópias das notas fiscais de serviços eletrônicas relativas às vendas imputadas à autuada, fls. 37/87), Anexo 6 (Valores declarados no DASN pela autuada, fls. 88/89), Anexo 7 (vendas realizadas através de terminal POS em nome da própria autuada, fls. 90/91), Anexo 8 (Cópia do “Termo de Depoimento” do Sr. Eriko Basílio fls. 92/95).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Toda a documentação e comprovação dos ilícitos tributários praticados pelo Contribuinte e Coobrigados e anexados aos autos, tiveram origem no cumprimento de mandados de busca e apreensão expedido pelo Exmo Juiz de direito da 2ª Vara Criminal de Uberlândia, onde foram apreendidos diversos documentos fiscais e extrafiscais, equipamentos de POS e imagens de HD (hard disk) no endereço do coobrigado Maycon Douglas Lacerda Basílio, CNPJ 146017300001/52, empresa de máquinas de cartão de crédito, registrada como prestadora de serviço de cobrança (contribuinte do ISSQN).

Registra-se que foram incluídos como coobrigados no polo passivo da obrigação tributária:

- as pessoas físicas Márcia Cavalcante Freire Borges, Sócia Administradora, CPF: 891.302.941-34 e Maurício Machado de Aguiar, Sócio Administrador, CPF 839.029.961-53, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do CTN;

- a “empresa de cobrança” Maycon Douglas Lacerda Basilio, CNPJ 14.601.730/0001-52, com base no art. 21, inciso XII da lei nº 6763/75;

- o Sr. Maycon Douglas Lacerda Basilio, pessoa física, conforme art. 21, inciso XII da lei nº 6763/75, arts. 966 e 967 da lei nº 10.406/02 e o art. 789 da lei nº 13.105/15;

- o Sr Eriko Basílio, CPF 030.427.166-78, nos mesmos termos do Sr Maycon Douglas, vez que, conforme declarado ao MPMG, embora não figurasse como sócio, participava da administração da empresa Maycon Douglas, inclusive dividindo os lucros, sendo 70% para o Eriko e 30% para Maycon.

Ressalta-se que a inclusão dos coobrigados não foi objeto de discussão pelas Impugnantes.

Importa trazer, inicialmente, um resumo da prática estabelecida pela Autuada/Coobrigados, conforme relato da Fiscalização.

Constatou-se mediante os documentos apreendidos, a prática de sonegação fiscal implementada por vários contribuintes do ICMS da região, que vendem suas mercadorias desacobertas de documentação fiscal e utilizam POS em nome de terceiros (“empresa de cobrança”, Maykon Douglas Lacerda Basílio).

A empresa de cobrança (contribuinte do ISS) celebrava contrato de prestação de serviço de cobrança para a contribuinte do ICMS, *in casu*, a Autuada (anexo 4, fls. 33/36) e disponibilizava POS vinculado a seu CNPJ para que esta última a utilizasse dentro de seu estabelecimento comercial.

Portanto, mediante contratos de locação dos POS, a empresa de cobrança/proprietária das máquinas de cartão de débito/crédito, celebrava contratos de prestação de serviços com a Autuada, Mavi Fshion, por intermédio de sua proprietária Sra. Márcia Cavalcante Freire Borges, contribuinte do ICMS, contudo mantinha o POS vinculado ao seu CNPJ.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Deste modo, as vendas praticadas pela Autuada, via cartão débito/crédito em POS ficavam vinculadas ao CNPJ da “empresa de cobrança”, contribuinte do ISS. Isso permitiu que ocultassem do Fisco as operações de saídas de mercadorias que ocorriam sem a emissão das respectivas notas fiscais.

A contratada emitia mensalmente para a contratante Mavi Fashion, em nome da Sra. Márcia, notas fiscais de serviço que representavam os valores registrados nos respectivos POS e que eram os valores repassados mensalmente à contratante. Estes valores foram considerados pela Fiscalização como base de cálculo do ICMS exigido.

As notas fiscais de serviços encontram-se acostadas aos autos no Anexo 5, fls. 37/87.

Utilizando as referidas notas fiscais de serviços como referência, constata a Fiscalização diferença entre as vendas acobertadas por documentos fiscais e declaradas ao Fisco pela Autuada e os valores de fato recebidos pela “empresa de cobrança” (relativos a máquinas vinculadas ao CNPJ da “empresa de cobrança” - um terceiro). A Fiscalização elabora, então, o Relatório Fiscal (fls. 13/22).

Discordando do lançamento, os Impugnantes alegam ter havido presunção fiscal.

Ocorre, entretanto, que o Fisco, em momento algum, utilizou-se de presunção para constatação das irregularidades e sim, dos próprios dados da Autuada e de documentos extrafiscais para apurar o fato tributável, fundando sua convicção de que houve o fato gerador do ICMS.

Acrescente-se que o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação apreendida e que se encontra acostada aos autos, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194 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;

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

(...)

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.

Insta registrar que o RICMS/02, assim se pronuncia sobre a apreensão de materiais que façam prova à legislação tributária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

A Fiscalização explica que para chegar ao valor das vendas desacobertas realizadas pela Autuada e logicamente a base de cálculo do ICMS, efetuou a seguinte fórmula matemática, conforme se verifica no relatório fiscal (fls. 18):

Vendas com cartão de crédito vinculado ao próprio CNPJ (+)

Vendas com cartão de crédito vinculado a CNPJ terceiros (+)

Declaração de apuração do ICMS do autuado (PGDAS) (-)

Vendas desacobertas de documento fiscal (base de cálculo (=)

Assim, o procedimento fiscal neste lançamento foi objetivo, uma vez que foram utilizadas as próprias informações prestadas pelo contribuinte, além de documentos fiscais e extrafiscais para a apuração das operações por conclusão fiscal, previsto no art. 194, inciso V, do RICMS/02.

Constitui também matéria de defesa, o argumento de que a autuação foi baseada em notas fiscais emitidas para a Autuada por Maykon Douglas Lacerda Basílio ME com valores arredondados e sem provas que a empresa tenha faturado esses valores.

Da mesma forma, não assiste razão aos Impugnantes.

A respeito, vale transcrever a análise fiscal quanto aos elementos que ratificam os valores exigidos, demonstrando sua correção:

“a Impugnante, através de sua sócia administradora, Sra. Marcia Cavalcante Freire Borges, tinha um contrato de prestação de serviços com a empresa Maykon Douglas Lacerda Basílio ME (fls. 33/36), onde este alugava máquinas de POS em seu nome para aquela, conforme estabelecido no objeto do contrato. Essa operação com cartões de crédito/débito entre contratante/contratado fica ainda mais clara quando se observa o parágrafo único da cláusula 3ª, ou seja,

“**Parágrafo único:** Nos casos de recebimento de cartões de crédito e débito, fica a **CONTRATADA** autorizada perante a operadora do cartão, a receber em seu nome toda e qualquer importância, diligenciando, se for o caso, para o envio das faturas através de borderô’s.”

A contratada Maykon Douglas Lacerda Basílio ME pagava à contratante Mavi Fashion Comércio Ltda. os valores comercializados através das máquinas de POS locadas diária ou semanalmente. Os pagamentos eram feitos por meio de dinheiro em espécie, cheques ao portador, transferências bancárias para a contratante ou terceiros indicados por esta ou ainda pagamentos de boletos bancários apresentados pela contratante, conforme depoimento prestado pelo sócio proprietário da contratada, Sr. Maykon Douglas Lacerda Basílio, ao Ministério Público (fls. 27). Ou seja, a Mavi Fashion vendia suas mercadorias utilizando as máquinas de POS do Maykon Douglas e este repassava os valores àquela.

Desses valores repassados à contratante eram emitidas as notas fiscais de prestação de serviços, conforme disposto no final da cláusula 10ª do contrato (fls. 34):

“Cláusula 10ª. ..., momento em que esta emitira nota fiscal respectiva.”

Essas notas fiscais emitidas (fls. 38/87) referentes às operações financeiras eram repassadas à contratante Mavi Fashion que por força do contrato ficava responsável pelos recolhimentos fiscais que no caso seria o ISSQN, conforme posto na cláusula 11ª do contrato:

“Cláusula 11ª. A **CONTRATANTE** está ciente que ao receber a nota fiscal emitida pela **CONTRATADA a CONTRATANTE** terá a responsabilidade dos recolhimentos fiscais que se fizerem necessários junto aos órgãos federativos competentes.”

Além disso, essas notas fiscais apresentam valores arredondados com o intuito de facilitar a operacionalização e emissão das mesmas e que o valor acrescido ou diminuído em uma nota era compensado na nota seguinte no mesmo valor, conforme declaração prestada ao Fisco pelo Sr. Maykon Douglas Lacerda Basílio (fls. 31). Ou seja, o montante final das notas fiscais emitidas corresponde ao montante total efetivamente comercializado.

Conclui-se, pois, que o valor da base de cálculo do ICMS é o valor da operação, qual seja, *in casu*, os valores declarados pela “empresa prestadora de serviços” nas referidas notas fiscais de serviços.

A base de cálculo do ICMS sobre a saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal por estabelecimento contribuinte do ICMS é a que determina o art. 13, inciso IV da Lei Estadual nº6.763/75 e o art. 43, inciso IV do RICMS/02, veja-se:

Lei nº 6763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, prevista no inciso VI do artigo 6º, o valor da operação;

RICMS/02

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:

(...)

Quanto às assertivas de desproporcionalidade e confiscatoriedade das multas aplicadas, não compete ao órgão julgador administrativo apreciá-las, dado o impedimento previsto no art. 110, inciso I, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto no 44.747, de 03/03/08, que assim dispõe:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Faz-se mister lembrar que o lançamento é uma atividade vinculada, conforme está expresso no artigo 142, do Código Tributário Nacional:

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.

As multas aplicadas – revalidação e isoladas - são aquelas disciplinadas pela legislação tributária vigente e encontram-se regularmente capitulada no Auto de Infração.

No tocante à multa isolada, corretamente exige a Fiscalização a penalidade capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída 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:

Em relação a essa penalidade, convém mencionar, por oportuno, que a Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), em seu art. 56, alterou a redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Lei nº 22.549/17

Vigência a partir de 01/07/17:

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

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;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto ou sujeita à tributação com alíquota ou redução de base de cálculo que resulte em carga tributária inferior a 7% (sete por cento), não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação.

(...)

(Grifou-se)

Verifica-se que a nova redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 passou a prever limites máximo (inciso I) e mínimo (inciso II) para todas as penalidades previstas no art. 55 da citada lei, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.

Não obstante a multa isolada ter sido exigida em valor superior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente (limite máximo das penalidades previstas no art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme novel § 2º do referido artigo), não é o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caso de se aplicar a retroação benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, uma vez que a infração praticada configura-se hipótese de dolo.

Portanto, as infrações cometidas pela Autuada restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo os Impugnantes apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Por fim, o pleito da Autuada de redução da multa isolada, baseada no art. 53, inciso V, § 3º da Lei nº 6.763/75, não pode ser deferido, em face do óbice contido no item 3 do § 5º do mesmo artigo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, 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 Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 16 de novembro de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora