

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.163/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000212004-57
Impugnação: 40.010136063-61
Impugnante: Shopping das Carnes de São João Del Rei Ltda - ME
IE: 001053659.00-87
Proc. S. Passivo: Simone Adelina Pacheco
Origem: DFT/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 pela Autuada à Fiscalização na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS) 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. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante 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 01/01/10 a 31/05/13.

Exige-se, Multa Isolada de 40% (quarenta por cento), nos termos do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, aplicando-se o limitador de duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, nos termos do § 2º do art. 55, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 119/127.

A Fiscalização promove a juntada de documentos às fls. 231/234 com vistas à Impugnante que adita sua peça de defesa às fls. 239/240, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 243/250.

A Câmara de Julgamento determina a realização de diligência às fls. 254, para que a Fiscalização intime as Administradoras de cartão de crédito/débito a informar a partir de quando o “*Point of Sale*” – POS enumerado às fls. 18 dos autos, em nome de Açogue Vitória, passou a ser utilizado no território mineiro.

A medida resulta na juntada de documentos de fls. 258.

Aberta vista para a Impugnante, que adita a inicial às fls. 263/264 e, na sequência, manifesta-se a Fiscalização às fls. 267/268.

A Câmara de Julgamento determina a realização de perícia de fls. 270, que resulta no relatório de fls. 277/283.

Aberta vista para a Impugnante que se manifesta às fls. 289/290.

A Fiscalização retorna aos autos às fls. 293/296.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Nulidade do Auto de Apreensão e Depósito

A Impugnante requer a nulidade do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) lavrado pela Fiscalização, pois, no seu entender, ele foi emitido *de maneira obscura, sem descrição de justo motivo... Não esclareceu qual era a infração, nem tampouco acrescentou provas a respeito.*

Diferentemente do que se observa, o documento foi emitido no estrito ditame da norma conforme previsão no art. 69, inciso II c/c o art. 71, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), como segue:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

(...)

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

Trata-se de apreensão de “*Point of Sale*” – POS, nos termos da legislação citada. O equipamento devidamente descrito no AAD (doc. fls. 15), encontrava-se apto para a utilização na venda de mercadorias no estabelecimento supracitado, porém em situação irregular.

A constatação é confirmada mediante os documentos emitidos no momento da abordagem fiscal (doc. fls. 232/234), que demonstra inequivocamente, que o Contribuinte ora autuado detinha a posse e o poder de utilização de equipamento pertencente a outro estabelecimento, Açougue Vitória, situado no estado do Paraná.

Conforme se depreende dos citados documentos, foram efetuadas movimentações no equipamento apreendido no estabelecimento, tanto por meio de cartão de crédito quanto de débito.

A Impugnante manifesta-se contrariamente à alegação de utilização do equipamento, após vistas dos documentos juntados, mas não carrega aos autos comprovações capazes de desqualificar a ação ou o auto de apreensão lavrado no ato da abordagem fiscal.

Portanto, não há respaldo para a requerida nulidade do AAD.

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento. Argumenta que há ofensa ao art. 142 do CTN, uma vez que o sujeito passivo não foi devidamente identificado nos autos e existe a remota possibilidade da bitributação, em razão dos equipamentos estarem registrados em nome de terceiros que podem ter cumprido com suas obrigações tributárias.

Entretanto, razão não lhe assiste, o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que o Autuado compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Assim, não cabe reparos na composição formal do Auto de Infração e muito menos se verifica a possibilidade da alegada bitributação. Importante frisar, que o equipamento foi apreendido na posse do Autuado, dentro do seu estabelecimento comercial e qualquer desvio na condição de aferição do montante a tributar e, por conseguinte, na existência de parcela do imposto apurado já recolhido, deveria ter sido comprovada nos autos por quem alega, método que de certo rechaçaria um possível *bis in idem*.

Até o momento, o contexto se relaciona à posse de equipamento capaz de promover movimentação financeira, pertencente por cadastro a um contribuinte e na posse de outro, cujo estabelecimento encontrava-se no ato da abordagem aberto ao público e em pleno funcionamento comercial. Razão que admite presumir a irregular utilização do controlador das vendas via cartões no intuito de ludibriar a verificação fiscal, uma vez impossível atrelar as movimentações aparentemente vinculadas a outro estado da federação, exceto se detectado num flagrante fiscal, como foi o caso.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante 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 01/01/10 a 31/05/13.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, respeitado o limitador de duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação nos termos do § 2º do art. 55, da Lei nº 6.763/75.

Cumprido de início destacar que a Fiscalização realizou diligência no estabelecimento comercial da Autuada em 09/05/13 e, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, uma vez constatada a existência de equipamento “POS” utilizado para realização de vendas por meio de cartão de crédito/débito pertencente a outro contribuinte situado no estado do Paraná, solicitou a reimpressão do último comprovante de venda realizado, atitude que veio a comprovar a utilização do equipamento, conforme documentos de fls. 232/234.

Diante dessas constatações, o Fisco apreendeu o equipamento, procedimento formalizado através do Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 001935, estabelecendo como fiel depositário, o próprio Autuado.

Em ação simultânea, a Fiscalização realizou diligência no endereço do contribuinte FRIGORÍFICO BOI GORDO DE SÃO JOÃO DEL REI LTDA, Inscrição Estadual nº 001.460057.0022, pertencente aos mesmos sócios, onde também foram encontrados 02 (dois) equipamentos “POS”, sendo um da Operadora “Redecard”, nº de série WY107412, SN 528846882 e o outro da Operadora “Cielo”, nº de série 77320316, SN 528261953, também pertencente ao contribuinte “Açougue Vitória”, CNPJ 05.629.368/0001-37, com sede social em Curitiba/PR, e que estava sendo utilizado pelo Contribuinte no momento da ação fiscal.

Consoante o quadro afigurado, a Fiscalização intimou a administradora dos cartões “Redecard” a apresentar o histórico de movimentação dos equipamentos, tanto dos em uso regular pelo estabelecimento e em seu nome registrados, quanto dos apreendidos.

Em resposta, a “Redecard” enviou relatório de movimentação diária referente aos dois equipamentos apreendidos nos dois estabelecimentos acima citados, informando não haver possibilidade de separar as operações por equipamento.

No caso dos equipamentos “Redecard”, considerando que os dois estabelecimentos pertencem aos mesmos sócios, o Fisco procedeu corretamente ao arbitramento do valor das operações para cada estabelecimento tomando por base o faturamento declarado por cada um deles, conforme demonstrado nos quadros 1 e 2 (doc. fls. 11/12), nos termos dos art.s 53 e 54 do RICMS/02, abaixo transcritos:

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

(...)

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

Também, 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 pelas administradoras 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Repita-se, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito, conforme informação das administradoras dos cartões para os equipamentos apreendidos e os registrados em nome do estabelecimento autuado, com vendas informadas pelo Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 13.

Insurge o Impugnante alegando que a base de cálculo não corresponde à realidade da empresa: *Primeiro, pelo fato do equipamento não lhe pertencer; segundo, por não ter sido por ela utilizado; terceiro, pelo motivo de não ser um equipamento único; quarto, pelo fato da operadora não separar as vendas por máquina e quinto, pelo fato de o período apurado (2010 a 2013) não corresponder com a data do ato que deu ensejo a fiscalização, isto é, AAD nº 001935, de 09/05/2013 e conseqüentemente apreensão do equipamento.*

Argumenta que: *... a autoridade Administrativa interpretou que apesar de a venda estar devidamente registrada por outra empresa, que não é a empresa, ora, fiscalizada, lançou o tributo em nome da impugnante, pelo simples fato de ter encontrado uma máquina de cartão de crédito/débito no seu estabelecimento, que sequer estava sendo utilizadas.*

Diante das alegações do Autuado, *mister* salientar que a despeito da visível intenção do Impugnante em se livrar das imputações fiscais com vagas alegações de não ser proprietário do equipamento, não carrou aos autos provas que o desvencilhasse da lide.

Os fatos em muito se assemelham à cominação de acusação penal pelo crime de receptação qualificada, prevista no § 1º do art. 180 do Código Penal brasileiro, qual seja, *adquirir, receber, (...), ocultar, ter em depósito, (...), ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime.*

O possuidor da “coisa” (objeto) classificada como fruto de atividade ilícita é identificado no ordenamento penal nacional, ou como autor do crime por subtração ou como agente receptor.

No caso dos autos, a Fiscalização em trabalho de rotina depara com um equipamento capaz de promover transações comerciais/financeiras em atendimento às necessidades do empreendimento visitado, varejista de produtos alimentícios de origem animal, pertencente a outro empresário localizado no estado do Paraná.

Caso patente de ocultação de movimentação financeira à margem do poder fiscalizatório mineiro, que se não fosse a apreensão em flagrante, não teria como conhecer as operações com a utilização dos cartões de débito e crédito formalizadas através dos equipamentos “POS” alheios tanto ao controle do Fisco, quanto ao das operadoras das marcas.

Por sinal, é esta a constatação a que se chega com a resposta das operadoras dos cartões para a diligência determinada pela Câmara às fls. 254 dos autos: *para que a Fiscalização intime as Administradoras de cartão de crédito/débito a informar a partir de quando o “Point of Sale” – POS enumerado às fls. 18 dos autos, em nome de Açogue Vitória, passou a ser utilizado no território mineiro.*

A administradora da marca Redecard informa que em sua base histórica não consta instalação do referido equipamento no estado de Minas Gerais e que o mesmo sempre esteve instalado no estado do Paraná, no estabelecimento Daniela da Mata Silva – ME (doc. fls. 258). Entretanto, o equipamento foi encontrado em operação e apreendido pela Fiscalização mineira em 09/05/13 (doc. fls. 15), demonstrando imprecisão da informação.

Insatisfeita com as respostas e na busca da verdade material, a Câmara determina a realização de perícia, *solicitando que o Sr. Perito responda aos seguintes quesitos: 1) se há possibilidade de utilização no Estado de Minas Gerais de POS oficialmente instalado no Estado do Paraná sem a formalização da transferência e o conhecimento da operadora dos cartões de crédito/débito; 2) em caso afirmativo, se o controle das chamadas do POS em cada venda identifica o número do telefone com o respectivo código do DDD da localidade de origem da chamada nas vendas via cartão de crédito/débito; 3) existindo vínculo do POS com o número do telefone e código DDD, informar por equipamento envolvido na autuação, quais foram os Estados de origem das chamadas para a operadora, nas vendas informadas nas planilhas de fls. 23/99; 4) em quais Estados (Unidades Federadas) residem os compradores, detentores dos cartões de crédito/ débito usuários dos POS envolvidos na autuação, responsáveis pelos registros das vendas informadas pela operadora nas planilhas de fls. 23/99.*

Em apertada síntese o Perito conclui em seu laudo que é possível a utilização do POS em qualquer unidade federada nacional e como são equipamentos sem fio não há identificação da localidade das chamadas e, por conseguinte, impossível identificar a localização do comprador no ato da aquisição/transação.

Isso posto, resta a análise dos fatos e provas que constam dos autos e neste desiderato merece especial atenção a bem arrazoada manifestação fiscal às fls. 294/295:

Importante ressaltar que o equipamento objeto dessa autuação foi encontrado no estabelecimento da impugnante, em funcionamento e em uso no momento da ação fiscal realizada em 09/05/2013, sendo apreendido por meio do AAD nº 001935 (fls. 15). A comprovação da utilização do referido equipamento pode ser constatada através dos documentos de fls. 232 a 234.

Cabe ressaltar ainda que, em ação simultânea, o fisco realizou diligência no endereço do contribuinte FRIGORÍFICO BOI GORDO DE SÃO JOÃO DEL REI LTDA, Inscrição Estadual nº 001.460057.0022, estabelecido na Av. Josué de Queiroz, 221, bairro Matozinhos, em São João Del Rei, MG, pertencente

aos mesmos sócios, onde também foram encontrados 02 (dois) equipamentos “POS” (Point of Sale), para utilização de Cartão de Débito/Crédito, sendo um da Operadora “Redecard”, e o outro da Operadora “Cielo”, ambos pertencentes ao mesmo contribuinte “Açougue Vitória”, CNPJ 05.629.368/0001-37, localizado em Curitiba/PR, e que estavam sendo utilizados no momento da ação fiscal. Os referidos equipamentos foram apreendidos por meio do AAD nº 000787.

Outro ponto que merece destaque é o fato de o contribuinte ter protocolado Termo de Autodenúncia em 2011, referente a saídas desacobertadas apuradas mediante cruzamento de operações com cartão de débito/crédito. Coincidentemente, naquele ano o contribuinte realizou vendas por meio de cartão de débito/crédito no valor de R\$ 482.100,83, para um faturamento declarado de R\$ 78.416,46, enquanto que nos anos seguintes, em 2012, as vendas por meio de cartão de débito/crédito em nome do contribuinte somaram apenas R\$ 9.995,33, para um faturamento declarado de R\$ 266.986,37 e em 2013, as vendas por meio de cartão de débito/crédito em nome do contribuinte somaram R\$ 212,20, para um faturamento declarado de R\$ 259.268,09.

Estes dados podem ser facilmente visualizados no quadro 3 (fls. 13) do PTA e reforçam o entendimento do fisco de que o contribuinte deixou de utilizar seus equipamentos “POS”, passando a utilizar equipamento de contribuinte localizado em outro Estado, com o objetivo claro de não ter estes dados informados ao fisco de Minas Gerais.

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

Por derradeiro cumpre esclarecer que a Multa Isolada foi aplicada no estrito cumprimento da legislação tributária, baseada no disposto no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, sendo limitada a duas vezes e meia o valor do imposto que seria exigido na operação. Como segue:

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:

(...)

§ 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

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 pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Alan Carlo Lopes Valentim Silva (Revisor), Luiz Geraldo de Oliveira e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 25 de agosto de 2016.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator**

D