

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.163/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168611-14
Impugnação: 40.010129060-18
Impugnante: Eletromania Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda - ME
IE: 479247916.00-21
Proc. S. Passivo: Márcio Trindade Santos
Origem: DF/Passos

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO – CONCLUSÃO FISCAL. Constatado saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas por meio de conclusão fiscal levada a efeito mediante confronto entre as vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos por administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, I e VII da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, MR capitulada no art. 56, II e Multa Isolada prevista no art. 55, II, majorada nos termos do § 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Autuada, no período de 01/07/07 a 31/12/09, promoveu saída de mercadorias sem a respectiva emissão de documentos fiscais, apuradas mediante cruzamento de dados eletrônicos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito com documentação apresentada pela Contribuinte referente ao período fiscalizado.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada ao percentual de 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início de Ação Fiscal (fl. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 06/07); Relatório Fiscal –Anexo I (fls. 08/12); Termo de Intimação 450/2010 –Anexo II (fls. 21/22); Detalhamento de Vendas –Anexo III (fls. 23/26); Cópias de Extratos Simples Nacional – Anexo IV (fls. 27/31); Conclusão Fiscal –Anexo V (fls. 32/35); Demonstrativo de cálculo da multa isolada –Anexo VI (fls. 36/38); Apuração percentual de mercadorias sujeitas a ICMS/ST –Anexo VII (fls. 39/43) e Consultas SICAF Infrigência/Penalidade – Anexo VIII (fls. 44/46).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 49/94, onde alega, em preliminar a nulidade do lançamento, em face de:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. inexistência do Termo de Início da Ação fiscal (TIAF);
2. o AI não atende o disposto nos art. 142 do CTN e art. 333 do CPC;
3. não houve juntada aos autos das informações de cartões de crédito, mês a mês.

No mérito, aduz em síntese que o AI utilizou-se de prova emprestada eletrônica, questionando a metodologia do trabalho fiscal.

Ao final de sua exposição, requer:

- 1 – preliminarmente a nulidade do A.I;
- 2 – o cancelamento do lançamento em razão dos equívocos da prova emprestada e/ou pela ausência dos elementos fáticos do art. 142 CTN e ônus da administração fazendária (CPC – art. 333).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 99/109, abordando item por item as questões discutidas na impugnação, as quais detalharemos na decisão, haja vista que os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão.

Pede, ao final, a procedência do lançamento fiscal.

DECISÃO

Constatou-se, mediante cruzamento de dados eletrônicos fornecidos pelas Administradoras de cartão de crédito /débito com documentação apresentada pela Contribuinte, saída de mercadorias sem a respectiva emissão de documentos fiscais.

Da Preliminar

A Impugnante questiona a falta de renovação do Termo de Intimação 450/2010, requerendo direito à denúncia espontânea.

Ocorre, entretanto, que de acordo com o Decreto nº 44.747/08 (RPTA) não existe previsão legal para prorrogação de Termo de Intimação.

Consoante se verifica às fls. 02, o início da ação fiscal se deu com a emissão do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), em conformidade com o disposto no art. 69 do RPTA. Preceitua este:

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:

- I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);
- II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);
- III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);
- IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);
- V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A mencionada falta do TIAF (Termo de Início de Ação Fiscal) não produz os efeitos pretendidos pela defesa, eis que, conforme transcrito, no ordenamento jurídico atual são outros os documentos lavrados para formalizar o início da ação Fiscal.

Por conseguinte, também não há que se falar em preclusão do TIAF, eis que com a lavratura do AIAF, em 05/11/10, a validade do mesmo só findou em 03/02/11, após a emissão do AI em análise. Veja-se o que determina a legislação concernente:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

(...)

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

Conclusão similar é o da impossibilidade de a Contribuinte denunciar espontaneamente o crédito tributário, haja vista que o pressuposto legal só se perfazeria se o prazo validade do AIAF estivesse esgotado.

Art. 70. (...)

(...)

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

A tese da Autuada de que o AI não atende ao art. 142 do CTN não coaduna com a prova dos autos. Transcreve-se:

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.

Em análise do dispositivo, tem-se:

- compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário: O Auto de Infração foi lavrado por AFRE (auditor fiscal da receita estadual), pessoa competente para realizar fiscalização de imposto estadual, e por consequência, para constituir crédito tributário conforme art. 188 da Parte Geral do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 188 - A fiscalização do imposto compete aos órgãos próprios da Secretaria de Estado de Fazenda e será realizada exclusivamente pelos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

- a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação: No relatório do AI (fls. 03) apurou-se a saída de mercadoria desacobertada, verificando-se então ocorrência do fato gerador conforme base legal (§ 1º do art. 5º e inciso VI do art. 6º da Lei nº 6.763/75).

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º - O imposto incide sobre:

a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar.

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

- determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido: a matéria tributável foi apurada através de “conclusão fiscal”, procedimento tecnicamente idôneo previsto no inciso V do art. 194 do 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:

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

(grifou-se)

Isto posto, não se encontram nos autos quaisquer pressupostos capazes de eivar de nulidade o Auto de Infração em comento.

Do Mérito

A Impugnante questiona a metodologia do trabalho fiscal e os valores apurados, razão pela qual passa-se a análise detalhada do feito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se vê da situação dos autos a questão é muito simples, pois a Contribuinte, regularmente intimada do AIAF, preencheu e assinou uma planilha, denominada “Detalhamento das Vendas”, onde declarou os valores por ela efetuados por meio de cartão de crédito/débito, dinheiro e cheque.

Naturalmente, e em cumprimento ao seu mister, o Fisco confrontou tais informações passadas pela Contribuinte com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Apurada a diferença que é, no caso vertente, fulcrada em informações passadas pela própria Autuada, tem-se, por óbvio, que é legítima, no mínimo, a presunção “*juris tantum*” de que há omissão de receitas.

Na técnica de arbitramento utilizada, análise da escrita fiscal, a apuração foi feita através de análise da documentação apresentada pelo Contribuinte e informações enviadas pelas administradoras. Sendo assim, não procede a alegação de metodologia inadequada, havendo pois, previsão legal para tal: incisos III e IV do art. 51 da Lei nº 6.763/75 e art.194 do RICMS/02:

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documentário fiscal relativo a operações ou prestações que promove ou que é responsável pelo pagamento do imposto

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;

Saliente-se que, conforme art. 132, inciso III do RICMS/02, as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito são documentos fiscais, sendo equivocada a alegação de prova emprestada eletrônica e ausência de juntada ao AI de informações de cartão de crédito mês a mês.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Neste PTA, fls. 33/35, na planilha “Conclusão Fiscal” tem-se na coluna (B) as informações provenientes das Administradoras de Cartão de Crédito enviadas ao Fisco conforme. art. 50 da Lei nº 6.763/75 e art.10-A e art.13-A do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco

§ 5º - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente e estabelecimentos similares deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda todas as operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similar, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, relativamente aos períodos determinados pela legislação

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.

Vê-se que as informações fiscais são provas reais e não provas eletrônicas.

Na impugnação, a Autuada resumiu-se a atacar a metodologia da fiscalização sem trazer aos autos quaisquer documentos capazes de fragilizar a informação das administradoras de cartões, mesmo tendo ela, como cliente das mesmas, a possibilidade de apresentar extrato de vendas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Merece destaque o fato do Fisco, ao fazer o levantamento das saídas desacobertas, ter tido o cuidado de identificar o percentual de mercadorias sujeitas à tributação por substituição tributária, conforme arquivos eletrônicos enviados pela empresa, para fins de excluir da cobrança da base de cálculo de ICMS as mercadorias sujeitas a esse regime.

Destaca, pois, que há consistência técnica para o arbitramento, permissão para alíquota média e o ajuste com percentual da tributação normal/ST, e eles foram realizados de acordo com a legislação. Por esse motivo, infere-se desnecessário o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria questionado.

A Autuada sustenta em sua defesa condição diferenciada, por ser Contribuinte enquadrada no regime do Simples Nacional.

Ocorre que, mesmo se enquadrando no regime Simples Nacional, na hipótese de operações desacobertas deve ser observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas. É este o mandamento do art. 13 da LC 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.

Considerando que a Autuada realizou operação sem a emissão de documentação fiscal o tratamento devido será de Contribuinte do regime débito e crédito, estando equivocada o entendimento de que as multas do art. 55 e art. 56 da Lei nº 6.763/75 não se aplicam ao contribuinte que tenha aderido ao Simples Nacional.

Isso posto, resta incabível a tese da Impugnante de excesso de exação e confisco em razão da legislação aplicável ao Simples Nacional. Outrossim, o ICMS, os juros e as multas aplicados foram lançados estritamente conforme dispõe a legislação pertinente.

A pretensão da Autuada de ter a exclusão dos juros financeiros que diz estarem embutidos no preço dos cartões de crédito/debito não se confirma, pois novamente há a menção à existência de tais valores, sem haver qualquer prova nesse sentido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sob esse aspecto, menciona-se por oportuno, o disposto no art. 136 do RPTA.

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Por fim, a reincidência aplicada tem previsão legal no § 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75 e resta comprovada conforme cópias de consulta efetuada no SICAF no dia 17/12/10, fls. 45/46 dos autos.

Conclui-se, pois, que a apuração fiscal não merece qualquer reparo fático e legal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2011.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**