

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Resolução	Câmara	Sessão de Julgamento	Data
131/2023	TERCEIRA CÂMARA	33ª SESSÃO ORDINÁRIA	05/06/2023

Processo nº	Auto de Infração nº	CGF/CNPJ/CPF
1/1281/2016	1/2016.04281-8	06.286.709-1

Tipo de Recurso	RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente	LOJAS RIACHUELO S/A
Recorrido	CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Conselheiro Relator	JOSÉ ERNANE SANTOS

EMENTA: ICMS. Falta de Emissão de Documento Fiscal. Omissão de Receitas. Nulidade do Julgamento Singular. 1. Contribuinte acusado de omitir as receitas das vendas efetuadas com cartões de crédito e de débito. 2. Julgado procedente em Primeira Instância. 3. A ausência de fundamentação da rejeição ao pedido de perícia caracteriza cerceamento do direito de defesa. 4. A apreciação do pedido nesse momento processual, seja para acatá-lo, seja para afastá-lo, ofende ao princípio do duplo grau de jurisdição pela subtração de instância. 5. Recurso a que se dá provimento para declarar a nulidade do julgamento singular, com o consequente retorno dos autos à instância de origem para novo julgamento. 6. Decisão por unanimidade de votos nos termos e em consonância com a manifestação do douto representante da PGE.

RELATÓRIO

1.1. Relato do Auto de infração

Narram os autos do presente processo que o contribuinte supraidentificado, que explora a atividade de comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, usuário de

ECF, omitiu vendas efetuadas com cartão de crédito/débito nos meses de janeiro a maio, e setembro a novembro de 2011, no valor total de R\$ 1.101.592,97.

1.2. Informações Complementares

Nas informações complementares, a Agente do Fisco esclarece que, de posse dos arquivos eletrônicos gerados pelo Laboratório Fiscal da Sefaz, comparou, mês a mês, os totais das vendas através de ECF com cartão de crédito/débito do exercício fiscal de 2011 informados pelas administradoras ou operadoras de cartões de crédito e de débito, com os valores das saídas internas declaradas nas EFD pela autuada, tendo encontrado diferenças negativas nos meses de janeiro a maio e de setembro a novembro de 2011.

Acresce que intimou a empresa para justificar as diferenças encontradas, concedendo o prazo de dez dias, prorrogado por mais dez dias, a pedida da autuada.

Não tendo acatado as justificativas apresentadas, concluiu a Auditora que houve, realmente, omissão de saídas no total de R\$ 1.101.592,97, restando infringidos os artigos 127, 169, 174, 176-A e 177 do Decreto 24.569/97, pelo que efetuou o lançamento do ICMS no montante de R\$ 187.270,80 e propôs a aplicação da multa prevista no art. 123, III, B da Lei 12.670/96, de R\$ 330.477,89, que corresponde a 30% do valor das operações omitidas.

Autos instruídos com os documentos de fls. 08/105.

1.3. Impugnação e Julgamento de 1ª Instância

No prazo legal a Autuada apresentou sua impugnação (fls. 113/133), na qual contesta a lavratura do auto de infração, aduzindo que, além do comércio varejista de artigos do vestuário, exerce a atividade de correspondente bancário, em que é tributada pela ISSQN. Nessa atividade, recebe boletos bancários e faturas do Cartão Riachuelo, recebimentos que, muitas vezes, são feitos mediante cartões de débito.

Defende que, como as administradoras de cartões não informam se o crédito autorizado para a empresa refere-se à venda ou se é oriundo de pagamento de boletos ou de faturas do Cartão Riachuelo, as informações prestadas na DIEF não podem ser comparadas às informações prestadas pelas administradoras, pois estas refletem todas as transações feitas com cartão, que não representam, necessariamente, vendas.

Em 07/11/2018 (fls. 142/143) consta um pedido de perícia da Julgadora inicialmente designada para o julgamento do processo, em que solicita à Célula de Perícias Fiscais e Diligências que aprecie as afirmações da autuada e, na hipótese de comprovação do recebimento de valores que não correspondem à venda de mercadorias, realize a devida

correção com a exclusão desses valores, refazendo o levantamento e indicando, se for o caso, o novo montante da omissão de saídas.

Em 01/11/2022 (fls. 144), a CEPET (Célula de Perícia Tributária) devolve o processo à CEJUL para que aprecie novamente a matéria e, se entender que a perícia é imprescindível, apresente quesitos de forma clara, precisa e objetiva.

Em 23/11/2022, a Julgadora da instância inicial a quem foi distribuído o processo desta feita, exarou decisão (fls. 145/149), declarando a procedência da ação fiscal, conforme ementa que se transcreve a seguir:

“EMENTA: OMISSÃO DE RECEITAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO NORMAL, REALIZADAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. O contribuinte efetuou saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, sujeitas a tributação normal, conforme informação apurada através de confronto entre as vendas com cartão de crédito/débito informadas na EFD confrontadas com relatório (TEF) enviado pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito à SEFAZ, referente aos meses de janeiro a maio, setembro a novembro de 2011. Ação fiscal PROCEDENTE. O ilícito restou comprovado. Decisão baseada nos artigos 82, inciso X e 82-A da Lei nº 12.670/96. Defesa tempestiva.”

1.4. Recurso Ordinário

Por não concordar com o julgado, o Contribuinte interpôs Recurso Ordinário (fls. ____), cujos pontos principais estão resumidos nos itens abaixo:

- 1) Que as informações prestadas pelas administradoras de cartões englobam todas as operações realizadas pela autuada, não somente as relativas a circulação de mercadorias, como também, pagamentos de faturas e vendas parceladas, além de diversos outros produtos, a exemplo de seguros residenciais e assistência de veículos;
- 2) Que as informações prestadas pelas administradoras de cartão não foram acostadas ao Auto de Infração em sua forma discriminada, para que a autuada pudesse especificar o que seria tributável e o que não seria, havendo completa ilegalidade do lançamento realizado, pois o procedimento

administrativo não respeitou os princípios basilares do direito, quais sejam o contraditório e a ampla defesa;

- 3) Que o auto de infração é nulo, uma vez que a agente fiscal deixou de informar no Termo de Conclusão da Fiscalização, quais são os dispositivos legais infringidos, bem como a base de cálculo e a alíquota aplicável, afrontando o art. 822 do RICMS/CE, assim como o art. 30 do Decreto 25.468/99, resultando em nulidade, combinado com o art. 53 do mesmo decreto;
- 4) Que o auto de infração é nulo por que a fiscal autuante não apresentou qualquer comprovação de que a Recorrente promoveu saída de mercadorias sem documento fiscal, ou omitiu o registro destes, não havendo comprovação dos valores constantes no levantamento fiscal que resultou na autuação;
- 5) Que, além de sua atividade principal de comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, também atua como correspondente bancário, atividade tributada pelo ISSQN, podendo receber boletos bancários, bem como a fatura do Cartão Riachuelo, quitados, muitas vezes, com cartões de débito;
- 6) Que as administradoras de cartões enviam à Sefaz o montante global das operações realizadas com cartões, sem a separação das operações de venda, vinculadas ao ICMS das operações de prestação de serviços, nas quais não incide o imposto estadual;
- 7) Que não é possível utilizar as informações das administradoras para mensurar o montante de ICMS devido, posto que tais informações não computam apenas operações de vendas, mas, sim, todas as operações realizadas pela Recorrente, mediante cartões de crédito e de débito;
- 8) Que não ocorreu a necessária apuração fiscal que comprovasse a ocorrência de qualquer tipo de irregularidade, ressaltando que o auto de infração foi lavrado com base em suposições/conjecturas desprovidas das necessárias provas comprobatórias, pelo que requer a realização de perícia técnica com o objetivo de persecução da verdade real e averiguação se, de fato, houve ou não infringência da legislação tributária pela Recorrente;
- 9) Que não se pode comparar o faturamento da administradora de cartão com as vendas da Recorrente, informadas na EFD, ou seja, quando a Recorrente

atua como correspondente bancário e aceita o pagamento de uma conta de consumo, a administradora de cartão informa à SEFAZ/CE essa operação, o qual faz com que o Fisco entenda que a Recorrente omitiu tal operação.

Completando o pedido de perícia, a recorrente agrega dois quesitos para que sejam respondidos pelo *expert* na hipótese de ser deferida a prova pericial.

Ao fim pede o acatamento das nulidades arguidas e, subsidiariamente, o deferimento da perícia técnica a fim de verificar a ocorrência de omissão de saídas durante o exercício de 2011, mediante a análise de livros fiscais e outros documentos auxiliares da Recorrente e demais arquivos a serem disponibilizados.

No mérito, requer a improcedência total do lançamento.

É o que cabe relatar.

2. VOTO DO RELATOR

2.1. Tempestividade

O presente recurso deve ser conhecido, uma vez que é tempestivo e preenche os requisitos legais de admissibilidade.

2.2. Mérito

Acusa-se o contribuinte em epígrafe de ter sonegado ao Fisco informações sobre vendas de mercadorias em diversos meses de 2011, haja vista que não emitiu as notas fiscais de vendas feitas com cartão de crédito no montante de R\$ 1.101.592,97, fato que, supostamente, resultou em falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 187.270,80.

Em defesa, o contribuinte rebate a acusação, aduzindo que nem todos os valores que as administradoras de cartões informam para a Sefaz referem-se a operações de vendas. Na condição de correspondente bancário, recebe boletos, pagamentos de seguros residenciais, assistência de veículos, faturas do Cartão Riachuelo, além de outros pagamentos que, muitas vezes, são feitos através de cartões de débito e de crédito.

Dessa forma, as informações prestadas na DIEF (SPED) não podem ser comparadas às informações prestadas pelas administradoras, pois estas refletem todas as transações feitas com cartão, que não representam, necessariamente, vendas.

O argumento do contribuinte é plausível e corroborado pelo que se percebe na realidade do dia a dia dessas grandes varejistas que também prestam serviços financeiros,

como seguros, previdência, capitalização, além de terem seus próprios cartões de crédito e receberem pagamentos de faturas de concessionárias de serviços públicos.

Também é razoável, a ponto de lançar dúvida sobre o montante da suposta omissão de saídas, o argumento do contribuinte de que, se um cliente compra uma mercadoria com o cartão da própria Riachuelo e depois paga a fatura desse cartão com seu cartão bancário, a informação será prestada duas vezes à Sefaz pelas administradoras de cartões de crédito: uma vez na venda e outra vez no pagamento, gerando clara duplicidade.

De fato, às fls. 117 (folha 5 da impugnação), a empresa alega:

“No entanto, a comparação feita pela Autoridade fiscal, que gerou o Auto de Infração, não merece prosperar na medida em que a impugnante informa em seus arquivos magnéticos as vendas, enquanto a Administradora de Cartão informa a totalidade de recebimentos sem distinção do que seria venda, do que seria pagamento de boleto, etc.”

A verossimilhança do argumento da defesa levou a julgadora singular a encaminhar pedido à Célula de Perícias para que apreciasse as afirmações da autuada e, se comprovadas realizasse a devida correção com a exclusão dos valores que não correspondem à venda de mercadorias.

Todavia, com o advento da Lei 18.185/2022, que alterou a competência da Célula de Perícias, o processo foi devolvido à CEJUL para reexaminar a necessidade de perícia e, caso afirmativo, adequar os quesitos à realidade da nova lei.

Na sequência da devolução do processo sem a perícia solicitada, o que se vê é o julgamento, no qual, ao mencionar a devolução feita pela CEPET, consta apenas que (fls. 7 da decisão):

“Isto posto, em face da reanálise da documentação apenas aos autos pelo agente fiscal e, em particular da peça impugnatória, torna-se premente ressaltar que se evidenciou as condições para o julgamento singular, apontando-se pela legitimidade da presente autuação.”

Entendo que a opção pela desnecessidade da perícia anteriormente solicitada pela julgadora singular mediante relevantes considerandos (fls. 142), merecia uma explicação mais aprofundada.

De fato, a realização da perícia foi considerada fundamental pela primeira julgadora, a qual se debruçou sobre os argumentos do Auditor Autuante e do contribuinte para elaborar quesitos que, no seu entendimento, uma vez respondidos, lançariam luzes sobre os fatos, trazendo à tona a verdade material que permitir-lhe-ia julgar com segurança.

A decisão ora examinada desvaloriza esse esforço quando deixa de fundamentar o afastamento da solicitação de perícia asseverando apenas que [...] *em face da reanálise da documentação apensa aos autos pelo agente fiscal e, em particular da peça impugnatória, torna-se premente ressaltar que se evidenciou as condições para o julgamento singular [...]*.

Essa ausência de fundamentação da rejeição ao pedido de perícia caracteriza cerceamento do direito de defesa, posto que o pedido, ainda que feito pela julgadora, criou no contribuinte a expectativa de que, nos procedimentos do exame que seria conduzido pelos *experts* da Sefaz, teria a possibilidade de comprovar que a infração da qual é acusado não existiu ou, tendo existido, foi em valor menor do que o apurado inicialmente pelo Fisco.

O julgado em apreço frustrou essa expectativa sem explicar o porquê de sua desistência da verificação pericial.

Caso venha a apreciar o pedido de perícia nesse momento processual, seja para acatá-lo, seja para afastá-lo, a Câmara estará malferindo o princípio do duplo grau de jurisdição pela subtração de instância.

Como cediço, o processo administrativo fiscal também se rege pelos princípios do devido processo legal, duplo grau de jurisdição e da ampla defesa. Tais conclusões se extraem da interpretação sistemática dos seguintes dispositivos constitucionais:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV. - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

LV. - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Nesta linha, tem-se a importância de se analisar a defesa do contribuinte em duas instâncias, sob pena de nulidade do julgamento.

Tal circunstância se encontra expressa no art. 90 da Lei 18.185/2022:

“Art. 90. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.”

Destarte, o retorno dos autos à instância singular para novo julgamento é medida necessária e em maior consonância com os princípios a que está vinculado o processo administrativo.

2.2. Voto

Face a todo o exposto, VOTO por se conhecer do recurso ordinário e dar-lhe provimento para declarar NULA a decisão singular, tendo como consequência o retorno dos autos à instância originária para que profira novo julgamento.

É como voto.

3. DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, do Processo de Recurso nº **1/1281/2016**, relativo ao Auto de Infração nº **1/2016.04281**, em que é recorrente **LOJAS RIACHUELO S/A** e recorrida a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, **RESOLVEM** os membros da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do Recurso Ordinário interposto, **DECIDIR: Decisão:** A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso ordinário, posto que tempestivo, dar provimento, modificando a decisão proferida em instância singular de procedência da acusação, declarando a nulidade do julgamento singular, com o consequente retorno dos autos para novo julgamento, considerando que o julgador proferiu sua decisão sem tecer nenhum comentário acerca dos quesitos elaborados pela impugnante para fins de realização de perícia, nem acerca do fato da CEPET ter devolvido os autos sem a conclusão dos trabalhos, cerceando, desta feita, o direito de defesa da autuada. Decisão nos termos do voto do conselheiro relator e em consonância com a manifestação do

representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente à sessão para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Sávio Oliveira.

Sala das Sessões da Terceira Câmara do Conselho de Recursos Tributários, em Fortaleza, CE, aos 3 de julho de 2023

JOSÉ ERNANE SANTOS
Relator

ANTÔNIA HELENA TEIXEIRA GOMES
Presidente