



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

RESOLUÇÃO Nº 54/2019

12ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 26 DE MARÇO DE 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4098/2017 AI Nº 1/2017.05496

RECORRENTE: VIA VEREJO S/A

CGF: 06.573.348-7

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO AUGUSTO DE MELO FALCÃO

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. SAÍDAS SEM NOTA FISCAL. COMPARATIVO DAS INFORMAÇÕES DAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO COM A EFD. PROCEDENTE. Afastada nulidade sobre a impropriedade da metodologia aplicada, considerando o art. 92, III, da Lei nº 12.670/96. Afastada nulidade de que as provas foram obtidas através de meio ilícito. A previsão legal está descrita no art. 82, X e art. 82-A, ambos da Lei nº 12.670/96, bem o STF já julgou pela constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, concedendo aos fiscos acesso aos dados bancários dos contribuintes. Decisão por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Palavras Chaves: ICMS. Omissão de Receitas. Omissão de vendas. Administradoras de Cartão de Crédito. Sigilo Bancário.

RELATÓRIO

O presente auto de infração trata de omissão de receitas detectadas através do confronto entre as informações apresentadas na EFD e os valores informados pelas administradoras de cartões, nos exercícios de 2012 e 2013, gerando um lançamento de R\$ 2.202.795,69 (dois milhões duzentos e dois mil setecentos e noventa e cinco reais e sessenta e nove centavos) a título de ICMS e multa no valor de R\$ 3.887.286,53 (três milhões oitocentos e oitenta e sete mil duzentos e oitenta e seis reais e cinquenta e três centavos).

Apontou como violado o artigo 92, § 8º, da Lei nº 12.670/96, sugerindo a penalidade inserta no artigo 123, III, "b", também da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2013.

Nas Informações Complementares, acostada às fls. 03 a 13, o Demonstrativo de Crédito Tributário aponta que em todos os meses de 2012 e 2013 foram encontradas diferenças, com exceção dos meses de junho, julho e outubro de 2013.

O titular da ação fiscal, no decorrer do procedimento fiscalizatório, solicitou informações a empresa, para que justificasse as diferenças encontradas. A empresa se manifestou dizendo que tinha prestações de serviços, que não eram tributadas pelo ICMS.

Como a empresa não apresentou provas suficientes, a fiscalização emitiu novo termo para que a empresa preenchesse Quadro Demonstrativo das Notas Fiscais NF1 e NFe, Demonstrativos das Notas Fiscais de Serviços, dentre outros. Desta vez a empresa ficou-se inerte.

Impugnação às fls. 85 a 96, acompanhada de procurações, estatuto social, comprovantes de pagamentos de DAEs, bilhetes de garantia de seguros, que, em síntese, sob as seguintes alegações:

- Nulidade do auto de infração, sob o argumento de que fora lavrado por indícios, pois não fora examinada nenhuma nota fiscal, livros fiscais, cupons fiscais e cupons não fiscais;
- Quebra do sigilo fiscal;
- A metodologia adotada implica em cerceamento ao direito de defesa;

- Várias operações não compõem a base de cálculo do ICMS;
- Compete ao fisco provar as operações que compõem a base de cálculo, e não ao contribuinte fazer prova negativa.

Julgamento do Auto de Infração pelo Julgador Singular pela procedência, fls. 262/272.

Inconformado o contribuinte apresenta Recurso Ordinário, fls. 277/292, alegando:

- Equívoco da decisão recorrida, que não entendeu os argumentos da defesa, que produziu contraprova suficiente;
- Ausência de indicação dos critérios mínimos para aplicação da multa;
- Nulidade do auto de infração, tendo em vista o que o lançamento se deu com base em presunções e indícios, pois nenhum livro fiscal, nota fiscal, cupom fiscal e não fiscal, foram examinados pela autoridade lançadora;
- Nulidade por que não houve processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal que permitisse autoridade fazendária quebrar o sigilo fiscal da recorrente
- Que a metodologia adotada implica em cerceamento ao direito de defesa, pois não se sabe quantas operações se enquadram como omissão de saídas;
- Que encargos financeiros não são base de cálculo do ICMS, citando jurisprudências dos tribunais superiores.

Requer a nulidade do auto de infração, ou a improcedência, ou ainda a redução da penalidade ao mínimo legal.

A Célula de Assessoria Processual Tributária, em seu Parecer nº 056/2019, presente às fls.299 e 301, adotado pelo representante da Doutrina

Procuradoria do Estado, se manifesta pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão monocrática de procedência.

Eis o Relatório. Passo ao Voto.

VOTO DO RELATOR

O presente Auto de Infração alega que o sujeito passivo omitiu receitas nos anos de 2012 e 2013, pois as operações com cartões foram em valores superior àqueles informados na EFD.

Os argumentos do contribuinte, por mais bem concatenados que estejam, não são suficientes para afastar a acusação, que se encontra com elementos convincentes, ao contrário da defesa que teve oportunidade até mesmo na fase do procedimento fiscalizatório, mas não trouxe provas para afastar a acusação.

A autoridade fazendária apresentou Relatórios contundentes da diferença entre as informações das operadoras de cartão e da declaração na EFD, produzidas pela própria parte.

Compete ao autuado apresentar contraprovas eficazes, que contraditem as da acusação, sob pena de ser validado o lançamento fiscal.

Ao contrário do que pretende o autuado, não se trata de produzir prova negativa, prova contra si próprio, de inversão do ônus da prova, mas sim a necessidade de produzir prova modificativa, pois as provas da acusação são pertinentes.

Não se trata de presunções e indícios! Os elementos de acusação são robustos. São informações prestadas pelas administradoras de cartões confrontadas com informações do próprio autuado. Procedimento albergado pelo Contencioso Administrativo Tributário Alencarino.

Se existem operações que não deveriam ter composto a base de cálculo do ICMS, caberia ao autuado colacionar essas provas aos autos, fazendo a relação do pagamento no cartão com a nota fiscal de serviço ou documento que comprovasse a operação.

O argumento de cerceamento ao direito de defesa, de igual sorte, não deve prosperar.

É que, como já relatado, o Auditor Fiscal concedeu oportunidade para apresentação de justificativas e provas, a fim de rechaçar qualquer possibilidade de injustiça, mas não teve retorno. Ademais, a acusação é clara e precisa, dando total oportunidade de apresentar a defesa técnica.

Quanto a quebra do sigilo fiscal, afasto pelos mesmos fundamentos do Parecer da Consultoria Tributária, cujo trecho ora transcrevo:

Cumpre-se, de início, opinar pelo afastamento do argumento de quebra de sigilo bancário visto que, para além do disposto no inciso II do art. 197 do Código Tributário Nacional (CTN), dos arts. 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 segredo às Administrações Tributárias. Isso posto, não deve ser acolhido tal argumento.

A bem da verdade, as administradoras de cartões de crédito têm o dever legal de fornecer os dados ao fisco, sob pena de serem punidas com auto de infração, na forma da Lei nº 12.670/96:

Art. 82. Mediante intimação escrita, são obrigados a exibir ou entregar, conforme o caso, mercadoria, documentos, livros, papéis ou arquivos eletrônicos, de natureza fiscal ou comercial relacionados com o ICMS, bem como prestar informações solicitadas pelo Fisco:
X - as administradoras de cartões de crédito ou débito, ou estabelecimento similar; (GN)

Art.82-A. Sem prejuízo do disposto no inciso X do art. 82, as **administradoras de cartões de crédito** ou débito, ou estabelecimento similar, **ficam obrigadas a fornecer à Secretaria da Fazenda do Estado, nas condições previstas em regulamento específico, as informações sobre as operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam feitos por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.** (GN)

Art. 123:

VIII – (...)

m) **deixar a administradora de cartão de crédito** ou de débito, ou estabelecimento similar, de entregar, na forma e no prazo estabelecidos na legislação, as informações sobre as operações ou prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam feitos por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares: multa de 300 (trezentas) Ufirces por contribuinte e por período não informado. (GN)

Este Contencioso tem aprovado a metodologia aplicada em diversos julgados, como por exemplo:

RESOLUÇÃO Nº 207/2018 - 4ª CÂMARA

EMENTA: ICMS — OMISSÃO DE RECEITAS EM OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO — PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. **1 — Contribuinte omitiu receitas, do período de março de 2012, a partir do cotejo das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito, com aquelas prestadas em sua EFD.** **2 —** Presunção prevista no art. 92, §8º, inciso III, da Lei nº 12.670/96, com penalidade preceituada no art. 123, I, 'c' da referida Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. **3 —** Alegação de nulidade da decisão de 1º instância afastada, por se tratar de mero inconformismo quanto aos fundamentos ali adotados. **4 —** Afastadas as nulidades do auto de infração suscitadas quanto à insuficiência da prova e quanto ao método adotado, considerando que o levantamento está respaldado não apenas nas informações prestadas pelas

administradoras de cartão de crédito e débito, mas também nas declarações fiscais transmitidas pelo próprio contribuinte, bem como fundamentado no art. 92, §8º, inciso III, da Lei nº 12.670/96 c/c art. 815-A do Decreto nº 24.569/97 c/c Norma de Execução SEFAZ nº 003/2011. **5** — Contribuinte não logrou êxito em afastar as conclusões da análise fiscal. **6** — Recurso Ordinário conhecido e não provido — mantida a decisão de **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. **7** — Decisão à unanimidade de votos, em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo douto representante da PGE. (grifei)

A Lei nº 12.670/96, instituidora do ICMS no Estado do Ceará, dá supedâneo legal a ação fiscal realizada, precisamente em seu art. 92, §8º, III:

Art. 92. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil, em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

§ 8º Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:

III - diferença apurada pelo cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas efetivamente praticadas ou através do confronto entre os registros contábil e fiscal;

Portanto, conheço do Recurso Ordinário para negar-lhe provimento, confirmando a decisão de PROCEDÊNCIA do Julgador de 1ª Instância, afastando as nulidades apontadas.

É o meu voto.

DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO

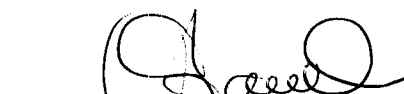
BASE DE CÁLCULO	R\$ 12.957.621,76
ICMS	R\$ 2.202.795,69
MULTA	R\$ 3.887.286,53
TOTAL	R\$ 6.090.082,22

DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo de Recurso nº 1/4098/2017 - AI.: 2017.05496. Recorrente: **VIA VAREJO S/A**. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

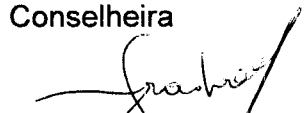
DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e deliberar nos seguintes termos: 1 - Em referência à preliminar de nulidade do auto de infração suscitada pela parte sob a alegação de impropriedade da 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 SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos _____ de maio de 2019.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente


José Augusto Teixeira
Conselheiro



Ivete Maurício de Lima
Conselheira


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro


Rafael Lessa Costa Barbosa
Procurador do Estado


José Osmar Celestino Júnior
Conselheira


Robério Fontenele de Carvalho
Conselheiro


Fernando Augusto de Melo Falcão
Conselheiro Relator