

Acórdão: 23.895/25/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.003128046-34
Impugnação: 40.010157288-38
Impugnante: Vila Suíça Serviços de Alimentação e Recepções Ltda
IE: 003238833.00-50
Coobrigado: Gilson de Jesus Cerqueira
CPF: 047.952.868-33
Proc. S. Passivo: Fábio Caon Pereira
Origem: DF/Extrema

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e similares e os valores informados pelo Contribuinte na Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração não caracterizada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Uma vez que não restou caracterizada a imputação fiscal, descabe cogitar de atribuição de responsabilidade tributária ao Coobrigado. Incorreta, portanto, a aplicação, na hipótese dos autos, das disposições contidas no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal, no período de janeiro a abril de 2022, de falta de recolhimento de ICMS referente a saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante o confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e similares e os valores declarados pelo Contribuinte na Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI.

Exige-se o ICMS devido (pela alíquota de 18% - dezoito por cento, nos termos do art. 12, § 71, da Lei nº 6.763/75 sobre o valor caracterizado como omissão de receita), a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

Na base de cálculo do ICMS foi aplicada a redução de 53,33% (cinquenta e três, vírgula trinta e três por cento), conforme estabelecido no art. 43, inciso VI, da Parte Geral c/c o Anexo IV, Parte 1, item 21, alínea “a”, todos do RICMS/02, por se tratar de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais como “restaurantes e similares” (Classificação Nacional das Atividades Econômicas – CNAE 5620102).

O sócio-administrador, Sr. Gilson de Jesus Cerqueira, foi incluído como responsável solidário pelo crédito tributário, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emitir documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada, em conjunto com o Coobrigado, apresenta Impugnação, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, às págs. 66/93 dos autos.

A Impugnante requer, ao final, a procedência da Impugnação para fins de cancelamento do Auto de Infração e, subsidiariamente, para afastar a responsabilidade tributária imputada ao sócio-administrador.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização se manifesta às págs. 1.722/1.765 e pede que seja julgado procedente o lançamento em sua integralidade, com a manutenção do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária.

Da Instrução Processual

A 2ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 15/05/24, determinou a realização da diligência para que a Fiscalização juntasse aos autos os arquivos com informações analíticas das operações de débito e crédito que foram objeto da autuação. Em seguida, concedeu-se vista à Impugnante pelo prazo de 30 (trinta) dias.

A Fiscalização junta aos autos a relação analítica dos valores informados pelas administradoras de cartões que serviram de base para o presente lançamento, conforme o Anexo 31, de pág. 1.769.

A Impugnante se manifesta às págs. 1.774/1.775 e seguintes, juntando planilha com as informações pertinentes.

Em seguida, a Fiscalização comparece novamente aos autos às págs. 1.825/1.827.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a imputação fiscal, no período de janeiro a abril de 2022, de falta de recolhimento de ICMS referente a saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante o confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e similares e os valores declarados pelo Contribuinte na DAPI.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se o ICMS devido (pela alíquota de 18% - dezoito por cento, nos termos do art. 12, § 71, da Lei nº 6.763/75 sobre o valor caracterizado como omissão de receita), a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

Na base de cálculo do ICMS foi aplicada a redução de 53,33% (cinquenta e três, vírgula trinta e três por cento), conforme estabelecido no art. 43, inciso VI, da Parte Geral c/c o Anexo IV, Parte 1, item 21, alínea “a”, todos do RICMS/02, por se tratar de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais como “restaurantes e similares” (CNAE 5620102).

O sócio-administrador, Sr. Gilson de Jesus Cerqueira, foi incluído como responsável solidário pelo crédito tributário, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emitir documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Cumpra ressaltar, *a priori*, que 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.

RICMS/02

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.

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

Efeitos de 31/12/2021 a 1º/08/2022 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 48.339, de 30/12/2021:

“Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

meio de seus sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade 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/instituicoes-e-intermediadores-de-pagamentos-servicos-e-negocios/>."

(...)

Efeitos de 31/12/2021 a 1º/08/2022 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 48.339, de 30/12/2021:

"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, e os intermediadores de serviços e de negócios entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A desta parte até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior."

As informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são consideradas documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III, do RICMS/02.

RICMS/02

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:

Efeitos de 14/11/2020 a 1º/08/2022 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 48.082, de 13/11/2020:

"a) pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento,

instituições e intermediadores de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e às prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou demais instrumentos de pagamentos eletrônicos, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que não regularmente inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, cuja atividade indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.”

No entanto, esses documentos não servem para acobertar as operações de vendas ou prestação de serviços realizadas pelas empresas. Somente as notas fiscais emitidas pelo contribuinte referente a cada operação/prestação são legalmente hábeis ao acobertamento.

A base de cálculo das saídas desacobertas corresponde ao valor das receitas omitidas, incluindo-se nesta o montante do próprio ICMS, nos termos estabelecidos no art. 49 do RICMS/02, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

RICMS/02

Art. 49. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do artigo 43 deste Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Como já dito, na base de cálculo do ICMS foi aplicada a redução de 53,33% (cinquenta e três, vírgula trinta e três por cento), conforme estabelecido no art. 43, inciso VI, da Parte Geral c/c o Anexo IV, Parte 1, item 21, alínea “a”, todos do RICMS/02, por se tratar de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais como “restaurantes e similares” (CNAE 5620102).

RICMS/02 - Parte Geral

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:

(...)

RICMS/02 - Anexo IV - Parte 1

21. Fornecimento de alimentação, excluídas as bebidas, quando promovida por:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) bares, restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos similares;

(...)

Em sede de defesa, a Impugnante sustenta que, não obstante a prática de atividades comerciais de vendas de refeições (sujeitas ao ICMS), sua atividade preponderante consiste em serviços de recepção e de hotelaria (sujeitas ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN), o que se comprova também pelo alvará de funcionamento emitido pela Prefeitura de Itapeva/MG.

Afirma que ao considerar unicamente as informações constantes da DAPI (que não contemplam as operações de ISSQN), a Fiscalização acaba por não identificar que as diferenças apontadas como supostas omissões de faturamento seriam, na realidade, oriundas das notas fiscais de prestação de serviços.

Todavia, se consideradas as receitas oferecidas à tributação do ISSQN, em relação aos serviços de recepção e hotelaria, inexistente qualquer valor em aberto passível de tributação.

Conclui que as receitas por ela auferidas, indicadas pelas administradoras de operações com cartão de crédito/débito, foram devidamente oferecidas à tributação do ISSQN em favor do Município de Itapeva.

Diante das alegações, buscando-se uma análise mais pormenorizada, deliberou a 2ª Câmara de Julgamento em converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização juntasse aos autos os arquivos com informações analíticas das operações de débito e crédito que foram objeto da autuação e para que a Impugnante fizesse suas considerações.

Com efeito, a Impugnante prestou informações detalhadas diretamente no documento disponibilizado pela Fiscalização, tomando por base exatamente as informações constantes do referido arquivo, apenas com a inclusão de três colunas adicionais (“NOTA FISCAL”, na qual consta o respectivo número; “TOMADOR DOS SERVIÇOS”; e “CORRELAÇÃO DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS”, na qual consta a referência à página dos autos em que se encontra a respectiva nota fiscal).

Por sua vez, a Fiscalização reconhece como pertinente parte das provas apresentadas pelo Sujeito Passivo, porém restringe sua conclusão favorável somente quando são coincidentes os valores e as datas das notas fiscais de serviços apresentadas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões.

Contudo, diante das alegações e do conjunto de provas apresentadas e considerando, também, os argumentos trazidos em sede de impugnação, para efeito de análise da controvérsia, deve-se considerar as especificidades das atividades desenvolvidas no estabelecimento autuado, como abordado na Impugnação (o que não é negado pela Fiscalização), atividades essas que vão desde a prática de atividades comerciais de vendas de refeições (sujeitas ao ICMS) até as atividades de serviços de recepção e de hotelaria (sujeitas ao ISSQN), o que se comprova também pelo alvará de funcionamento emitido pela Prefeitura de Itapeva/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, percebe-se que a análise criteriosa realizada pela Fiscalização, que considerou apenas as notas fiscais de serviços em que houvesse coincidência entre datas e valores, deve ser revista, tendo em vista as peculiaridades das atividades desenvolvidas pelo estabelecimento autuado.

Portanto, fazendo-se a análise das provas trazidas diante das informações prestadas pelas administradoras de cartões, conclui-se que a Impugnante consegue demonstrar que houve emissão de notas fiscais tanto relativas ao ICMS quanto em relação ao ISSQN, não se verificando a presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais por omissão de receita.

Importante esclarecer que a Impugnante passa o entendimento de que as informações relativas ao ISSQN não devem constar da DAPI.

Contudo, observa-se que na linha 50 do Quadro V – Demonstrativo das Operações/Prestações de Saídas da DAPI encontra-se a informação de que “*O CFOP 5.933 será lançado na linha 50 quando ocorrer saída de serviço tributado somente pelo ISSQN*”.

O Código Fiscal de Operações e de Prestações – CFOP 5.933 constante da tabela de CFOP confirma a informação “*5.933 - Prestação de serviço tributado pelo ISSQN*”.

Dessa forma, observa-se que houve um equívoco na apresentação das informações fiscais do Contribuinte no campo próprio da DAPI.

Contudo, esse descumprimento de obrigação acessória não tem o condão de se transformar em obrigação principal de recolher ICMS.

Reforça-se que, como consequência da não procedência da atividade fiscal, há de ser afastada a responsabilização do Coobrigado, sócio-administrador da Autuada, pelo crédito tributário outrora exigido.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Fábio Caon Pereira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Thiago Elias Mauad Abreu. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 27 de fevereiro de 2025.

Juliana de Mesquita Penha
Relatora

Antônio César Ribeiro
Presidente

m/D

23.895/25/2ª