



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 0383472016-0

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

Recorrente: VIA VAREJO S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GERÊNCIA REGIONAL

DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER – JOÃO PESSOA

Autuante(s): JOSELINDA GONCALVES MACHADO, ROBERTO EDUARDO MACIEL CUNHA FILHO

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONCALVES CHAVES

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Diferenças tributáveis apuradas, provenientes das declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito, caracterizam a presunção legal “juris tantum” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte não trouxe aos autos provas materiais que elidiram a acusação.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença prolatada na instância singular, e julgar procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000312/2016-26, lavrado em 30 de março de 2016 contra a empresa VIA VAREJO S/A. (CCICMS: 16.238.364-9), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 1.641.695,18 (um milhão, seiscentos e quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e dezoito centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 820.847,59 (oitocentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e nove centavos), por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 820.847,59 (oitocentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e nove centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de maio de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, GILVIA DANTAS MACEDO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

ALENCAR
SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000312/2016-26, lavrado em 30 de março de 2016 contra a empresa VIA VAREJO S/A. (CCICMS: 16.238.364-9), em razão das seguintes irregularidades, conforme a descrição dos fatos, abaixo transcritos:

OMISSÃO DE VENDAS-OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Nota explicativa:

PERÍODO: A PARTIR DE JULHO DE 2012

Pelo fato, foram enquadradas as infrações nos arts. 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 1.641.695,18, sendo R\$ 820.847,59, de ICMS, e R\$ 820.547,59, de multa por infração.

Notificação fiscal e demonstrativos das acusações foram juntados aos autos às fls. 3 a 20.

Cientificada da acusação por via postal, com Aviso de Recebimento, recepcionado em 29/4/2016, fl. 21, a autuada apresentou peça impugnatória, fls. 26 a 48, e anexos às fls. 49 a 106, protocolada em 30/5/2016, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

Em preliminar, requer a nulidade da autuação diante da precariedade da verificação da origem das receitas supostamente omitidas, tornando o crédito tributário ilíquido e incerto; foram utilizadas informações sigilosas das quais a fiscalização não poderia ter conhecimento sem autorização legal; Não houve instauração de processo administrativo prévio de modo a demonstrar as informações para o trabalho fiscal segundo o que determina o art. 6º da LC Nº 105/2001; fora aplicada penalidade multa que ofende aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, por fim, requer o cancelamento do auto de infração.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 107, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos ao Julgador Fiscal João Lincoln Diniz Borges, este decidiu pela procedência da autuação, fls. 111 a 118, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL – OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – DENÚNCIA COMPROVADA.

As vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito devem corresponder exatamente às informações contidas nas leituras “Z” dos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECF’s ou de notas fiscais eletrônicas em utilização no estabelecimento, no que se refere ao valor das vendas pagas através de cartão de crédito e débito, sob pena de a diferença encontrada no confronto dessas informações autorizar ao entendimento de que ocorreram vendas sem notas fiscais . In casu, a Impugnante não conseguiu desconstituir a denúncia que pesa sobre si, fazendo merecer uma sentença condenatória.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Regularmente cientificada da decisão singular, por meio do domicílio tributário eletrônico (DTe), fl.

121, recepcionado em 21/5/2018, a recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 123 a 161, protocolado em 20/6/2018, em que traz, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- a) inicialmente discorre sobre os fatos, preliminarmente, aduz que o auto de infração seria nulo por ter presumido base de cálculo de ICMS com base em informações fornecidas por empresas privadas, sem levar em consideração as vendas parceladas, devolução de mercadorias e utilização do valor pago para trocar por outro bem; mercadorias deixadas para ajustes e entregues em meses subsequentes e o crédito de ICMS relativo ao período autuado em seguida discorre a cerca da competência privativa da autoridade competente para constituição do crédito tributário;
- b) que o fiscal autuante, sem qualquer prova, presumiu que todas as operações de cartão de crédito eram exclusivamente vendas de mercadorias, sem esgotar os meios para apuração da verdade material;
- c) no mérito, reforça a ilegalidade na obtenção de informações bancárias sigilosas, estando esse método eivado de inconstitucionalidade e ilegalidade, sendo motivo de cancelamento do presente auto de infração, as supostas diferenças de ICMS foram obtidas por meio de elementos ilícitos que, como tal, não podem ser consideradas;
- d) argumenta que a multa aplicada deve ser cancelada por ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, por fim requer a realização de sustentação oral quando do julgamento do presente recurso voluntário, o conhecimento do presente recuso para cancelar a exigência na sua totalidade do imposto, multa, juros e demais encargos.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Em havendo pedido de sustentação oral, esta relatoria encaminhou os autos para que fosse emitido parecer da assessoria jurídica desta casa quanto à legalidade do feito fiscal, parecer constante às fls. 167 a 178, no qual opina-se pela legalidade de feito fiscal.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000312/2016-26, lavrado em 30/03/2016, fls. 3 e 20, contra a empresa VIA VAREJO S/A, devidamente qualificada nos autos.

Importa declarar que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se à recorrente todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório. Não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.

Passo, então, à análise de mérito.

ACUSAÇÃO: OMISSÃO DE VENDAS – omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito, com fundamento no art. 158, I e 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS-PB, abaixo transcritos:

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;

No tocante a presente acusação de omissão de vendas identificada no período de novembro de 2014 a dezembro de 2015, por meio da operação cartão de crédito/débito, é cediço que na execução das auditorias decorrentes deste tipo de procedimento fiscal, o Fisco compara as vendas declaradas à Receita Estadual pelos contribuintes, com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, identificando divergências que indicam, presumivelmente, que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressaltando ao contribuinte provar a improcedência da presunção. Entendimento emergente do artigo 646 do RICMS. Vejamos:

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.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados , quando da transferência ou venda, conforme o caso. (g.n.)

Observa-se que no presente caso o sujeito passivo não trouxe à baila provas documentais em seu

favor, que servissem de alicerce para a análise e decisão da instância *a quo*, que também seria objeto do recurso voluntário ora em questão.

Em sede de recurso, argumenta que o auto de infração seria nulo por ter o fiscal autuante presumido base de cálculo de ICMS com base em informações fornecidas por empresas privadas, sem levar em consideração as vendas parceladas, devolução de mercadorias e utilização do valor pago para trocar por outro bem, assim como, mercadorias deixadas para ajustes e entregues em meses subsequentes, embora a recorrente traga tal argumentação, não trouxe aos autos nenhuma prova, documento ou relatório que justificasse tal diferença, apenas alega, o que torna impossível acolher suas alegações, baseadas apenas em meras argumentações. No procedimento administrativo tributário, não se permite ao julgador o emprego de recursos imaginativos, por mais evidente que pareça, é imprescindível que os agentes processuais demonstrem-no por meio de uma linguagem admitida e compreendida no mundo jurídico.

É cediço que a prova é fato jurídico em sentido amplo que colabora na composição do fato jurídico em sentido estrito. Não é prova, portanto, mera forma de averiguação ou alegação da verdade dos fatos.

No caso ora analisado, estamos tratando de uma presunção de omissão, é bem verdade que na presunção legal encontraremos, de um lado, o fato presuntivo e, de outro, o fato presumido, desta forma, considera-se provado o fato legalmente presumido, e se justifica essa previsão legal, porque o fato presumido adquire, de pronto, status de fato provado, se justificando pelo vínculo de associação prescrito pela lei. Desse modo, fala-se em presunção relativa, que admite prova em contrário, mas, não havendo prova em contrário, a associação se mantém, devendo se manter o fato presumido, porque não houve prova em sentido oposto.

Continua discorrendo que o fiscal autuante, sem qualquer prova, presumiu que todas as operações de cartão de crédito eram exclusivamente vendas de mercadorias, sem esgotar os meios para apuração da verdade material, o fato é que, conforme explicado anteriormente, a auditoria fiscal faz um cruzamento com base nas informações de vendas transmitidas pela recorrente por meio da sua escrituração fiscal e as informações transmitidas pelas operadoras de cartões de crédito e débito, informação essa, fornecida em atendimento ao disposto no art. 389 do RICMS-PB, transcrito abaixo:

Art. 389. As instituições financeiras e de pagamento integrantes ou não do Sistema de

Pagamento Brasileiro - SPB fornecerão à Secretaria de Estado da Receita, até o último dia do mês subsequente, todas as informações relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento referentes às transações com cartões de débito, crédito, de loja (private label) e demais instrumentos de pagamento eletrônico.

(grifo nosso)

Desta forma, podemos concluir que as provas são os relatórios fornecidos pelas instituições competentes e a própria recorrente por meio de sua escrita fiscal.

Sendo esse entendimento já consolidado na jurisprudência, de modo que pedimos vênias para transcrever recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

Apelação Nº 0027192-03.2016.8.08.0048

DATA DO JULGAMENTO: 11/09/2018

RELATOR(A): JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

EMENTA: APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.

INFORMAÇÕES. OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2011. REGULARIDADE. SIMPLES. CONTRIBUINTE OMISSO. ALÍQUOTA DE 17%. ALÍNEA f DO INCISO XIII DO ART. 13 DA LC Nº 123/2006. MULTA PUNITIVA. REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. DECADÊNCIA. §4º DO ART. 150 DO CTN. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A Lei Complementar nº 105/2011, que dispõe acerca do sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, prevê, no art. 5º, que as administradoras de cartões devem informar as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços e, especificamente no §4º, estabelece que detectados indícios de falhas ou ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e documentos de que necessitar para a apuração dos fatos. 2) No âmbito estadual, o §5º do art. 699-Z-N do Decreto nº 1.090-R/02 (RICMS/ES), preconiza que até o quinto dia do mês subsequente ao da ocorrência, as administradoras de cartão de crédito devem remeter à SEFAZ os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas às operações de crédito e débito realizados pelas empresas no mês anterior. 3) Por conseguinte, o procedimento adotado pelo Fisco desponta em harmonia com a norma legal, restando inafastável a regularidade da análise das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito para fins de apuração de eventual ilicitude. 4) A legislação do Simples Nacional não se aplica às hipóteses de descumprimento de obrigações tributárias nas quais fique caracterizada a circulação de mercadorias sem documento fiscal, sujeitando-se o contribuinte omissor à aplicação da alíquota interna de 17% sobre o valor das vendas não declaradas. 5) O STF firmou o entendimento no sentido de que a incidência de multas punitivas (de ofício) que extrapolem 100% do valor do débito importa em afronta ao inciso IV do art. 150 da CF. 6) Deve ser declarada a decadência em relação ao período de maio de 2011 a outubro de 2011, nos termos do §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, uma vez que não houve lançamento no quinquênio legal. 7) Recurso parcialmente provido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso . Vitória, 11 de setembro de 2018 /RELATOR

No mérito, reforça a ilegalidade na obtenção de informações bancárias sigilosas, estando esse método eivado de inconstitucionalidade e ilegalidade, sendo motivo de cancelamento do presente auto de infração, as supostas diferenças de ICMS foram obtidas por meio de elementos ilícitos que, como tal, não podem ser consideradas.

Sob esse ponto, temos a dizer que o STF já se pronunciou sobre esse assunto por meio do Julgamento conjunto das ADIs nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, do qual peço vênha para transcrever a ementa abaixo:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo

bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

(grifo nosso)

Ante o exposto, não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilicitude dos elementos de provas utilizados pela fiscalização para fundamentar a autuação ora analisada.

Quanto ao argumento de que a multa aplicada deve ser cancelada por ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, cabe considerar que a análise da constitucionalidade das leis está fora da esfera de competência dos Tribunais Administrativos, conforme determinação do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo reproduzido:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença prolatada na instância singular, e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000312/2016-26, lavrado em 30 de março de 2016 contra a empresa VIA VAREJO S/A. (CCICMS: 16.238.364-9), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 1.641.695,18 (um milhão, seiscentos e quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e dezoito centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 820.847,59 (oitocentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e nove centavos), por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 820.847,59 (oitocentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e nove centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de maio de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Conselheira Relatora