

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.055/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000174306-05
Impugnação: 40.010132232-16
Impugnante: Lambris Calçados e Complementos Ltda - EPP
IE: 367369165.00-32
Proc. S. Passivo: Áurea Luiza da Silva Lino
Origem: DF/Juiz de Fora

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 Impugnante 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, majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas à Fiscalização 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 a dezembro de 2007 e julho a novembro de 2010.

No relatório do Auto de Infração consta que, entre janeiro de 2008 a junho de 2010, não houve lançamento posto que os valores devidos já haviam sido declarados anteriormente, via denúncia espontânea, conforme PTA nº 05.000209464.23 de 17/09/10.

O procedimento realizado pela Fiscalização envolveu a juntada de documentos comprobatórios de operação por cartão de crédito/débito, confrontando-os com as informações repassadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito (fls. 133/135) e, os dados transmitidos pela Autuada mediante Declaração de Apuração e Informação do ICMS por meio do Sistema de Apuração e Pagamento Informatizados (DAPI Simples), no período de janeiro a junho de 2007, e Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) no período de julho a dezembro de 2007, e de julho a novembro de 2010.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75. A multa isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) para o exercício de 2010, conforme §§ 6º e 7º do art. 53 da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 104/123, com juntada de documentos às fls.124/127.

A Fiscalização anexa os documentos comprobatórios de operações por cartão de crédito/débito, fls. 131/135, reabrindo o prazo de 30 (trinta) dias à Impugnante.

A Impugnante apresenta aditamento da Impugnação às fls. 139/141, contra a qual a Fiscalização se manifesta às 143/151.

DECISÃO

Das Preliminares

A Impugnante alega cerceamento de defesa, com afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório porque, não constam dos autos, os documentos encaminhados pelas administradoras de cartão, os quais serviram de embasamento do feito fiscal.

Tal indignação é acatada pela Fiscalização que anexa os referidos documentos, fls. 131/137, e reabre o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação, aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de multas aplicáveis nos 30 (trinta) dias após o recebimento do Auto de Infração, nos termos do § 1º do art. 120 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA).

Assim, correlacionando a planilha “Conclusão Fiscal”, fls. 16/17, com os valores informados pelas administradoras de cartão, é possível identificar, claramente, a metodologia utilizada pela Fiscalização.

Outrossim, no “Demonstrativo do Crédito Tributário”, fl. 14, está demonstrado o valor mensal das vendas por cartão de crédito/débito, informado pelas administradoras de cartões, em confronto com o faturamento declarado pela empresa, e a apuração dos valores devidos de imposto e multas.

Saliente-se que o Auto de Infração foi lavrado nos termos do art. 89 do RPTA, c/c art. 142 do CTN, não podendo ser acatado o pleito de nulidade do lançamento.

Dessa forma, rejeitam-se as preliminares arguidas.

Do Mérito

Versa o presente lançamento sobre a constatação de omissão de receitas, resultante da diferença entre as vendas declaradas à Fiscalização pela Autuada e, os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor.

Inicialmente, a Impugnante erige a decadência do direito de a Fazenda Pública realizar o lançamento relativamente ao período anterior a 02/07/07, com fundamento no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

No entanto, tal dispositivo se refere à homologação tácita dos valores recolhidos pelo contribuinte por ocasião do lançamento por ele realizado, e não aos valores sonegados, que ficam submetidos ao lançamento de ofício, o qual encontra regra própria de decadência no inciso I do art. 173 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, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150 do CTN, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Assim, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário somente expirou em 31/12/12, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173 do CTN, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 04/07/12 (fl. 101).

Abordando o 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, 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:

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 art. 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 a Fiscalização, 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:

(...)

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.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as vendas por meio de tais cartões (declaradas pela Contribuinte), a Fiscalização constatou a Autuada promoveu vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

A impugnante se insurge, entendendo ter havido quebra de sigilo de dados em instituição financeira, o que não é permitido.

Entretanto, as informações fornecidas pelas Administradoras de cartões se limitam apenas a expor o faturamento cujo recebimento ocorreu por esse meio de pagamento.

Ademais, nos termos da legislação do ICMS, a Fiscalização pode examinar todos os papeis produzidos pela Contribuinte em suas atividades mercantis para apuração de ilícitos fiscais.

O disposto no art. 195 do CTN sustenta o procedimento fiscal de utilização das informações remetidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Confira-se, *in verbis*:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Cita-se, também, ementa do Processo nº. 1.0024.04.444277-0/002(1) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, data do julgamento 12/08/10, publicado em 18/11/10, com a decisão de que a regra do sigilo não é absoluta, devendo ser mitigada, prevalecendo o interesse público, em hipóteses excepcionais, sobretudo nos casos em que o fornecimento das informações e documentos é necessário à Administração Tributária, conforme previsão do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO - FISCALIZAÇÃO - COMPROVAÇÃO - ART. 6º, LC 105/01 - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A REGRA DO SIGILO NÃO É ABSOLUTA, DEVENDO SER MITIGADA EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS, SOBRETUDO NOS CASOS EM QUE O FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS MOSTRA-SE NECESSÁRIO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, DIANTE DA POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE SONEGAÇÃO FISCAL, CONFORME PREVISÃO NO ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01, DEVENDO PREVALECER O INTERESSE PÚBLICO. (DESTACOU-SE)

Defende a Impugnante a tese de ser inaplicável o art. 10-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02 a fatos anteriores a 15/03/08, haja vista a inexistência desse dispositivo no RICMS/02, à época dos fatos geradores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Protocolo ECF 04/01, publicado em 25/09/01, fixou as disposições relativas ao fornecimento de informações, por parte das administradoras ou operadoras, sobre os valores das operações de crédito /débito realizadas com estabelecimentos de contribuintes do ICMS:

PROTOCOLO ECF 04/01

Cláusula primeira Acordam as unidades federadas signatárias em fixar as disposições das cláusulas seguintes, relativas ao fornecimento de informações, por administradoras de cartão de crédito e de débito, sobre os valores das operações de crédito ou de débito realizadas com estabelecimentos de contribuintes do ICMS, nos termos do Convênio ECF 01/01, de 06 de julho de 2001.

Cláusula segunda As administradoras ou operadora de cartão de crédito, ou de débito, ou similar entregarão, até o final do mês seguinte de ocorrência, nos locais ou nos endereços eletrônicos indicados pelas unidades da Federação signatárias deste acordo, os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito, de débito, ou similares, com ou sem transferência eletrônica de fundos realizada no mês anterior, de acordo com o "Manual de Orientação" anexo a este Protocolo.

Analisando também o inciso III do art. 50 da Lei Estadual nº 6.763/75, observa-se que a exibição de documento de interesse tributário é obrigatória à Fiscalização. Esse dispositivo foi inserido no texto legal desde 08/08/03, e possui a seguinte redação:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Logo, a previsão da possibilidade de acesso às informações das administradoras já existiam na legislação mineira e no CONFAZ bem antes de 2007. O que fez o RICMS/02, em 2008, foi somente prever um facilitador de acesso a essas informações, com a obrigatoriedade das administradoras manterem arquivo eletrônico disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Fazenda (www.fazenda.mg.gov.br).

A Impugnante advoga que a Fazenda Pública está atribuindo uma presunção como expressão da verdade.

Não se trata aqui de presunção fiscal, já que há informação formal por parte das administradoras. Cabe, assim, à Contribuinte, a demonstração de que as informações obtidas pela Fiscalização, legalmente previstas, não correspondem à realidade dos fatos. E isso não ocorre no presente PTA.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

presente, em razão da reincidência comprovada à fl. 154, bem como, 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.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1. de reincidência;

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 24 de janeiro de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**