



PROCESSO Nº 2057402022-5 - e-processo nº 2022.000397613-0

ACÓRDÃO Nº 422/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTOS DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: FESTAS COMÉRCIO DE BEBIDAS EIRELI

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: HÉLIO VASCONCELOS

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - DENÚNCIA CONFIGURADA - RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO.

- Cabe a exigência do ICMS decorrente da diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e as vendas declaradas pelo contribuinte, conforme presunção estabelecida na legislação tributária.
- Aplicação da norma penal mais benéfica.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão singular e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 993300008.09.00003626/2022-29, lavrado em 14/10/2022, contra a empresa FESTAS COMERCIO DE BEBIDAS EIRELI, inscrição estadual nº 16.294.165-0, declarando como devido o crédito tributário total de R\$ 352.791,32 (trezentos e cinquenta e dois mil, setecentos e noventa e um reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 201.595,04 (duzentos e um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 151.196,28 (cento e cinquenta e um mil, cento e noventa e seis reais e vinte e oito centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, inciso V, alínea “a”, da Lei 6.379/96.

Cancelo o montante de R\$ 50.398,76 (cinquenta mil, trezentos e noventa e oito reais e setenta e seis centavos).



Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de agosto de 2024.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, EDUARDO SILVEIRA FRADE, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA E RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO.

ELIPHAS NETO PALITOT TOSCANO
Assessor



PROCESSO Nº 2057402022-5 - e-processo nº 2022.000397613-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTOS DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Recorrida: FESTAS COMÉRCIO DE BEBIDAS EIRELI
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE
Autuante: HÉLIO VASCONCELOS
Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

OMISSÃO DE VENDAS - OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - DENÚNCIA CONFIGURADA - RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO.

- Cabe a exigência do ICMS decorrente da diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e as vendas declaradas pelo contribuinte, conforme presunção estabelecida na legislação tributária.
- Aplicação da norma penal mais benéfica.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso de ofício interposto contra decisão monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração nº 993300008.09.00003626/2022-29, lavrado em 14/10/2022, contra a empresa FESTAS COMERCIO DE BEBIDAS EIRELI, inscrição estadual nº 16.294.165-0, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0563 - OMISSÃO DE VENDAS-OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, em virtude de ter declarado suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Nota Explicativa: RELAÇÃO EM ANEXO

Em decorrência deste fato, o agente fazendário lançou de ofício crédito tributário total de R\$ 403.190,08 (quatrocentos e três mil, cento e noventa reais e oito centavos), sendo R\$ 201.595,04 (duzentos e um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 201.595,04 (duzentos e um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e quatro centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, inciso V, alínea “a”, da Lei 6.379/96.



Após cientificada por meio de DTE em 31/10/2022, a autuada, por intermédio de seu procurador, apresentou impugnação tempestiva contra o lançamento do crédito tributário consignado no Auto de Infração em análise, por meio da qual afirma, em síntese que:

- a) a empresa comercializa exclusivamente produtos submetidos ao regime da substituição tributária, não sendo aplicável a presunção legal do art. 646 do RICMS/PB;
- b) o auditor fiscal apresentou informações insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária, máxime quando não apresenta qualquer nota explicativa que descreva com mais precisão a exigência tributária;
- c) deve ser reconhecida a improcedência do lançamento tendo em vista a ausência de intimação do termo de início;
- d) tentou acesso às referidas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito pelo sistema ATF, entretanto, ao tentar baixar o arquivo excel com toda a movimentação, sempre teve como resposta mensagem de erro;
- e) deve ser reconhecida a decadência do período de 01/10/2017 a 31/10/2017;
- f) resta indevida a aplicação da multa pois o art. 82 tem como base o valor do imposto não recolhido tempestivamente e, por se tratar de mercadorias sujeitas à substituição tributária, não seria o caso de ter como base o imposto que seria devido pelo ora impugnante, já que não teria qualquer valor a ser pago.

Ato contínuo, os autos foram conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, oportunidade na qual foram distribuídos ao julgador fiscal Tarcísio Correia Lima Vilar, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

ICMS. OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. EXISTÊNCIA DE DIFERENÇAS TRIBUTÁVEIS – DENÚNCIA NÃO COMPROVADA.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB, ressalvado ao sujeito passivo a prova da improcedência da acusação. No caso ficou demonstrado que a empresa comercializa produtos com imposto recolhido pela sistemática de Substituição Tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

Após tomar ciência da decisão singular por meio de DTE, em 29/05/2023, o sujeito passivo não mais se manifestou nos autos.



Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento supracitado, que visa a exigir crédito tributário decorrente da diferença tributável identificada por meio das vendas declaradas pelo contribuinte terem apresentado movimento inferior aos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito, conforme demonstrativo, ensejando a presunção de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, em concordância com o estabelecido no artigo 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

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:

(...)

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.

Esta acusação em comento, cuja legislação de regência é bastante referenciada neste colegiado, trata-se de infração lastreada por presunção legal, *juris tantum*, cabendo ao sujeito passivo por todos os meios de prova admitido no Direito, contrapô-la.

O julgador singular, para reconhecer a improcedência do lançamento, aplicou o seguinte entendimento ao caso:

Como se pode extrair dos autos, é inegável que as provas trazidas à baila pela fiscalização, além de robustas, detalhadas e suficientemente claras para garantir, à defesa, condições plenas para identificar os elementos que serviram de esteio para a acusação descrita no Auto de Infração, também se mostram suficientemente consistentes para embasar a acusação posta na inicial. Não se trata, por conseguinte, de presunções do Auditor ou de acusações levianas desprovidas de embasamento legal.

Contudo é de se observar que **a presunção não se confirma** ante o fato de a empresa comercializar itens que em sua grande parte estão sujeitas à sistemática de pagamento do imposto por Substituição tributária levando a presumir assim que as vendas pretéritas sem emissão de documento fiscal se



deram de produtos que estavam com a carga tributária cumprida não servindo assim para se presumir a omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Entendimento também compartilhado pelo Conselho de Recursos Fiscais. A seguir mostra-se o acórdão N° 0203/2022 onde se evidencia este entendimento:

ACÓRDÃO N° 0203/2022

TRIBUNAL PLENO

PRELIMINAR. NULIDADE - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - CONFIRMADA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS E PASSIVO FICTÍCIO - OMISSÃO DE SAÍDAS - NÃO CONFIGURADAS. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Divergência entre a descrição da infração e a nota explicativa causou imprecisão do ato infracional, gerando a nulidade da acusação fiscal.
- Não se sustenta a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, quando comprovado que o sujeito passivo comercializa, quase que exclusivamente, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ante a inocorrência de repercussão tributária.

A seguir apresenta-se quadro resumo por CFOP demonstrando o volume de entradas de mercadorias onde se nota que no exercício de 2017 a maioria das entradas para comercialização não tinham base de cálculo do imposto, sendo estas entradas de mercadorias sujeitas à sistemática de recolhimento por Substituição tributária.

(...)

Diante do exposto entendo que fica demonstrada a improcedência da autuação.

Pois bem, inobstante o Conselho de Recursos Fiscais possuir precedentes que aplicam tal tese, esta Casa avançou na análise de casos semelhantes e entendeu pela superação da orientação fixada anteriormente, conforme pode ser constatada por meio da análise dos seguintes precedentes: Acórdão 059/2024, da Primeira Câmara de Julgamento e Acórdão 297/2024, do Tribunal Pleno.

No precedente do Tribunal Pleno restou consignado o seguinte entendimento:

Ora, a substituição tributária não se confunde com isenção, imunidade ou não incidência; portanto, é perfeitamente válida a aplicação do comando supracitado ao caso em análise, dado que o sujeito passivo promove vendas de mercadorias tributáveis, independentemente do regime de tributação dessas mercadorias.

Assim, mesmo que o contribuinte operasse com 100% de suas mercadorias sujeitas ao regime da ST, as infrações elencadas pela fiscalização podem levar a conclusão material de que houve vendas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o recolhimento do ICMS.

É fato incontroverso, que a exação em análise decorre da aplicação de técnicas de auditoria validadas pela legislação, com a identificação da base de cálculo das operações que foram realizadas à margem da legislação.

Em verdade, o que se está a exigir não é o recolhimento do ICMS – ST do contribuinte na condição de substituído tributário, mas sim a carga tributária omitida em razão de aquisições de mercadorias (ainda que submetidas à substituição tributária) sem documentação fiscal.



Por uma questão de lógica, ainda que sujeitas à substituição tributária, caso as operações não tenham sido acobertadas por documento fiscal, não há o que se falar em retenção de recolhimento do ICMS devido e, por tal motivo, não deve prevalecer o argumento segundo o qual cabe apenas ao remetente das mercadorias a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido, no que diz respeito às operações futuras, pois, até mesmo para as operações nas quais há emissão de nota fiscal, o artigo 391, §7º, II do RICMS/PB autoriza que seja atribuída a responsabilidade ao adquirente, nos casos em que não houver retenção antecipada.

Sobre o tema, convém transcrever o seguinte trecho do Parecer nº 009/2024 – PGE/SRFL, emitido pela Assessoria Jurídica desta Casa, no qual restou consignado:

A duas, por sua vez, deve-se destacar que, independentemente do regime de tributação a que está inicialmente submetido o contribuinte ou, ainda que as mercadorias de forma geral estejam inseridas ao sistema de substituição tributária no ICMS, nada há que prove que o ICMS ST das saídas omitidas foi recolhido e nada há que indique o dever de observar as saídas declaradas e conhecidas como suficiente para corresponder com as saídas marginais, como se fossem estas de mesma natureza.

Com efeito, o fato do contribuinte possuir mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, frise-se, não faz concluir, por si só, que até mesmo as saídas que o mesmo omite estão submetidas ao mesmo tratamento tributário.

Em verdade, inexistente presunção no sentido que contribuinte, uma vez tenha omitido saídas ou ocultado escrituração, assegura que as saídas omitidas deram-se por substituição tributária.

Quem assegura que aquele que realiza suas atividades “por fora” na hora de escriturar as aquisições também não realiza saídas “por fora” da substituição tributária? Nada há na lei que exclua a presunção de saídas tributáveis para quem está submetido a tal regime de tributação em suas operações.

Ou seja, não se pode concluir ou presumir que as saídas foram tributadas dentro do valor tributável do regime da substituição tributária.

Por sua vez, a legislação autoriza a presunção *juris tantum* de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Assim, uma vez posta a diferença omitida, resta subsumida a presunção de omissão de saída pretérita de mercadoria tributável, sem prejuízo de prova em contrário, o que o contribuinte não desincumbiu na presente seara.

(...)

Portanto, cabe, ao acusado, a prova da improcedência dos fatos indiciários, e como consequência, da presunção de omissão de vendas.

Desta feita, deve ser aplicado ao caso o entendimento contemporâneo, que autoriza a aplicação da presunção *juris tantum* de omissão de saídas pretéritas de



mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido aos contribuintes que operem com substituição tributária, independentemente do percentual de operações.

Como consequência, deve ser provido o recurso de ofício.

Na sequência, serão analisados os argumentos apresentados pela autuada.

Decadência

No caso sob exame, a peça vestibular elaborada pela autoridade fiscal apresenta acusação que está lastreada na omissão do contribuinte, que impede o conhecimento do sujeito ativo da relação jurídico-tributária, sujeitando-a, portanto, às disposições do artigo 173, I do CTN.

Decerto que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, verifica-se, todavia, que no presente caso, trata-se da constatação de irregularidades (omissão de saídas de mercadorias tributáveis) detectada do confronto entre as vendas declaradas ao Fisco pela Impugnante e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

A supracitada apuração foi realizada mediante lançamento de ofício, considerando que a omissão de informações impediu o conhecimento do sujeito ativo da relação jurídico-tributária a respeito da ocorrência do fato gerador, motivo pelo qual não se pode realçar a existência de qualquer pagamento, ou seja, os valores que estão sendo exigidos não foram lançados e nem pagos pelo autuado. O critério previsto no § 4º do artigo 150 somente se aplicaria se tais valores tivessem sido informados e/ou pagos, ainda que parcialmente.

Portanto, em relação aos elementos fáticos e jurídicos acima delineados, o Egrégio Conselho de Recursos Fiscais desse Estado tem decidido, reiteradamente, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I, do CTN, donde o prazo de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Vale registrar que esta questão já foi tratada de forma reiterada pelo CRF-PB, fato que motivou a edição de Súmula Administrativa nº 01, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

SÚMULA 01 - Quando não houver declaração de débito, o prazo decadencial, para o Fisco constituir o crédito tributário, conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos de lançamento por homologação (Acórdãos nºs: 025/2018; 228/2019; 245/2019; 357/2019; 29/2019; 365/2019)

Dessa forma, considerando que o auto de infração em análise teve como momento de ciência o dia 31/10/2022, não há que se falar em decadência para o exercício de 2017.

Ausência de termo de início

Com relação às alegações da recorrente arguindo a nulidade do auto de infração por ausência de intimação ao contribuinte da abertura da fiscalização, deve-se considerar que o Termo de Início de Fiscalização é documento utilizado para dar ciência ao contribuinte do início dos trabalhos de fiscalização e intimá-lo a apresentar os livros e



documentos fiscais necessários aos trabalhos da auditoria, servindo de marco para que não seja mais considerada a espontaneidade do contribuinte, conforme estabelecido no art. 816 do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 816. A responsabilidade por infração decorrente do não cumprimento de obrigação tributária é excluída pela denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo, se devido, e de multa de mora e demais acréscimos legais, 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.

No entanto, a legislação estabelece outras formas para que se considere iniciado o procedimento fiscal, fazendo cessar a espontaneidade do contribuinte, conforme nos ensina o art. 37 da Lei nº 10.094/2013, como se segue:

Art. 37. Considerar-se-á iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações à legislação tributária:

- I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;
- II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;
- III - com a lavratura de Auto de Infração ou de Representação Fiscal, inclusive na modalidade eletrônica;
- IV - com qualquer outro ato escrito por auditor fiscal, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

Assim, a lavratura do Termo de Início de Fiscalização não constitui formalidade essencial para a validade do procedimento fiscal, nem sua ausência acarreta a nulidade do lançamento de ofício quando não demonstrado o prejuízo ao direito de defesa da contribuinte.

Portanto, o lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, sendo apenas resguardada a espontaneidade do contribuinte enquanto não tomar ciência do procedimento em curso.

Insuficiência da determinação da matéria objeto da exigência tributária

Na peça inaugural estão contidos todos os elementos necessários para a validade do ato, conforme o disposto pelo artigo 17 da Lei nº 10.094/13, que regula o processo administrativo-tributário no Estado da Paraíba.

Note-se que no próprio corpo do auto de infração consta clara a identificação da infração à legislação tributária, imputada à recorrente, inclusive com a clara descrição dos fatos concretos que resultaram na exigência do tributo com a capitulação/enquadramento legal pertinente.

A autoridade fiscal, ao proceder ao lançamento, norteou-se pelo princípio da legalidade, observando os requisitos formais previstos na legislação para o ato de ofício praticado, não tendo ocorrido nenhum óbice ao direito de defesa do contribuinte, amplamente exercido nos autos.



Vale ressaltar que após iniciado o procedimento fiscal, não há como se acatar a retificação de inconsistências pelo contribuinte.

Impossibilidade de verificação das informações de cartão de crédito

A relação obrigacional tributária contida nos autos advém de procedimento que maneja dados disponibilizados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito à Secretaria de Estado da Fazenda, nos termos do art. 70 da Lei nº 6.379/96, que, à época dos fatos geradores, possuía o seguinte enunciado:

Art. 70. 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.

Parágrafo único. Norma do Poder Executivo disporá acerca da apresentação das informações de que trata o “caput” deste artigo.

Nova redação dada ao art. 70 pela alínea “d” do inciso I do art. 2º da Lei nº 11.615/19 - DOE de 27.12.19

Art. 70. Ficam obrigadas a fornecer à Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ-PB, até o último dia do mês subsequente, 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:

I - as instituições financeiras e de pagamento integrantes ou não do Sistema de Pagamento Brasileiro - SPB;

Nova redação dada ao inciso I do “caput” do art. 70 pela alínea “c” do inciso I do art. 2º da Lei nº 11.801/20 - DOE de 28.10.2020.
Efeitos a partir de 1º de setembro de 2020.

I - as instituições e os intermediadores financeiros e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB;

II - as empresas que, por meio de aplicativos, softwares e/ou plataformas de informática, realizem intermediação, entre dois ou mais contribuintes ou entre contribuintes e consumidores finais, de operações e/ou prestações de serviços sujeitas à incidência do ICMS, quando sejam responsáveis pelo recebimento e repasse dos pagamentos realizados para a concretização de tais operações e/ou prestações;

Acrescido o inciso III ao “caput” do art. 70 pelo inciso II do art. 2º da Lei nº 11.801/20 - DOE de 28.10.2020.
Efeitos a partir de 1º de setembro de 2020.

III - os intermediadores de serviços e de negócios em relação às informações relativas às operações realizadas pelos estabelecimentos e usuários de seus serviços.

Parágrafo único. Norma do Poder Executivo disporá acerca da apresentação das informações de que trata esta Seção.



Dessa forma, ao anexar o extrato do Sistema ATF da Sefaz/PB no qual consta a consolidação das informações das administradoras de cartões de crédito ou débito, a fiscalização disponibilizou ao sujeito passivo informação revestida de presunção de legalidade, recaindo a este o ônus da prova quanto ao desfazimento de sua materialidade.

Com a devida vênia ao entendimento da recorrente, apesar de alegar que “tentou ter acesso às referidas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito pelo sistema ATR (dossiê do contribuinte – Vendas-Varejo – coluna “Cartão Créd/Deb”)” e que “ao tentar baixar o arquivo Excel com toda movimentação (opção na cor rosa), sempre aparece mensagem de erro”, tal fato não é capaz de desconstituir o lançamento, dado que não restou provado nos autos sequer o período no qual houve a suposta inconsistência técnica.

Ademais, o acesso aos documentos anexados aos autos é franqueado de forma absoluta ao contribuinte, cabendo a este, no caso de existência de qualquer impossibilidade técnica no desenvolvimento do processo administrativo, diligenciar perante à Secretaria da Fazenda para solução da dificuldade e, caso seja configurada, na Repartição Fiscal, a permanência de tal situação, deve ser protocolado requerimento específico, registrando de forma objetiva o suposto prejuízo efetivo ao direito de defesa, pois *quod non est in actis no est in mundo*.

Além do que, sendo o contribuinte parte da relação jurídica estabelecida com as administradoras de cartões de crédito/débito, é perfeitamente possível de produzir o elemento probatório cuja posse detém, porém, em nenhum momento houve a apresentação de sua movimentação financeira, contrapondo os dados consolidados pela fiscalização e permitindo a identificação de qualquer erro na alocação dos valores.

Da multa aplicada

No que se refere à multa aplicada, não merece prosperar o argumento segundo o qual é indevida a imposição lastreada no art. 82 da Lei nº 6.379/96, que, no entender da recorrente, não se adequa aos casos relacionados com mercadorias sujeitas à substituição tributária, pois sua imposição tem como base “o valor do imposto não recolhido tempestivamente, no todo ou em parte”, não se adequando ao caso, pois não teria qualquer valor a ser pago, já que foi retido na origem.

Pois bem, na abordagem anterior restou estabelecida a premissa segundo a qual o que se está a exigir não é o recolhimento do ICMS – ST do contribuinte na condição de substituído tributário, mas sim a carga tributária omitida em razão de aquisições de mercadorias (ainda que submetidas à substituição tributária) sem documentação fiscal.

Dessa forma, não há como se sustentar que houve recolhimento em tais operações ainda que sujeitas à substituição tributária, caso as operações não tenham sido acobertadas por documento fiscal.

Portanto, adequada a aplicação da multa contida no art. 82, V, “a”, que possui a seguinte redação:

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):

Nova redação dada ao “caput” do inciso V do “caput” do art. 82 pela alínea “c” do inciso I do art. 1º da Lei nº 12.788/23 - DOE DE 29.09.2023.

V - de 75% (setenta e cinco por cento):

a) aos que deixarem de emitir documento fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Por sua vez, considerando o caráter procedimental do lançamento, a penalidade proposta pode ser avaliada e, se for o caso, corrigida pelas autoridades decisórias no transcorrer do processo administrativo tributário, sem ensejar o reconhecimento de nulidade, postura já adotada diversas vezes por esta Casa revisora, *verbi gratia* como no caso da aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica.

Como se observa, nos termos do art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, deve ser verificada a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, revisando o montante lançado pela autoridade fiscal, uma vez que ocorreu a alteração dos parâmetros de aplicação da penalidade no transcorrer dos períodos dos fatos geradores.

Por tais razões, segue o quadro demonstrativo do crédito tributário devido:

INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS	MULTA	CRÉDITO
OMISSÃO DE VENDAS- OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO	out-17	3.013,16	2.259,87	5.273,03
	dez-17	9.813,81	7.360,36	17.174,17
	jan-18	2.867,38	2.150,54	5.017,92
	fev-18	3.823,47	2.867,60	6.691,07
	mar-18	11.818,89	8.864,17	20.683,06
	abr-18	13.755,29	10.316,47	24.071,76
	mai-18	12.461,85	9.346,39	21.808,24
	jun-18	34.029,83	25.522,37	59.552,20
	jul-18	1.270,69	953,02	2.223,71
	ago-18	2.356,88	1.767,66	4.124,54
	set-18	3.827,99	2.870,99	6.698,98
	out-18	3.663,51	2.747,63	6.411,14
	nov-18	5.977,59	4.483,19	10.460,78
	dez-18	6.365,31	4.773,98	11.139,29
	jan-19	2.570,18	1.927,64	4.497,82
	fev-19	3.692,25	2.769,19	6.461,44
	mar-19	2.880,52	2.160,39	5.040,91
	abr-19	3.462,20	2.596,65	6.058,85
	mai-19	4.443,28	3.332,46	7.775,74
	jun-19	24.147,77	18.110,83	42.258,60
jul-19	5.886,65	4.414,99	10.301,64	
ago-19	4.626,13	3.469,60	8.095,73	
set-19	2.881,18	2.160,89	5.042,07	
out-19	6.099,97	4.574,98	10.674,95	
nov-19	11.079,35	8.309,51	19.388,86	
dez-19	2.802,41	2.101,81	4.904,22	
fev-20	5.842,97	4.382,23	10.225,20	



	mar-20	1.153,46	865,10	2.018,56
	nov-21	4.981,07	3.735,80	8.716,87
TOTAL		201.595,04	151.196,28	352.791,32

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão singular e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 993300008.09.00003626/2022-29, lavrado em 14/10/2022, contra a empresa FESTAS COMERCIO DE BEBIDAS EIRELI, inscrição estadual nº 16.294.165-0, declarando como devido o crédito tributário total de R\$ 352.791,32 (trezentos e cinquenta e dois mil, setecentos e noventa e um reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 201.595,04 (duzentos e um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 151.196,28 (cento e cinquenta e um mil, cento e noventa e seis reais e vinte e oito centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, inciso V, alínea “a”, da Lei 6.379/96.

Cancelo o montante de R\$ 50.398,76 (cinquenta mil, trezentos e noventa e oito reais e setenta e seis centavos).

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 21 de agosto de 2024.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

Conselheiro Relator