

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.749/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172285-80
Impugnação: 40.010132009-33
Impugnante: Maria do Carmo Ferreira Palma - ME
IE: 637959083.00-89
Proc. S. Passivo: João Corrêa Pinheiro Filho/Outro (s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas ao Fisco pela Autuada 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 da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação pelo § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a constatação 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 débito/crédito, recolhendo, em consequência, imposto a menor, no período de julho de 2007 a julho de 2011.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação nos termos do § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Acompanham o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) e o Auto de Infração os seguintes anexos:

- anexo II – planilha com o cálculo do percentual da receita omitida e do crédito do imposto concedido (fls. 08/10);

- anexo III - demonstrativo do crédito tributário (fls. 11/15), alterado às fls. 76/85, em face da adequação do valor da multa isolada a duas vezes e meia ao valor do imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- anexo IV - relação das notas fiscais de entrada do período fiscalizado (fls. 16/52);
- anexo V – planilha com a consolidação mensal dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito (fls. 53/56);
- anexo VI - receita bruta informada por meio da Declaração Anual do Simples Nacional – DASN (fls. 57);
- declaração prestada pela Autuada com os percentuais das vendas com e sem substituição tributária (fls. 58).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 62/69, alegando resumidamente que:

- o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade na medida em que o lançamento deveria relacionar o destinatário de todas as saídas, que tal requisito é indispensável para configurar a infração cometida e finalidade de assegurar o direito a ampla defesa;
- o percentual a ser adotado para apuração do imposto deve ser o previsto para as empresas enquadradas no regime do Simples Nacional e não o adotado pelo Fisco de 8,40% (oito vírgula quarenta por cento);
- o valor das multas aplicadas é abusivo, com nítido caráter confiscatório;
- houve quebra de sigilo de bancário por parte do Fisco, sem autorização judicial, ao solicitar às administradoras de cartões de débito/crédito os dados referentes às operações por ela realizadas. Cita súmula e jurisprudência a respeito do assunto.

Requer o cancelamento das exigências fiscais.

Da Reformulação do Crédito Tributário

O Fisco às fls. 76/85 reformulou o valor do crédito tributário, aplicando o limitador de duas vezes e meia o valor do imposto exigido na Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo.

Da Impugnação

Intimada da reformulação, fls. 89, a Impugnante adita a sua peça de defesa, reiterando a sua discordância, pedindo a nulidade do Auto de Infração ou a redução das multas ao percentual de 30% (trinta por cento) do valor do imposto.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 99/126, refuta todas as alegações da Defesa e requer a procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação efetuada.

DECISÃO

Da Preliminar de nulidade do Auto de Infração

Inicialmente, a Impugnante alega nulidade do Auto de Infração por suposta afronta à ampla defesa. Segundo ela, o Fisco não relacionou, nos demonstrativos elaborados, os destinatários de todas as saídas para configurar as passíveis de recolhimento de ICMS, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Entretanto, não há fundamento na alegação de cerceamento de defesa, pelo fato de não ter sido relacionado os destinatários das saídas. Primeiro, porque a imputação fiscal é de saídas desacobertadas de documentação fiscal, em face da constatação de omissão de receita.

Assim, se a Impugnante promoveu vendas de mercadorias e não emitiu os correspondentes documentos fiscais, não nenhuma há lógica em cogitar cerceamento de defesa por não ter sido informado os destinatários dos produtos.

Ademais, a Autuada atua no ramo de fornecimento de alimentação e bebidas, em que o documento fiscal a ser emitido é a nota fiscal a consumidor, Modelo 2, ou o cupom fiscal emitido por ECF, nos quais não há obrigatoriedade de indicar o destinatário dos produtos.

Por outro, o Auto de Infração descreve com precisão e clareza o fato que motivou a sua emissão e as circunstâncias em que foi lavrado, cita expressamente os dispositivos legais infringidos e os que cominam a respectiva penalidade, bem como demonstra os valores do crédito tributário exigido, elementos configurados nos exatos termos do art. 89 do RPTA, abaixo transcrito:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Portanto, inexistente o vício arguido, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa no presente caso.

Também, não assiste razão à Impugnante quanto a nulidade do lançamento por suposta transgressão aos princípios e normas constitucionais em face de quebra de sigilo bancário, no que se refere à apresentação das informações concernentes às suas vendas e correspondentes recebimentos com cartões de débito/crédito informados por administradoras destes cartões.

O procedimento de solicitação de dados às administradoras de cartões de débito/crédito encontra-se totalmente respaldado pela legislação em vigor, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 abaixo transcrito:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

De forma a regulamentar a aplicação de tal dispositivo legal, a legislação mineira se vale do art. 32-A do Anexo V do RICMS/02, abaixo transcrito, o qual esteve vigente até 11/11/08 e também dos arts. 10-A e 13-A do Anexo VII do mesmo diploma legal, que foram acrescentados à legislação por força do Decreto nº 44.754/08, com vigência a partir de 15/03/08:

Art. 32-A.

Efeitos de 1º/07/2007 a 11/11/2008 - Redação dada pelo art. 2º, I, e vigência estabelecida pelo art. 14, II, ambos do Dec. nº 44.650, de 07/11/2007:

Art. 32-A. Para a emissão eletrônica do comprovante de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente nos termos do inciso II do caput do artigo anterior, o contribuinte, inclusive a microempresa e a empresa de pequeno porte, deverá autorizar a empresa administradora de cartão de crédito ou de débito a fornecer à Secretaria de Estado de Fazenda as informações relativas às transações efetuadas.

Efeitos de 01/07/2006 a 30/06/2007 - Redação dada pelo art. 2º, I, e vigência estabelecida pelo art. 6º, II, ambos do Dec. nº 44.311, de 06/06/2006:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 32-A. Para a emissão eletrônica do comprovante de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente nos termos do inciso II do artigo anterior, o contribuinte, inclusive o enquadrado no Simples Minas, deverá autorizar a empresa administradora de cartão de crédito ou de débito a fornecer à Secretaria de Estado de Fazenda as informações relativas às transações efetuadas.

Saliente-se que, da análise das datas de vigências dos supracitados dispositivos legais, depreende-se que durante todo o período fiscalizado sempre houve respaldo na legislação tributária para a utilização de dados informados pelas administradoras de cartões de débito como base para constituição do crédito tributário devido. A revogação do art. 32-A em 11/11/08 se deu posteriormente à entrada em vigor dos arts. 10-A e 13-A, os quais passaram a regular a matéria a partir de 15/03/08.

Como bem salienta o Fisco, por força do art. 132 do RICMS/02, as informações das administradoras de cartões são classificadas como documentos fiscais e, como tais, seguem as regras da legislação tributária, não havendo qualquer empecilho, de natureza legal, à sua utilização como fundamento da constituição do crédito tributário ora exigido.

Ressalte-se que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. Existe a citação dos dispositivos infringidos e das penalidades. Como já dito, todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, foram observados.

Assim, não se configura qualquer ilegalidade ou afronta às normas vigentes a utilização pelo Fisco de dados disponibilizados pelas administradoras de cartões de débito/crédito nos exatos termos da legislação em vigor.

Rejeita-se, portanto, as prefaciais de nulidade arguidas.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação de omissão de receitas resultante da diferença entre as vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e, os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, imposto a menor, no período de julho de 2007 a julho de 2011, pelo que, se exigiu ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação pelo § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

O procedimento adotado pelo Fisco, 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, Parte Geral 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Insta registrar, por oportuno, que a disciplina regulamentar da matéria encontra-se prevista nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02:

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

(...)

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.

Como bem salienta o Fisco, as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02, transcrito a seguir:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

É de se registrar que as atividades de cruzamento de dados, com vistas à prospecção de omissões de receita relativas às operações com cartão, se convertidas em auditorias, se materializam por quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, particularmente a conclusão fiscal. Os valores informados pelas administradoras e omitidos pelo contribuinte, em que pese a admissão de prova em contrário (*juris tantum*), configuram saídas do estabelecimento desacobertadas de documentação fiscal, nos termos da legislação tributária vigente.

Ressalte-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), descontando-se, para esse efeito, os valores decorrentes de entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária, estando o cálculo demonstrado nas planilhas que constam do Demonstrativo do Crédito Tributário, Anexo III de fls. 11/15.

Há a destacarem-se as disposições da legislação tributária mineira acerca da base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe assinalar que, no presente caso, para fins de cálculo das vendas desacobertas de documentação fiscal, foram consideradas apenas as operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito, desconsiderando as outras modalidades de pagamento, como dinheiro e cheque, que certamente ocorreram no período.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Impugnante é a prevista no art. 42, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Contudo, observou o Fisco a redução de base de cálculo prevista no item 20, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, de forma que, a carga tributária, nos casos de fornecimento de alimentação, excluídas as bebidas, seja equivalente a 8,4% (oito inteiros e quatro décimos por cento) do valor das operações, como se pode observar nos demonstrativos às fls. 11/15.

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 decorre do preceito legal abaixo reproduzido:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes 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 desacoberta de documento fiscal;

As multas exigidas estão de acordo com a previsão na legislação:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

§ 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.

(...)

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.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Quanto ao questionamento da Autuada da confiscatoriedade das multas, de revalidação e isolada, deve também destacar que tais penalidades, bem como a Taxa Selic, têm amparo na legislação mineira e, tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão, a teor do art. 110 do RPTA.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

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

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 76/85. Participaram do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

juízo, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Alexandre Périsse de Abreu e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 05 de dezembro de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**

CC/MG