

PROCESSO Nº 1082882015-5

ACÓRDÃO Nº 0179/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: VIA VAREJO S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: ELIANE VIEIRA BARRETO COSTA

Relator: CONSº. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. VÍCIO FORMAL. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PARCIALIDADE. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.*

- *Evidenciada em parte a acusação de falta de recolhimento do ICMS, pela falta de débito do imposto Estadual nos documentos fiscais emitidos. Ficou demonstrado nos autos que parte das notas fiscais denunciadas acobertava mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, o que sucumbiu parcialmente o crédito tributário inicialmente apurado.*

- *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, a recorrente trouxe argumentos que demonstraram equívocos na autuação, com relação ao levantamento dos valores de vendas por ela declaradas. Fato que elidiu parte do crédito tributário denunciado após a devida correção.*

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 do relator pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu

parcial provimento, para alterar, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001211/2015-91, lavrado em 31 de julho de 2015, contra a empresa VIA VAREJO S/A (CCICMS: 16.220.955-0), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 38.470,09 (trinta e oito mil, quatrocentos e setenta reais e nove centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 19.264,41 (dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e quarenta e um centavos), por infringência aos arts. 52 e 54, art. 2º, art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, arts. 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 19.205,68 (dezenove mil, duzentos e cinco reais e sessenta e oito centavos), com fulcro no art. 82, IV, e no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo o montante de R\$ 1.602.593,16 (um milhão, seiscentos e dois mil, quinhentos e noventa e três reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 801.485,07 (oitocentos e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sete centavos), de ICMS, e R\$ 801.108,09 (oitocentos e um mil, cento e oito reais e nove centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Ressalto que poderá ser realizado outro feito fiscal, referente à acusação de FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF, com a descrição correta dos fatos, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

P.R.I.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de abril de 2021.



PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

Processo nº 1082882015-5

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: VIA VAREJO S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: ELIANE VIEIRA BARRETO COSTA

Relator: CONSº. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. VÍCIO FORMAL. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PARCIALIDADE. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.*

- *Evidenciada em parte a acusação de falta de recolhimento do ICMS, pela falta de débito do imposto Estadual nos documentos fiscais emitidos. Ficou demonstrado nos autos que parte das notas fiscais denunciadas acobertava mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, o que sucumbiu parcialmente o crédito tributário inicialmente apurado.*

- *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, a recorrente trouxe argumentos que demonstraram equívocos na autuação, com relação ao levantamento dos valores de vendas por ela declaradas. Fato que elidiu parte do crédito tributário denunciado após a devida correção.*

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 parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001211/2015-91, lavrado em 31 de julho de 2015 contra a empresa VIA VAREJO S/A (CCICMS: 16.220.955-0), em razão das seguintes irregularidades, conforme a descrição dos fatos, abaixo transcritos:

1 -FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, FACE AO LANÇAMENTO A MENOR DO ICMS NOS LIVROS PRÓPRIOS, EM VIRTUDE DO CONTRIBUINTE TER INDICADO NO(S) DOCUMENTO(S) FISCAL(IS) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRIBUTADAS NORMALMENTE COM ALÍQUOTA DE 12%.

AS REFERIDAS IRREGULARIDADES FORAM DETECTADAS PELA ANÁLISE DOS ITENS DISPOSTOS NA MEMÓRIA FITA DETALHE DOS EQUIPAMENTOS DE ECF IBM NÚMERO DE FABRICAÇÃO DE Nº IB031000000008251957, IB031000000008252448 E IB031000000008251168 AUDITADOS.

2 - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributadas pelo ICMS.

NOTA EXPLICATIVA:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, FACE A AUSÊNCIA DE DÉBITO(S) DO IMPOSTO NOS LIVROS PRÓPRIOS (EFD), EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE TER INDICADO NOS ITENS VENDIDOS DO ECF (PERFIL B ARQUIVOS SPED) EM OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS PELO ICMS COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CONFORME PLANILHA EM ANEXO.

3- OMISSÃO DE VENDAS >> 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:

AS DIFERENÇAS ENCONTRADAS SÃO PROVENIENTES DA COMPARAÇÃO DAS INFORMAÇÕES DE VENDAS DECLARADAS NA EFD COMO VENDAS ECF E ÀS INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

Pelo fato, foram enquadradas as infrações no art. 106, II, “a”, c/c, art. 376 e art. 379, arts. 52, 54, art. 2º, art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, 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, II, “e”, IV e V, “a”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 1.641.063,25, sendo R\$ 820.749,48, de ICMS, e R\$ 820.313,77, de multa por infração.

Instrução da acusação e demonstrativos fiscais foram juntados aos autos às fls. 6 a 22.

Cientificada da acusação por via postal, com Aviso de Recebimento, recepcionado em 2/9/2015, fl. 23, a autuada apresentou peça impugnatória, fls. 25 a 56, e anexos às fls. 57 a 127, protocolada em 1º/10/2015, trazendo, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- que a fiscalização teria se utilizado de documentos revestidos de sigilo sem autorização legal;
- que não houve processo administrativo prévio demonstrando a indispensabilidade das informações para o trabalho fiscal, nos termos do art. 6º da LC nº 105/2001;
- que as lavadoras de alta pressão são beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme convênio ICMS 52/91 e nas saídas de aparelhos telefônicos não haveria o que se falar no recolhimento do ICMS tendo em vista se tratar de produto sujeito à substituição tributária;
- requer cancelamento do Auto de Infração ou sua conversão em diligência.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 128, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos à Julgadora Fiscal Gilvia Dantas Macedo, que retornou os autos em diligência para a fiscalização, com o intuito de que fosse anexado aos autos demonstrativo detalhado da denúncia por “indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual”, procedendo os expurgos lançados indevidamente. Procedimento realizado e juntado aos autos às fls. 134 a 136.

Retornando os autos à instância preliminar, a julgadora fiscal decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, condenando a empresa ao crédito tributário no montante de R\$ 1.640.703,98, sendo R\$ 820.544,18 de ICMS e R\$ 820.159,80 de multa por infração, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – DENÚNCIAS COMPROVADAS – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL – APRESENTADAS PROVAS ELIDENTES – CONSEQUENCIA – JULGAMENTO PARCIAL.

As vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito devem corresponder exatamente às informações contidas nas leituras ‘Z’ dos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECFs 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 PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificada da decisão *a quo* por meio de Aviso de Recebimento, recepcionado em 26/12/2016, fl. 150, a autuada apresentou recurso voluntário, fl. 152 a 174, apresentando, em síntese, as seguintes alegações em sua defesa:

- a. Insiste na tese de ilegalidade e constitucionalidade, abordado na Impugnação, sobre a obtenção de informações bancárias sigilosas, sem a existência de processo administrativo prévio;
- b. Ainda sobre a acusação de omissão de vendas, teria havido ofensa aos artigos 5º e 6º da LC 105/01, que não há demonstração de que informações das administradoras de cartão eram indispensáveis para a realização do trabalho fiscal;
- c. Que a instauração de processo administrativo prévio já teria sido decidido pelo STF, sendo objeto de repercussão geral;
- d. Que teria havido exigência do ICMS na acusação de omissão de vendas, com base em operações que não sofreram incidência do tributo estadual;
- e. Alega a recorrente, que as administradoras de crédito e débito não segregaram as operações de venda de mercadorias, serviços, garantias estendidas, etc, e que a fiscalização considerou apenas as operações de vendas registradas nos ECFs;
- f. Afirma que os valores apurados nos ECFs são superiores aos indicados pela fiscalização, que não considerou que nos totalizadores são registradas operações de vendas de mercadorias e serviços, e que nas GIM's consta apenas vendas de mercadorias;
- g. Que a fiscalização não considerou receitas de serviços realizadas pela recorrente, como transporte de cargas, assistência técnica, revelação de fotos e filmes, intermediações e operacionalização de negócios no exterior, consultorias, garantia estendida, etc.;
- h. Que não foi considerado a situação em que as vendas foram realizadas pela empresa autuada, e as saídas das respectivas mercadorias realizadas terem sido feitas por meio de seus depósitos;
- i. O acesso às informações das administradoras de cartões, não retira o ônus da fiscalização de buscar outros documentos, pois as informações ali prestadas seriam insuficientes;
- j. Em relação às operações beneficiadas com a redução de base de cálculo, discorda do posicionamento da instância prima, que não considerou o benefício para as vendas de lavadoras de alta pressão, pois o Convenio ICMS 52/91 não prevê a destinação como condição da sua fruição;
- k. Ao final, requer nulidade ou cancelamento do Auto de Infração em tela.

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

Eis o relatório.

V O T O

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001211/2015-91, lavrado em 31/7/2015, fls. 3 a 5, contra a empresa VIA VAREJO S/A, devidamente qualificada nos autos.

Antes de adentrar o mérito das acusações, necessário se faz a análise do aspecto formal da peça basilar, em que verifico a existência de um vício, em relação apenas à **primeira acusação**.

Com todo respeito à decisão proferida pela nobre Julgadora Fiscal, que analisou a matéria de mérito, peço *venia* para discordar do seu entendimento inerente à denúncia de falta de recolhimento do ICMS, em virtude de irregularidades no uso do ECF, em que decidiu pela procedência da acusação, pois, observo um vício de natureza formal, insuscetível de correção nos próprios autos, no que tange à descrição dos fatos.

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, havendo um descompasso entre a Descrição da Infração e o esclarecimento trazido em Nota Explicativa.

Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional, que é a falta de recolhimento do ICMS, à irregularidades no uso do ECF, a segunda justifica a infração com arribo de que o contribuinte teria indicado nos documentos fiscais alíquota de 12% nas operações com tributação normal, ou seja, sujeitas à tributação de 17%, detectado na análise dos itens comercializados, na memória fiscal dos equipamentos ECF.

Em verdade, o que se depreende dos autos é que o fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo registrado as operações de vendas por ele realizadas com alíquotas a menor, de 12%, quando estas seriam tributáveis com alíquotas de 17%, reduzindo, desta forma, o valor do tributo devido. Assim, o contribuinte não cometeu, ao menos não restou demonstrado, irregularidades no uso dos equipamentos ECF, ou seja, que teria descumprido algum ponto estabelecido no Capítulo VII do RICMS/PB, “AS OPERAÇÕES COM USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF”, conforme indicado nos arts. 376 e 379, que fundamentou a inicial.

Este capítulo regulamenta a forma de uso do referido equipamento, como sua autorização, uso de lacres, transferências do ECF entre lojas (matriz/filial), uso do programa PAF, gravação da memória de Fita Detalhe, características do ECF, sobre a memória fiscal, credenciamento do equipamento, características dos cupons fiscais, entre outros. O fato de o contribuinte codificar os produtos de vendas pelos cupons fiscais, de forma a haver recolhimento a menor não é irregularidade no uso do equipamento ECF, e sim de débito do ICMS calculado a menor.

Portanto, entendo que resta configurado um vício formal previsto no art. 17, II e III da Lei nº 10.094/2013:

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.

Neste sentido, divirjo da decisão exarada pela primeira instância, pela existência do mencionado vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal na acusação**, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

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.

Ressalto que situações similares já foi objeto de decisões deste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão nº 490/2020, de relatoria do digníssimo Conselheiro Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, infracitado:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - FALTA DE PROVAS - ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL - IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

*- A descrição da infração que se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa enseja reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.
- Acusação que não produz instrução probatória suficiente acarreta a improcedência da acusação, por falta de certeza e liquidez do crédito tributário, impossibilitando a defesa do contribuinte na determinação da matéria tributável.*

ACÓRDÃO Nº 490/2020

PROCESSO Nº 1566052015-4

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

Diante das considerações supra, reformo a decisão de primeira instância, com relação à primeira acusação, por existirem razões suficientes para caracterização da nulidade da infração de por “*FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF*”, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta tipificação.

SEGUNDA ACUSAÇÃO: INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.

Vislumbra-se que a acusação em tela se refere à falta de recolhimento do ICMS, por ausência de débito do imposto na EFD, em razão de o contribuinte realizar as operações de saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS, sem destaque do imposto, como sendo substituição tributária. Por tal infração, a fiscalização considerou haver o contribuinte afrontado o artigo 106 c/c os artigos 52, 54, 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e “I”, todos do RICMS/PB.

Na primeira instância, o julgador monocrático acatou parcialmente as alegações da defesa do contribuinte, verificando que a maior parte dos lançamentos denunciados realmente não há débito do imposto por se tratar de comercialização de aparelhos de telefonia, sujeitos ao regime da substituição tributária, conforme legislação vigente – Decreto nº 33.809/13, afastando as respectivas exigências dos períodos de outubro e dezembro de 2014, e de janeiro a abril de 2015, devendo permanecer o crédito tributário referente aos períodos de março, abril e maio de 2014, cujos demonstrativos encontram-se às fls. 134 a 136 dos autos.

Assim, afastando da denúncia as mercadorias que realmente eram sujeitas ao regime da substituição tributária, que não haveria débito do ICMS a ser lançado pelo contribuinte, e considerando que não houve mais manifestação do contribuinte em relação à esta denúncia quanto às demais mercadorias, comungo com a procedência parcial da acusação ora em questão, em conformidade com a decisão da instância *a quo*.

3ª 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.

No tocante a presente acusação de omissão de vendas identificada nos períodos de abril de 2014 a março 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, identificando divergências que indicam, presumivelmente, que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvando 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) suprimimentos 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.)

Considerando, assim como a fiscalização, que a operação cartão de crédito/débito deve ser feita entre as informações das administradoras de cartões e as vendas efetuadas exclusivamente pelas leituras “Z” dos equipamentos ECF, a primeira instância procedeu a acusação ora em destaque.

Em seu recurso voluntário, o contribuinte argumenta a ilegalidade e inconstitucionalidade em relação à obtenção de informações bancárias sigilosas, referindo-se as utilizadas das administradoras de cartões de crédito/débito, contrariando a Lei Complementar nº 105/2001.

Quanto a esta alegação ressalte-se que as informações prestadas pelas instituições administradoras de cartões de crédito/débito não são divulgadas ao público, mas levadas ao conhecimento da Administração Tributária e armazenadas no banco de dados desta Secretaria, por determinação legal, fundamentada no art. 70 da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS), bem como no RICMS-PB em seu art. 389.

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.

Assim, ratifico que o lançamento em questão foi procedido consoante as cautelas da lei, trazendo devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, e quanto a arguição de inconstitucionalidade, esta foge à alçada dos órgãos julgadores, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:
I - a declaração de inconstitucionalidade;
II - a aplicação *de equidade*.

Inclusive, esta matéria já foi sumulada por este Conselho de Recursos Fiscais, na Súmula nº 03, ratificada pela Portaria nº 00311/2019/SEFAZ, publicada no DOE em 19/11/2019. Vejamos:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

Alega ainda, que a fiscalização não teria considerado receitas de serviços realizados pela recorrente, como transporte de cargas, assistência técnica, revelação de fotos e filmes, intermediações e operacionalização de negócios no exterior, consultorias, garantia

estendida, etc, e que as Administradoras de Cartões não segregam as operações de vendas de mercadorias e de serviços. Também chama atenção de que havia situações em que as vendas se realizavam pela empresa autuada, e a saída das mercadorias se dava a partir de seus depósitos.

Diante de tais argumentos, retornei os autos em diligência, fls. 189 e 190, para que a empresa autuada apresentasse provas de suas alegações, que influenciassem na diferença tributária apurada, e que a fiscalização analisasse a repercussão tributária na revisão fiscal, para o Estado da Paraíba.

Para realização da revisão solicitada na diligência, foi designado pela Gerência Operacional de Fiscalização de Estabelecimentos (GOFE) o Auditor Fiscal José Francisco de Brito, que em sua análise dos elementos probatórios fornecidos pela autuada em mídia CD juntado à fl. 197, concluiu que as vendas totais declaradas pelo contribuinte são superiores àquelas fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, com exceção apenas do período de novembro de 2014, que apresentou uma diferença tributável no valor de R\$ 59.024,38, em arrimo no que determina o art. 646, V, do RICMS/PB, conforme Informativo Fiscal, apresentado às fls. 198 a 202.

Pois bem. Inicialmente verifico que as informações prestadas na mídia CD pelo contribuinte, anexa à fl. 197, corresponde às constantes de suas declarações ao Fisco, cujos valores de vendas podem ser visualizados no dossiê do contribuinte, que se observa no sistema ATF desta Secretaria, o que demonstra a inexistência de repercussão tributária na maioria dos períodos denunciados.

A presunção de omissão de vendas estabelecida pelo art. 646 do RICMS, supracitado, ocorre quando há diferenças entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito. O autor da inicial apurou a diferença tributável considerando apenas as vendas declaradas por cupons fiscais, emitidos por ECF, deixando de computar outras vendas com Notas Fiscais, envolvendo tanto mercadorias quanto serviços.

Neste norte, assiste razão o entendimento do auditor fiscal revisor, que considerou a totalidade das vendas declaradas. Contudo, examinando os demonstrativos constantes no dossiê do contribuinte, verifica-se que, equivocadamente, o revisor considerou nas saídas totais, operações que não representava vendas, como transferências de mercadorias, a exemplo de bens de ativo imobilizado, uso e consumo e outros, devendo estas serem excluídas dos valores comparativos com as informações das administradoras de cartões, o que pôde ser verificado facilmente no próprio dossiê, conforme abaixo demonstrado.

Denota-se que mesmo desconsiderando as saídas por transferências, continuou a diferença tributável apenas no mês de novembro de 2014, caracterizando a omissão de vendas presumida, porém, não de R\$ 59.024,38, apurado pelo revisor, mas sim de R\$ 111.938,10, que corresponde ao ICMS devido de R\$ 19.029,48.

Levando em conta que, nos dados apresentados em mídia CD, o contribuinte não demonstrou os casos em que houve vendas realizadas em seu estabelecimento, com as respectivas saídas das mercadorias de seus depósitos, que comprometessem o levantamento fiscal, conforme alegado, considero caracterizada a omissão de vendas detectada no período de novembro de 2014, acima mencionado, considerando a apuração da operação cartão de

crédito constante no Dossiê do contribuinte, demonstrado por meio do *print* abaixo colacionado:

Dossiê do Contribuinte

Contribuinte : 16.220.955-0 VIA VAREJO S/A

Identificação Contatos Sócio Contador Omissão Inadimplência Recolhimento Faturamento Vendas-Atacado Vendas-Varejo CFOP Docs fiscais Apuração Estoque Benefício Fiscalização

Processo Inconsistências Atendimento Ação Judicial

- Período: 04/2014 à 03/2015 (mm/aaaa) *

- Valor: Contábil *

Desconsiderar Transferências

Consultar

Tipo	Período	Total de Vendas	PGDASd	Qtd Estabs SN	ECF/NFCe	Vendas PF	Cartão Créd/Deb	Diferença	Confissão	%
EFD	04/2014	1.622.443,20			691.657,79	1.592.085,50	1.406.267,87	0,00	0,00	0,00%
EFD	05/2014	1.974.142,95			766.030,58	1.958.027,85	1.543.577,01	0,00	0,00	0,00%
EFD	06/2014	1.299.926,21			640.177,58	1.290.554,76	1.031.844,44	0,00	0,00	0,00%
EFD	07/2014	1.243.592,75			468.915,59	1.234.075,73	1.009.742,88	0,00	0,00	0,00%
EFD	08/2014	1.680.392,43			683.611,46	1.651.452,03	1.423.674,58	0,00	0,00	0,00%
EFD	09/2014	1.696.729,73			655.958,38	1.681.765,83	1.326.839,64	0,00	0,00	0,00%
EFD	10/2014	1.828.260,04			705.054,24	1.703.056,14	1.486.476,52	0,00	0,00	0,00%
EFD	11/2014	2.116.619,48			1.040.659,46	2.087.584,20	2.228.557,58	111.938,10	0,00	0,00%
EFD	12/2014	1.928.861,31			647.237,93	1.902.477,91	1.243.305,44	0,00	0,00	0,00%
EFD	01/2015	1.910.581,50			768.292,42	1.894.646,60	1.529.709,15	0,00	0,00	0,00%
EFD	02/2015	2.018.180,82			572.466,61	2.018.667,15	1.062.186,20	0,00	0,00	0,00%
EFD	03/2015	2.117.629,14			548.977,10	2.099.157,69	1.117.401,59	0,00	0,00	0,00%

12 Registro(s) encontrado(s)

Exportar: PDF Excel CSV XML

Assim, diante das considerações supra, acato parcialmente os argumentos da recorrente, reformando a decisão monocrática quanto a acusação ora em comento.

Destarte, com as devidas correções acima evidenciadas, deve o crédito tributário total ser constituído de acordo com o quadro resumo abaixo:

INFRAÇÃO	FATO GERADOR		ICMS devido	MULTA	TOTAL
OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO	01/04/2014	30/04/2014	-	-	-
	01/05/2014	31/05/2014	-	-	-
	01/06/2014	30/06/2014	-	-	-
	01/07/2014	31/07/2014	-	-	-
	01/08/2014	31/08/2014	-	-	-
	01/09/2014	30/09/2014	-	-	-
	01/10/2014	31/10/2014	-	-	-
	01/11/2014	30/11/2014	19.029,48	19.029,48	38.058,96
	01/12/2014	31/12/2014	-	-	-
	01/01/2015	31/01/2015	-	-	-
INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES	01/02/2015	28/02/2015	-	-	-
	01/03/2015	31/03/2015	-	-	-
	01/03/2014	31/03/2014	38,93	29,20	68,13
	01/04/2014	30/04/2014	69,01	51,76	120,77
	01/10/2014	31/10/2014	-	-	-

DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.	01/12/2014	31/12/2014	-	-	-
	01/01/2015	31/01/2015	-	-	-
	01/02/2015	28/02/2015	-	-	-
	01/03/2015	31/03/2015	-	-	-
	01/04/2015	30/04/2015	-	-	-
	01/05/2014	31/05/2014	126,99	95,24	222,23
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF.	01/10/2014	31/10/2014	-	-	-
	01/11/2014	30/11/2014	-	-	-
	01/12/2014	31/12/2014	-	-	-
	01/01/2015	31/01/2015	-	-	-
	01/02/2015	28/02/2015	-	-	-
	01/03/2015	31/03/2015	-	-	-
CRÉDITO TRIBUTÁRIO			19.264,41	19.205,68	38.470,09

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para alterar, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001211/2015-91, lavrado em 31 de julho de 2015, contra a empresa VIA VAREJO S/A (CCICMS: 16.220.955-0), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 38.470,09 (trinta e oito mil, quatrocentos e setenta reais e nove centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 19.264,41 (dezenove mil, duzentos e sessenta e quatro reais e quarenta e um centavos), por infringência aos arts. 52 e 54, art. 2º, art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, arts. 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 19.205,68 (dezenove mil, duzentos e cinco reais e sessenta e oito centavos), com fulcro no art. 82, IV, e no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo o montante de R\$ 1.602.593,16 (um milhão, seiscentos e dois mil, quinhentos e noventa e três reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 801.485,07 (oitocentos e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sete centavos), de ICMS, e R\$ 801.108,09 (oitocentos e um mil, cento e oito reais e nove centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Ressalto que poderá ser realizado outro feito fiscal, referente à acusação de FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF, com a descrição correta dos fatos, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de abril de 2021.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator