

PROCESSO Nº 1590332017-1

ACÓRDÃO Nº 0241/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ANTÔNIO FERNANDES BARBOSA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ME

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - POMBAL.

Autuante : JAILDO GONÇALVES DOS SANTOS

Relatora: CONS^a. SUPLENTE LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CONFIGURADA - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, nos termos do artigo 646, V, do RICMS/PB.*

- *Apresentação/retificação da EFD/SPED após o início da fiscalização afasta o instituto da denúncia espontânea.*

- *Mantida a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal.*

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

A C O R D A M Segunda Câmara 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 *desprovemento*, para manter inalterada a sentença monocrática e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002528/2017-07 (fl. 03), lavrado em 21 de outubro de 2017, contra a empresa, ANTÔNIO FERNANDES BARBOSA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ME, estabelecimento com inscrição Estadual nº 16.136.007-7, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 53.560,92 (cinquenta e três mil, quinhentos e sessenta reais e noventa e dois centavos), sendo de ICMS o valor de R\$ 26.780,46 (vinte e seis mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos), por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/c artigo 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97, com propositura de multa por infração na importância de R\$ 26.780,46 (vinte e seis mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos), arremada no artigo 82, inciso V, alínea “a”, da Lei n.º 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de maio de 2021.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico



PROCESSO Nº 1590332017-1

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente : ANTÔNIO FERNANDES BARBOSA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ME

Recorrida : GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS – GEJUP.

Preparadora : UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ – POMBAL.

Autuante : JAILDO GONÇALVES DOS SANTOS

Relatora : CONS^a.SUPLENTE LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CONFIGURADA – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, nos termos do artigo 646, V, do RICMS/PB.*

- *Apresentação/retificação da EFD/SPED após o início da fiscalização afasta o instituto da denúncia espontânea.*

- *Mantida a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal.*

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002528/2017-07 (fl. 03), lavrado em 21 de outubro de 2017, relativamente a fatos geradores ocorridos em dezembro de 2014, em desfavor da Empresa epigrafada, constam as seguintes denúncias:

0563 - 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: *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.*

Em decorrência deste fato, a Autoridade Fazendária lançou de ofício o crédito tributário total no montante de **R\$53.560,92** (cinquenta e três mil, quinhentos e sessenta reais e noventa e dois centavos), sendo **R\$26.780,46** (vinte e seis mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/c Art. 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97; e **R\$26.780,46** (vinte e seis mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos), de multa por infração arimada no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Notificada regularmente, via Aviso de Recebimento - AR JR884624716 BR, desta ação fiscal, em 02 de novembro de 2017, (fl. 24 e 25), a acusada interpôs, tempestivamente, petição reclamatória (fl. 26 até 28) alegando, em síntese:

- A empresa, no mês de dezembro de 2014, teve um faturamento de R\$ 676.006,98, conforme relatório da EFD;
- A empresa transmitiu a EFD regularmente e ao verificar junto ao Sistema ATF, consta a apuração do referido mês;
- Requer a improcedência do auto de infração, ante a ausência de provas do fato alegado.

Sem informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 37), foi lavrado o Termo de Conclusão, sendo os autos foram remetidos para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos ao julgador fiscal, Heitor Collett, que decidiu pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal (fls. 40 - 46), nos termos da ementa abaixo transcrita:

OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CONFIGURADA.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, nos termos do artigo 646, V, do RICMS/PB. Mantida a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão de primeira instância, em 09/11/2020, a autuada apresentou recurso voluntário tempestivo, em 09/12/2020 (fls. 48 - 59), alegando em apertada síntese, o que segue:

- Não obstante, as informações fornecidas pela administradora do cartão de crédito de valores não condizentes com as notas fiscais emitidas, cumpre esclarecer que se trata de erro no SPED, o qual foi corrigido;
- Que a utilização dos dados bancários fornecidos pelas empresas de cartões de crédito sem prévia autorização judicial configura afronta aos ditames constitucionais de competência da administração e das garantias fundamentais;

Ao longo do recurso transcreve variados trechos de doutrinadores jurídicos e jurisprudência de Tribunais afim de robustecer sua tese; e ao final pugna pelo acolhimento do presente recurso, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso *voluntário* contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002528/2017-07, lavrado em 21 de outubro de 2017, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Inicialmente, deve ser reconhecido que na elaboração do auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional¹ e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13², estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza das infrações, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, com fulcro no que estabelecem ainda os artigos, 14, 15 e 16 da Lei nº 10.094/13³.

Ademais disso, da análise dos autos observa-se que foram oportunizados à autuada todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Registre-se, ainda, a observância do prazo estabelecido no art. 77, caput, da Lei 10.094/2013 e, por conseguinte, a tempestividade do recurso voluntário ora em apreço.

MÉRITO

¹ 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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

² 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.

³ 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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

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.

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.

ACUSAÇÃO: 0563 - OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO

Adentrando no mérito, pela matéria tratada no relato acima, está em discussão denúncia relativa à omissão de vendas, detectada por meio da operação cartão de crédito/débito referente ao mês de dezembro de 2014, conforme demonstrado nas planilhas inseridas pela auditoria nos autos, nas quais constam relatórios detalhados extraídos da EFD do contribuinte relativamente às vendas por ele realizadas no período auditado, bem como o detalhamento das aludidas operações fornecidos pelas operadoras de cartões de crédito/débito (fls. 07 – 20).

É cediço que, na execução das auditorias decorrentes da operação cartão de crédito ou de débito, o Fisco compara as vendas declaradas à Fazenda Estadual, pelos contribuintes, com as informações prestadas à Receita Estadual pelas administradoras de cartões. E, uma vez constatadas divergências, presume-se que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do ICMS devido, ressalvando ao contribuinte provar a improcedência da presunção, conforme preconizam os artigos 158, I, e 160, I, c/c artigo 646, V, todos do RICMS/PB, *in verbis*:

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;

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:

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

Da intelecção dos dispositivos supra mencionados infere-se não apenas a materialidade da infração, como também a legalidade do procedimento fiscalizatório relativo à infração ora em apreço, não havendo que se falar em incompetência da autoridade administrativa, *in casu*, como pretendido pela recorrente, uma vez que tal procedimento encontra respaldo da legislação tributária de regência.

Ademais disso, no presente caso, restou configurada a infração em debate, visto que, as informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito/débito à Fazenda Estadual, superaram aos valores das vendas declaradas pelo próprio contribuinte, conforme relatórios extraídos do Sistema ATF desta Secretaria, à época da realização da Auditoria Fiscal (dossiê do contribuinte), os quais representam os valores totais das vendas declaradas pelo próprio contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD/SPED e os valores declarados pelas operadoras de cartões de crédito/débito.

Ressalte-se que tais documentos, extraídos da EFD/SPED à época da Fiscalização, constituem elementos suficientes para o Fisco presumir que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do ICMS devido, no mês de dezembro de

2014, em que os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito superaram os valores de vendas declarados pelo contribuinte.

Insta ainda mencionar que a Empresa ora autuada, está obrigada a apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD/SPED, desde janeiro de 2012, conforme consulta ao Sistema ATF desta Secretaria.

Insiste a recorrente em afirmar que tais divergências apuradas pela fiscalização foram resultado de erro no SPED, o que fora devidamente corrigido.

Não obstante, como bem observou o julgador singular, a cópia do RECIBO DE ENTREGA DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL, relativo ao mês de dezembro de 2014, fornecido pela autuada quando da apresentação de sua impugnação, consta como data de entrega/transmissão em 04/11/2017, às 11:13:25 horas, tendo sido processada no mesmo dia. Senão vejamos:

12/2014	04/11/2017 11:13:29	04/11/2017 10:59:04	16.136.077-7 ANTONIO FERNANDES B MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ME
---------	---------------------	---------------------	--

E da análise dos autos é de fácil constatação que a autuada foi cientificada, via Aviso de Recebimento – AR, do presente auto de infração, em 02/11/2017 (fl. 25).

Logo, a conclusão não pode ser outra que não seja a de que a apresentação/retificação da EFD/SPED, se deu em momento posterior à notificação do presente feito fiscal.

Nesse esteio, o instituto da denúncia espontânea, prevista no artigo 138 do CTN e no artigo 157 da Lei 10.094/2013, não se aplica ao presente caso, e por conseguinte, não terá o condão de excluir a acusação e a consequente penalidade aplicada.

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. (grifo nosso)

Art. 157. A responsabilidade por infração decorrente do não cumprimento de obrigação tributária será excluída pela denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo devido e de juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou ação fiscal relacionada com o período em que foi cometida a infração, exceto nos casos em que dispuser a legislação. (grifo nosso)

Nesse ínterim, trilhou bem o julgador monocrático ao concluir que:

“Assim, não pode ser considerada a EFD/SPED apresentada/retificada, referente ao mês de dezembro de 2014, para fins de acolhimento das alegações da defesa, de que não ocorreram as omissões imputadas e conseqüente exclusão ou modificação do crédito tributário lançado de ofício no presente auto de infração.

Dessa forma, nada mais adotou o auditor fazendário do que as imposições contidas nos dispositivos da legislação tributária em vigor, resguardando de forma imperiosa o princípio da legalidade ao qual são obrigados a observar.”

Portanto, uma vez constatada a infração ora debatida, impõe-se, de maneira acertada, a aplicação da penalidade inserta no art. 82, inciso V, alínea “a” da Lei 6.379/96, senão vejamos:

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

V - de 100% (cem 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;

Assim, permanece a violação legal apontada na acusação, tendo em vista que, não foram apresentados pela recorrente quaisquer elementos impeditivos ou modificativos da autuação.

Ademais disso, quanto a alegação ventilada no recurso voluntário de que a atuação fiscal afrontaria à Constituição, cabe ressaltar que foge à alçada dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade, nos termos dos arts. 55 e 72-A, da Lei 10.094/2013, abaixo transcritos:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

Além do dispositivo supra, acrescento o disposto na Súmula nº 3 desta Corte Administrativa, ratificada pela Portaria nº 311/2019/SEFAZ, de 18 de Novembro de 2019:

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

Por fim, reitero a legitimidade da técnica de auditoria utilizada pela fiscalização, restando configurada a subsunção da conduta da Autuada às disposições contidas nos artigos apontados como infringidos pela Representante Fazendária, bem como corroboro, em todos os seus termos, a decisão proferida pela instância prima, com base em todo o exposto e por tudo o que dos autos consta.

E, nesses termos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença monocrática e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002528/2017-07 (fl. 03), lavrado em 21 de outubro de 2017, contra a empresa, ANTÔNIO FERNANDES BARBOSA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ME, estabelecimento com inscrição Estadual nº 16.136.007-7, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 53.560,92 (cinquenta e três mil, quinhentos e sessenta reais e noventa e dois centavos), sendo de ICMS o valor de R\$ 26.780,46 (vinte e seis mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos), por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/c artigo 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97, com propositura de multa por infração na importância de R\$ 26.780,46 (vinte e seis mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos), arremada no artigo 82, inciso V, alínea “a”, da Lei n.º 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por videoconferência, em 19 de maio de 2021.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora

03 de Fevereiro de 1832