



PROCESSO Nº 2575322021-5 - e-processo nº 2021.000304004-7

ACÓRDÃO Nº 405/2024

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogada: Sr.^a VIVIANE VALE DE OLIVEIRA, inscrita na OAB/PE sob o nº 18.598

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: EVACI FERREIRA DE ABREU

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

PRELIMINARES. REJEITADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE NORMAL. PRELIMINAR REJEITADA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Arguições de nulidades rejeitadas em função de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como por se encontrar disponibilizada nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe, garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

- Quando as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e débito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

- Redução da penalidade aplicada com fulcro no art. 82, V, "a" da Lei 6.379/96, por aplicação do princípio da Retroatividade Benigna aos fatos geradores pendentes de julgamento, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional - CTN.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...



A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, em observância aos princípios da legalidade, da verdade material e da retroatividade benigna da lei tributária, reformo de ofício a decisão singular para julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002767/2021-43, lavrado em 15/12/2021, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.125.591-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário, no valor de **R\$ 17.996.907,17 (dezesete milhões, novecentos e noventa e seis mil, novecentos e sete reais e dezessete centavos)**, sendo R\$ 10.283.946,99 (dez milhões, duzentos e oitenta e três mil, novecentos e quarenta e seis reais e noventa e nove centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 7.712.960,24 (sete milhões, setecentos e doze mil, novecentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o montante de **R\$ 2.570.986,75 (dois milhões, quinhentos e setenta mil, novecentos e oitenta e seis reais e setenta e cinco centavos)**, de multa por infração, em face do princípio da retroatividade benigna da lei tributária.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de agosto de 2024.

LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO, EDUARDO SILVEIRA FRADE, HEITOR COLLETT E VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES.

JOÃO EDUARDO FERREIRA FONTAN DA COSTA BARROS
Assessor



PROCESSO N° 2575322021-5 - e-processo n° 2021.000304004-7

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogada: Sr.^a VIVIANE VALE DE OLIVEIRA, inscrita na OAB/PE sob o n° 18.598

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: EVACI FERREIRA DE ABREU

Relator: CONS.^o LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

PRELIMINARES. REJEITADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE NORMAL. PRELIMINAR REJEITADA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Arguições de nulidades rejeitadas em função de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como por se encontrar disponibilizada nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe, garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

- Quando as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e débito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

- Redução da penalidade aplicada com fulcro no art. 82, V, "a" da Lei 6.379/96, por aplicação do princípio da Retroatividade Benigna aos fatos geradores pendentes de julgamento, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional - CTN.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 9042/9066) interposto contra decisão de primeira instância (fls. 9027/9039), que julgou **procedente** o Auto de Infração de



Estabelecimento nº 93300008.09.00002767/2021-43, lavrado em 15/12/2021, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.125.591-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2020 e 30/4/2021, em decorrência da seguinte infração:

0563 - OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, em virtude de ter declarado suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Foram dados como infringidos o art. 158, I e o art. 160, I, c/c art. 646, V, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de R\$ 20.567.893,98, composto de R\$ 10.283.946,99, de ICMS, R\$ 10.283.946,99, de multa por infração.

Cientificada do Auto de Infração, no seu Domicílio Tributário Eletrônico, em 20/12/2021 (*fl. 8976*), a autuada apresentou reclamação, tempestiva, em 19/1/2022 (*fls.8977-8997*).

Com informação de antecedentes fiscais, porém sem caracterizar reincidência, os autos foram conclusos (*fl. 9024*), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal em sentença acostada às (*fls.9027-9039*).

Cientificada da decisão de primeira instância no seu Domicílio Tributário Eletrônico, em 11/8/2022 (*fl. 9041*), a autuada apresentou recurso voluntário, em 12/9/2022, onde expõe o seguinte (*fl. 9042-9066*):.

- a) Inicialmente, aborda sobre a tempestividade do recurso e requer sua intimação fazer a sustentação oral de suas razões por ocasião do julgamento do presente processo;
- b) Em seguida, após um breve relato dos fatos, pugna pela nulidade do Auto de Infração, por preterição do direito de defesa, em face da ausência de comprovação da infração;
- c) No mérito, diz que a segurança jurídica do lançamento fiscal foi maculada ante a ausência de lei dispondo que a entrada de recurso de cartão de crédito/débito pode vir a ser presumida como venda de mercadoria;
- d) Aduz que as receitas recebidas, através de cartão de crédito/débito, nem sempre são decorrentes de venda de mercadoria, nelas, também, se incluindo operações não alcançadas pela incidência do ICMS, como é o caso de disponibilização de crédito para celular, vale gás, pagamento de fatura do cartão HiperCard etc., além de encargos de financiamento decorrentes das vendas a prazo;



- e) Afirma que não há processo de constituição do crédito tributário e que o Auto de Infração foi instruído com relatório sintético e genérico, uma planilha confeccionada pela própria fiscalização, porém sem qualquer registro de existência de decisão judicial que autorize a utilização direta das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e débito;
- f) Alude que a Lei Complementar nº 105/2001 (que disciplinou em caráter nacional a utilização das informações bancárias por parte da Administração Pública) tratou de determinar quais seriam as pessoas competentes para autorizar a instituição financeira (aqui incluídas as administradoras de Cartões de crédito e débito) a quebrar o segredo das operações e serviços prestados por este a determinada pessoa física ou jurídica. Com efeito, esta legislação estabelece que para que a quebra do sigilo financeiro por parte da Administração Pública seja legítima, faz-se necessário, portanto, a presença de três requisitos mínimos: justo motivo, competência e decisão autorizadora;
- g) Salienta a necessidade de se observar os diversos regimes tributários, tendo em vista a recorrente comercializar milhares de itens, alguns tributados a 18%, outros a 25%, 7%, 12% e até 0%, isentos ou não tributados, bem como mercadorias com pagamento antecipado do ICMS;
- h) Defende o afastamento da multa no patamar de 100%, ou sua redução a um patamar entre 20% e 30%, por: (i) ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela, (ii) exorbitância do valor aplicado, em violação ao princípio do não-confisco;
- i) Ao final, pugna pela NULIDADE e/ou IMPROCEDÊNCIA do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal;
- j) Sucessivamente, a Recorrente pede que seja julgada improcedente a multa ou, no mínimo, reduzida ao patamar adotado no STF, bem como a aplicação dos juros, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco;
- k) Requer, outrossim, que em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN);
- l) Protesta a Recorrente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria, onde passo a proceder sua análise e julgamento.



Considerando o pedido de sustentação oral, os autos foram encaminhados à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta corte.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002767/2021-43, lavrado em 15/12/2021, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com os requisitos do art. 142 do CTN, e não se enquadra em nenhum dos casos de nulidade previstos nos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

CTN

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.

LEI DO PAT

Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;



IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

No tocante à alegação da recorrente de que foi cerceada em seu direito de defesa, em face da ausência de comprovação da infração, cabe esclarecer que a auditoria anexou aos autos planilhas, onde relaciona as operações realizadas através de cartão de crédito/débito, os valores mensais informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito, além de demonstrar o cálculo dos valores a exigir a partir do confronto dessas informações.

Ressalte-se que as instituições financeiras estão obrigadas a prestar informações ao Fisco, sobre aos bens, negócios ou atividades de terceiros, conforme prevê o art. 197 do Código Tributário Nacional, verbis:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

***II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;** (g.n.).*

O assunto também é abordado no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 (abaixo transcrito), que condicionou o acesso aos dados à existência de processo administrativo instaurado. Sendo este o caso dos autos, onde as informações fornecidas pelas instituições financeiras tiveram como objetivo subsidiar o presente processo administrativo tributário, estando em consonância com o disciplinado no dispositivo.

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.

Registre-se que o STF, ao apreciar o RE 601314 SP, fixou a seguinte tese, em sistemática de repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Por fim, cabe considerar que a recorrente foi devidamente cientificada do Auto de Infração e da decisão de primeira instância, tendo apresentado defesa nas duas instâncias administrativas, onde demonstrou o total entendimento do teor da acusação, e onde lhe foi dada a oportunidade de apresentar provas e argumentos capazes de se contrapor aos fatos que lhe foram imputados, bem como o livre acesso aos autos do presente Processo Administrativo Tributário, onde consta todo detalhamento da matéria, sendo, portanto, satisfeitas as exigências da ampla defesa e do contraditório.



Cabe, ainda, considerar que não comporta a solicitação de diligência feita pela recorrente em virtude de constarem dos autos toda matéria necessária ao deslinde da lide.

Omissão de Vendas - Cartão de Crédito

A acusação trata de diferença tributável verificada no período de 1º de janeiro de 2020 a 3º de abril de 2021, tendo em vista as vendas declaradas pelo contribuinte terem apresentado valores inferiores aos informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito, conforme demonstrativos (fls. 1244-8966), ensejando a presunção de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, conforme prevê o artigo 646 do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar: a) insuficiência de caixa; b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes; III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. (g.n.).

Neste sentido, a acusação descrita na peça basilar consiste na realização de um confronto entre as vendas declaradas à Receita Estadual pelo contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, identificando divergências que remetem à presunção de falta de recolhimento do imposto, por falta de emissão da correspondente nota fiscal, conforme entendimento dos artigos 158, I, e 160, I, do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, transcritos abaixo:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias; (g.n.).

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham à acusação.

Como penalidade foi aplicada multa, no percentual de 100% (cem por cento), conforme prevê o art. 82, V, “a”, da lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

Art. 82. As multas para as quais se adotar o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes: (...)

V - de 100% (cem por cento):



Nova redação dada ao “caput” do inciso V do “caput” do art. 82 pela alínea “c” do inciso I do art. 1º da Lei nº12.788/23 - DOE de 29.09.2023.

V - de 75% (setenta e cinco por cento): (...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais.

Mantida na primeira instância, a autuada apresentou recurso voluntário, onde reitera os argumentos de mérito.

No tocante ao argumento de que a segurança jurídica do lançamento foi maculada face a inexistência de lei dispondo que a entrada de recurso de cartão de crédito/débito pode vir a ser presumida como venda de mercadoria, não se faz necessárias maiores investigações, ante a previsão contida no próprio art. 646 do RICMS/PB, transcrito anteriormente.

Ademais, a mesma disposição encontra-se prevista no §8º do art. 3º, da Lei 6.379/96, segundo redação vigente à época dos fatos:

Art. 3º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimidos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamento Brasileiro - SPB, relativas às transações com cartões de débito, crédito, de loja (private label) e demais instrumentos de pagamento eletrônico, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).

Nova redação dada pela Lei nº 11.801/20 - DOE de 28.10.2020.

§ 8º Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:
(...)

II - a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte, por meio de cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições e intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB, relativas às transações com cartões de débito, crédito, de loja (private label), transferência de recursos, transações eletrônicas do Sistema de Pagamento Instantâneo e demais instrumentos de pagamento eletrônicos, bem como às informações prestadas por intermediadores de serviços e de negócios referentes às transações comerciais ou de prestação de serviços intermediadas. (g.n.).



Com efeito, à luz dos dispositivos acima transcritos, a simples constatação de que o contribuinte declarou vendas em valores inferiores aos fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito/débito, faz surgir a presunção (*juris tantum*) de **omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto**, ressalvado ao contribuinte o direito de comprovar a improcedência da acusação.

Neste sentido, o encargo de provar que, nas receitas angariadas via cartão de crédito/débito, existem operações não alcançadas pela incidência do ICMS, recai sobre o sujeito passivo, sobretudo, considerando que se tratam de operações realizadas por ele próprio, portanto, detentor dessas informações.

Neste contexto, a diferença encontrada pela Fiscalização presume-se originadas de saídas pretéritas de mercadorias tributadas, logo, sujeitas à alíquota de 18%, não sendo possível atribuir regimes tributários com alíquotas diversas, como alega a defesa.

A defesa alega que é incabível a incidência de ICMS sobre os encargos de financiamento decorrentes das vendas a prazo por meio de cartão de crédito, devendo ser excluídos esses encargos da base de cálculo do ICMS, conforme verbete da súmula 237 do STJ: *nas operações de cartão de crédito os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS*.

Conforme é cediço, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação declarado no documento fiscal, com os acréscimos legalmente permitidos, na forma do art. 13 da Lei 6.379/96. Veja-se:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do “caput” deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Assim, em regra, encargos, como seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição, quando suportados pelo comprador, são legitimamente tomados como base de cálculo do ICMS.

Ademais, não há como acolher à pretensão da Recorrente de excluir da base de cálculo os valores dos acréscimos financeiros decorrentes de financiamentos realizados por meio das operadoras de cartões de crédito e de débito, porque não foram apresentados elementos de contraprova que possam atestar o tipo específico de transação alegado pela defesa (vendas a prazo e com incidência de encargos financeiros não tributadas pelo ICMS).

Em suas razões, a recorrente, se socorrendo do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, alega a inexistência de processo de constituição do crédito tributário e que



o Auto de Infração foi instruído sem mencionar a existência de qualquer decisão judicial que autorize a utilização direta das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e débito, ressaltando que o procedimento deve contemplar três requisitos mínimos: justo motivo, competência e decisão autorizadora.

Pois bem, ao contrário do que professa a recorrente, o crédito tributário em constituição encontra respaldo no presente Processo Administrativo Tributário (PAT), conforme competência atribuída à autoridade administrativa de proceder, de forma vinculada e obrigatória, ao lançamento, na forma disposta no art. 142 e parágrafo único do CTN, restando satisfeitos os requisitos de justo motivo e competência.

Outrossim, o fornecimento de informações pelas instituições de cartão de crédito/débito independem de autorização judicial, conforme decisão do STF que considerou que o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras por agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma estipulada no art. 6º da Lei Complementar 105/01, não ofende o direito ao sigilo bancário.

Quanto ao argumento de que a penalidade é de cunho confiscatório, a auditoria simplesmente aplicou a norma vigente na legislação tributária da Paraíba, cabendo esclarecer que foge da alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade de lei, em virtude das determinações contidas no art. 55, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), abaixo transcrito:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

No entanto, cabe, ainda, considerar a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, que graduou multa punitiva, em 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”. (g.n.).

No mesmo sentido, reproduzimos trecho do voto do Ministro Roberto Barroso, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS, trazido ao processo pela própria recorrente, em que estabelece, **como não confiscatórias, as multas punitivas que não se sobreponham ao valor da obrigação principal**, e as multas moratórias que não ultrapassem o percentual de 20% sobre o valor do tributo.

*“A tese de que o acessório não pode se sobrepor ao principal parece ser mais adequada enquanto parâmetro para fixar as balizas de uma multa punitiva, sobretudo se considerado que o montante equivale a própria incidência. Após empreender estudo sobre precedentes mais recentes, observei que a duas Turmas e o Plenário já reconheceram que **o patamar de 20% para a multa**”.*



moratória não seria confiscatório. Este parece-me ser, portanto, o índice ideal. O montante coaduna-se com a ideia de que a impontualidade é uma falta menos grave, aproximando-se, inclusive, do montante que um dia já foi positivado na Constituição”. (grifei)

Registre-se que no caso em deslinde, não houve dúvida sobre a capitulação legal dos fatos ocorridos, nem sobre a interpretação da lei punitiva, nem tampouco sobre as provas apresentadas, conforme exposto nas justificativas acima, portanto, não se aplica o disposto no art. 112 do CTN¹.

Entretanto, venho a proceder a adequação da multa aplicada, ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento), em face das modificações introduzidas no inciso V, da Lei nº 6.372/96, dadas pela Lei nº 12.788/23, publicada no DOE de 29/9/2023.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, em observância aos princípios da legalidade, da verdade material e da retroatividade benigna da lei tributária, reformo de ofício a decisão singular para julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002767/2021-43, lavrado em 15/12/2021, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.125.591-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário, no valor de **R\$ 17.996.907,17 (dezesete milhões, novecentos e noventa e seis mil, novecentos e sete reais e dezessete centavos)**, sendo R\$ 10.283.946,99 (dez milhões, duzentos e oitenta e três mil, novecentos e quarenta e seis reais e noventa e nove centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 7.712.960,24 (sete milhões, setecentos e doze mil, novecentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o montante de **R\$ 2.570.986,75 (dois milhões, quinhentos e setenta mil, novecentos e oitenta e seis reais e setenta e cinco centavos)**, de multa por infração, em face do princípio da retroatividade benigna da lei tributária.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 14 de agosto de 2024.

Lindemberg Roberto de Lima
Conselheiro Relator

¹ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.