



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 016/2019

12ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 26 de março de 2019.

PROCESSO DE RECURSO Nº.: 1/4099/2017 AUTO DE INFRAÇÃO Nº : 1/201705481

RECORRENTE: VIA VAREJO S/A – CGF: 06.573.348-7

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS.: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

AUTUANTE: TEREZA CRISTINA AGUIAR CIARLINI

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITA. Mercadorias sujeitas à Substituição Tributária. Resultado apresentado no confronto TEF x SPED. Período da Infração: 01/2012 A 05/2013;08/2013 A 09/2013;11/2013 A 12/2013. Decisão amparada no art. 92 § 8º inciso III da Lei Nº 12.670/96. Penalidade prevista no Art. 123, III, "b" c/c art. 126 da Lei Nº 12.670/96 alterado pela Lei Nº 13.418/03. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. **AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.**

PALAVRAS-CHAVE: MULTA – OMISSÃO DE RECEITA – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - CONFRONTO ENTRE TEF X SPED - MERCADORIAS SUJEITAS A ST PELA ENTRADA — PROCEDENCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: "OMISSAO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVES DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAU CONTABIL, REFERENTE A MERCADORIAS ISENTAS, NAO TRIBUTADAS OU SUJEITAS A SUBSTITUICAO TRIBUTARIA.

CONSTATOU-SE DIFERENCA ENTRE OS VALORES DAS OPERACOES DE VENDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUICAO TRIBUTARIA DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE NA EFD E OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTAO EM 2012 E 2013. "

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Art. 92, §8º, III da Lei nº 12.670/96 e sugere como Penalidade: Art. 126 da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

A empresa apresenta defesa às fls. 81 a 95, com o seguinte argumento e solicitação:

- ✓ Que a legislação que supostamente determina a penalidade aplicada aponta tão somente a base de cálculo da penalidade imposta questiona-se: de onde surgiram os valores apontados como "Multa" nas Informações Complementares.
- ✓ Que a manifestação da Administração deve ser produzida por meio dos seus agentes através de pronunciamentos que preencham requisitos de forma e fundo, dirigindo-se a fins do interesse público;
- ✓ Que não pode a fiscalização simplesmente fazer a indicação de qualquer dispositivo no corpo do Auto de Infração e intimar o contribuinte a pagar;
- ✓ Que a indicação omissa e insuficiente causa grave prejuízo ao exercício do direito de defesa do autuado.
- ✓ Que o agente do fisco não examinou os livros fiscais, as notas fiscais e os cupons fiscais e não fiscais emitidos pela impugnante durante o período fiscalizado, efetuando o lançamento unicamente com base em presunções e indícios, vez que somente foram mencionadas as informações apuradas com as operadoras de cartões de crédito/débito em comparação com o livro fiscal eletrônico apresentado pelo contribuinte;
- ✓ Que há violação ao sigilo das operações das instituições financeiras, constata-se que não houve processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso para que fosse permitido à autoridade fazendária quebrar o sigilo bancário da impugnante;
- ✓ Que o auto de infração deve ser suficientemente claro para a compreensão do contribuinte — ocorre que, no presente caso, os fiscais realizaram um lançamento completamente deficiente, quase impossível de ser compreendido, confrontando dados de operadoras de cartões de crédito/débito com o livro fiscal eletrônico do contribuinte;
- ✓ Que a metodologia adotada evidencia o cerceamento de defesa, na medida em que a impugnante não tem como saber exatamente quantas operações se enquadrariam



dentro das omissões de saída apontadas, assim como o período em que as mesmas ocorreram, até para que possa contrapor com argumentos e a efetiva realização de saídas de mercadorias amparadas por documentos fiscais.

- ✓ Que é completamente nulo o Auto de Infração.
- ✓ Que a fiscalização presumiu que houve falta de recolhimento de ICMS em razão de divergências existentes entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e o livro eletrônico da impugnante;
- ✓ Que a autuação é equivocada, na medida em que não são todas as operações feitas com cartões de crédito ou débito que se enquadram na hipótese de incidência do ICMS, como por exemplo os juros nas vendas a prazo, financiamentos, e os valores de garantia estendida ofertada aos clientes;
- ✓ Que grande parte da diferença apurada pela fiscalização refere-se a valores que compõem a parcela denominada "garantia estendida";
- ✓ Que à luz do artigo 142 do CTN — Código Tributário Nacional, é dever do Fisco apresentar provas, não tendo obrigação o contribuinte de fazer provas negativa e demonstrar que nem todos os valores recebidos por cartões de crédito estão sujeitos à incidência do ICMS;
- ✓ Que em demonstração de boa-fé, a impugnante apresenta a demonstrando a correta apuração do imposto e a documentação comprobatória de que diversos valores não fazem parte da base de cálculo do ICMS;
- ✓ Por fim, requer que seja o Auto de Infração julgado nulo, improcedente, ou, ainda que se entenda que o lançamento seja válido, a redução da penalidade.;

A julgadora monocrática julga pela PROCEDÊNCIA da autuação às fls. 260 a 271, conforme ementa:

“Ementa: Omissão de receitas. Mercadorias sujeitas à substituição tributária. Diferença a maior entre as vendas realizadas por meio de cartão de crédito e as registradas pelo contribuinte, em 2012 e 2013. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Infringência aos artigos 82, inciso X e 82-A da Lei nº 12.670/1996 (alterada pela Lei no 13.975/2007), bem como artigos 127, 169, I, 174, I, e 827, § 8º., inciso III, 874 e 877, do Decreto 24.569/1997. Penalidade prevista no artigo 126 da Lei nº 12.670/1996 (alterado pela Lei 13.418/2003). Defesa tempestiva. ”

A empresa apresenta recurso ordinário as fls. 276 a 291, com mesmos seguintes argumentos e solicitações:

- Que o auto de infração é nulo em virtude da obtenção de provas por meio ilícito, pois as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras, que é necessário a existência de processo administrativo em curso, para que os dados sejam obtidos. Ou



seja, o sigilo deve ser preservado, sendo autorizado ao poder público, apenas no cumprimento das obrigações de fiscalização e percepção das características econômicas do contribuinte, a verificação destes dados, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei.

- Que não houve processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso para que fosse permitido a Autoridade Fazendária quebrar o sigilo bancário da Recorrente;
- Que esse método de fiscalização torna o ICMS uma espécie de "imposto sobre operações de cartão de crédito-débito", o que foge completamente do objetivo insculpido na Constituição Federal e na Legislação que prevê o "imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre Prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;
- Que produziu contraprova suficiente e, inclusive, superior ao valor exigido na autuação, e confunde a própria natureza da infração apontada;
- Que a indicação da legislação pertinente ao caso é INEXISTENTE, OMISSA E INSUFICIENTE, causando um grave prejuízo ao exercício do direito de defesa do sujeito passivo autuado, no caso a Recorrente, por ausência de motivação, sendo totalmente inválido o lançamento;
- Que grande parte da diferença apurada pela fiscalização refere-se a valores que compõem a parcela denominada "garantia estendida";
- Que a autoridade administrativa não examinou os livros fiscais, as notas fiscais e os cupons fiscais e não fiscais emitidos pela Recorrente durante os períodos autuados, tendo efetuado o lançamento unicamente baseado em presunções e indícios;
- Ao final requer:
 1. Que seja reformada a decisão recorrida e julgado nulo o auto de infração em comento, na forma requerida nos itens anteriores;
 2. Caso assim não se entenda, que seja julgado improcedente o auto de infração;
 3. E em último caso, que se entenda que o lançamento é válido, requer a redução da penalidade aos legais ou, alternativamente, aos limites da Constituição Federal.

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls 298 a 300, em seu Parecer nº 57/2019, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pela manutenção da decisão do Julgador Monocrático de PROCEDENCIA do auto de infração.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular de procedente.

Eis, o relatório.

VOTO:

Os argumentos trazidos ao processo pela empresa autuada não resistem aos fatos, conforme demonstrado adiante.

QUANTO AS NULIDADES

REDUÇÃO DA MULTA AOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Quanto a alegação de solicitação de redução da multa aos limites constitucionais, entendo que não se deve conhecer deste, pois vedado pela Lei Nº 15.614/2014, in verbis:

“Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

- I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;
- II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;
- III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal.”

DA ILEGALIDADE DAS PROVAS

Quanto a alegação de que é nulo o auto de infração em virtude da obtenção de provas por meio ilícito, pois as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras, que é necessário a existência de processo administrativo em curso, para que os dados sejam obtidos, entendo que deve ser afastada, pois a empresa estava com procedimento administrativo aberto através de um Mandado de Ação Fiscal de nº 2016.16737, que é um procedimento administrativo e para não sermos repetitivos nos posicionamos em conformidade com o parecer que ora reproduzimos:

“Cumpra-se, de início, opinar pelo afastamento do argumento de quebra de sigilo bancário visto que, para além do disposto no inciso do II art. 197 do de

Código Tributário Nacional (CTN) dos ans. 82 e 82-A da Lei 12.670/96 que determinam as administradoras de cartão de crédito/débito o fornecimento de informações sobre operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam por meio de seus sistemas de créditos, débitos ou similares, veio o Supremo Tribunal Federal (STF) declarar a constitucionalidade do art. 5º e, em especial, do art 6º da Lei Complementar 105/2001, no julgamento das ADIS 2386, 2390, 2397, 2859 e RE 601314, com comando que permite aos fiscos o acesso dos dados bancários dos contribuintes, com entendimento esposado de não se tratar de quebra de sigilo mas tão somente de transferência do referido dever de sigilo às Administrações Tributárias. Isso posto, não deve ser acolhido tal argumento.”

QUANTO A NULIDADE POR ERRO DE METODOLOGIA

Quanto ao argumento de nulidade, pois metodologia impropria para a acusação, entendo que deve ser afastada, pois a metodologia realizada do cruzamento das informações das operações declaradas pelas administradoras com as informações declaradas pelo contribuinte é procedimento corriqueiro nas ações fiscais efetuadas pelos diversos fiscos, municipal, estadual e federal, aceitado nas atividades desenvolvidas da auditoria fiscal do Estado do Ceará e com várias decisões no âmbito do Contencioso Administrativo Tributário do Ceará (CONAT), daí que não há que se falar em autuação baseada em indícios e presunções.

Possi ainda de previsão legal contida nos art. 1º e 2º da Norma de Execução 03/11 de sorte a caracterizar a omissão de receita insculpida no art. 92, § 8º, III da Lei 12.670/96.

QUANTO A NULIDADE POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

Quanto ao argumento de que a indicação da legislação pertinente ao caso é INEXISTENTE, OMISSA E INSUFICIENTE, e que causa um grave prejuízo ao exercício do direito de defesa do sujeito passivo autuado, por ausência de motivação, sendo totalmente inválido o lançamento, verifica-se que a empresa não deixou em nenhum momento de se defender da autuação de omissão de receita, portanto, entendo que este argumento deve ser afastado.

DO MERITO

A empresa em sua irresignação apresenta planilhas e documentos, mas não consegue fazer uma correlação para desconstituir a autuação.

É bom salientar que a documentação acostada pela empresa, tais como Termo de Autorização de Cobrança de Prêmio de Seguro sequer faz menção a forma de pagamento, nem mesmo

uma vinculação com a empresa fiscalizada e atuada, do mesmo modo as planilhas inseridas no "CD" às fls. 235 também não fazem vinculação ou contraponto a autuação.

Examinando a autuação verifica-se que o agente do fisco fez prova da acusação da falta de emissão de documento fiscal, através do confronto entre o SPED e os dados do cartão de crédito, e constatou que a houve saída de mercadorias sem documento fiscal, neste caso, os produtos da omissão de saída são sujeitos a substituição tributária pela entrada, portanto a autuação não há lançamento do ICMS, somente de multa, portanto encontrada o ilícito enquadrados na penalidade contida no inciso III, "b" do artigo 123 da LEI Nº 12.670, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996, entretanto como se trata de infração decorrente de operações com mercadorias deve-se aplicar o art. 126 da mesma lei, vejamos:

"Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

(...)

III - relativamente à documentação e à escrituração:

b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;"

"Art.126. As infrações decorrentes de operações com mercadoria ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido, bem como as amparadas por não-incidência ou contempladas com isenção incondicionada, ficam sujeitas à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação."

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça em parte do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para manter a decisão de procedência de 1ª. Instância, nos Termos do Julgamento Singular e em conformidade com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTARIO

	TOTAL GERAL
MULTA	188.112,76
TOTAL	188.112,76

É o voto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **Recorrente:** VIA VAREJO S/A – CGF: 06.573.348-7 e **Recorrido:** CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e deliberar nos seguintes termos: 1 - Em referência à preliminar de nulidade do auto de infração suscitada pela parte sob a alegação de impropriedade da metodologia empregada pelo Agente Fiscal, que implica em cerceamento do direito de defesa - foi afastada, por unanimidade de votos, sob o entendimento de que o método utilizado é seguro para apontar a infração, bem como em face da ausência de contraprovas apresentadas pela parte. 2 – Com relação à preliminar de nulidade suscitada pela parte sob a alegação de que as provas foram obtidas por meios ilícitos, decorrentes da quebra do sigilo bancário – afastada por unanimidade de votos, considerando que as provas são lícitas, uma vez que as administradoras de cartões de crédito e débito têm o dever legal de prestar informações ao Fisco. 3- No mérito, por unanimidade de votos, a 4ª Câmara de Julgamento resolve negar provimento ao Recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza,
aos 15 de ABRIL de 2019.


Lúcia de Fátima Galou de Araújo

PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Augusto Feixeira

CONSELHEIRO


Ivete Maurício de Lima

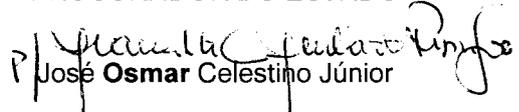
CONSELHEIRA


Michel André Bezerra Lima Gradvohl

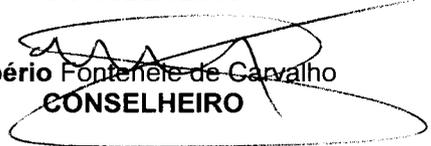
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza

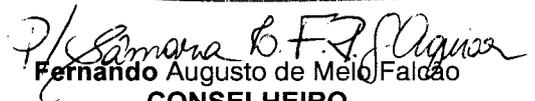
PROCURADOR DO ESTADO


José Osmar Celestino Júnior

CONSELHEIRO


Robério Fontenele de Carvalho

CONSELHEIRO


Fernando Augusto de Melo Falcão

CONSELHEIRO