



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº 0759042008-5

Recursos HIE/VOL/ CRF N.º 794/ 2014

1º Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.

1º Recorrida: MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.

2º Recorrente: MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA

2º Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: ANTÔNIO FIRMO DE ANDRADE.

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

OMISSÃO DE VENDAS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. ATIVIDADE DE HOTELARIA E RESTAURANTE. RECEITAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMPROVADAS. AJUSTES REALIZADOS NO CONFRONTO FISCAL. INOCORRÊNCIA DE DIFERENÇA TRIBUTÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

É pacificado o entendimento acerca da existência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, quando se constatar a ocorrência de diferença entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as quais a declarante operacionalizou o meio de pagamento de suas vendas. No caso presente, foram consideradas as provas documentais das receitas oriundas das prestações de serviços realizadas e declaradas pelo contribuinte no Livro Registro de Serviços Prestados e das operações com mercadorias declaradas nas GIM'S com venda de mercadorias a consumidor final, resultando em inexistência da diferença tributária apurada inicialmente, diante da adoção de procedimento lastreado nas orientações da Gerencia de Fiscalização para as operações com contribuinte com atividade de serviço e fornecimento de mercadorias.

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

A C O R D A M os membros da **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular, e tempestivo, e, no mérito, pelo *desprovisamento* do primeiro e *provisamento* do segundo, reformando a sentença prolatada na instância singular que julgou parcialmente procedente, e julgar improcedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00000000590/2008-73, lavrado em 15/8/2008, contra a empresa MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA, inscrição estadual nº 16.099.837-9, nos autos qualificada, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente processo administrativo tributário.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de junho de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000590/2008-73, lavrado em 15 de agosto de 2008, onde a autuada, acima qualificada, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

OMISSÃO DE VENDAS – 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 cartão de crédito e débito.

Nota Explicativa:

CONFORME LEITURA Z, A EMPRESA NÃO FATUROU NA OPÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. E NESTA DATA FUNCIONAVA COM O REGIME NORMAL. (sic)

OMISSÃO DE VENDAS – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional 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 cartão de crédito e débito.

Nota Explicativa:

CONFORME LEITURA Z, A EMPRESA NÃO FATUROU NA OPÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. E DE 01/07/2007 ATÉ ESTA DATA DE 30/09/2007, FUNCIONAVA COMO SIMPLES NACIONAL. (sic)

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao art. 158, I, art. 160, I, c/c o Art. 646, parágrafo único todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com fulcro nos artigos 9º e 10 da Resolução CGSN nº 030/2008, sendo proposta multa por infração no valor de R\$ 61.012,45, com fulcro no art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96 e art. 16, II da Resolução CGSN nº 30/2008, totalizando R\$ 92.149,23 de crédito tributário.

Às fls. 8 a 24 dos autos, encontram-se demonstrativo das omissões de vendas e de ICMS a recolher nas operações com cartão de crédito e detalhamento da consolidação ECF/TEF/GIM acerca dos valores das vendas totais e valores da Administradora de Cartão de Crédito/Débito.

Com ciência regular, em 21.8.2008 e decorrido o prazo regulamentar, a autuada se manifestou nos autos, através de defesa tempestiva, protocolada em 19.9.2008, (fls. 26 a 32), e anexos, que, em síntese, aborda os seguintes argumentos em seu favor, que:

- que não teria consistência legal a autuação espelhada na ficha econômico-financeira, quando o contribuinte possui escrita fiscal e contabilidade regular;
- que possui livros de saídas de mercadorias devidamente escriturados e autenticados, com as receitas de restaurantes e do livro de serviços prestados, em que estariam registradas as receitas de hospedagens, inclusive as operadas por meio de cartões de crédito com base nas notas fiscais de serviços;
- que a fiscalização teria exigido o imposto com base no percentual de 70% dos valores dos cartões de crédito, e que não haveria suporte legal;
- que a soma das receitas do restaurante e das hospedagens é muito superior a soma dos cartões de crédito;
- que os serviços de hospedagens estão sujeitos à cobrança de ISS, não podendo o Estado exigir o ICMS de refeição, estando esta incluída no preço das diárias;

Por fim, solicita a improcedência da autuação, de acordo com seus argumentos.

Em peça de Contestação, (fls. 1338 a 1339), o autor da ação fiscal rebate as alegações de defesa, arguindo que a autuação foi procedida a luz da documentação solicitada, Leitura Z, Memória Fiscal, livros fiscais desde 2006.

Aduz que ação fiscal não teria sido apenas por meio da Ficha Econômica Financeira, mas as fitas detalhes do ECF, fls. 20 a 24, além dos livros fiscais, entregues pelo contribuinte, de acordo com a notificação às fls. 04 dos autos.

Rebate que as notas fiscais de serviço que foram apresentadas deveriam ter vindo acompanhadas de cada comprovante do cartão de crédito, onde a autuada trouxe aos autos apenas alguns comprovantes da operadora de cartões de crédito, não justificando as demais notas fiscais de serviço sem a devida comprovação.

Por conclusão, informa que realizou um demonstrativo das notas fiscais equivalentes a cada comprovante de pagamento apresentado, onde solicita a parcialidade da autuação, deduzindo R\$ 564,02 de ICMS, conforme os citados comprovantes demonstrados pelo contribuinte.

Com informação de não haver reincidência acerca da acusação fiscal, foram os autos conclusos a este Órgão Julgador, sendo estes distribuídos a então Julgadora Fiscal Ivônia de Lourdes Lucena Lins, que retornou os autos para que fossem considerados os documentos fiscais de prestação de serviços destinados às pessoas física e jurídica, conforme Orientação Fiscal anexa às fls. 1.348 a 1.350 dos autos.

Em atendimento ao pleito de diligência, a fiscalização considerou, apenas, as notas fiscais de serviços que estavam acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamentos com cartão de crédito, realizando novos demonstrativos às fls. 1.352 e 1.353 dos autos.

Em nova medida de diligência, a GEJUP determinou a feitura de correição para que fosse realizada a complementação da alíquota aplicada ao Regime do Simples Nacional, sendo lavrado Termo de Infração Continuada (fls. 1.365) com exigência do crédito tributário em R\$ 45.411,51, sendo R\$ 15.137,17 de ICMS e R\$ 30.274,34 de multa por infração, havendo a devida ciência ao contribuinte por via postal, com Aviso de Recebimento – AR nº RJ 74859192 4 BR, fls. 1.368, não havendo impugnação por parte do sujeito passivo.

Seguindo os trâmites processuais, a então julgadora promoveu novo saneamento, solicitando à fiscalização que fosse refeito os demonstrativos, confrontando mensalmente as informações das operadoras de cartões de crédito/débito, com os totais das vendas a consumidor, serviços, ECF, notas fiscais série “D”, considerando todos os documentos fiscais de serviços destinados às pessoas física e jurídica, conforme expediente às fls. 1.370 dos autos.

Em resposta, a fiscalização, embora não concordando com o levantamento solicitado, acostou cópia do demonstrativo que já tinha sido realizado pelo contribuinte, em que não mais apresentaria diferença tributável.

Com remessa definitiva para julgamento, foi designado o julgador, Petrônio Rodrigues Lima, que decidiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, conforme se extrai às fls. 1376 a 1384 dos autos, em emenda abaixo transcrita:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. PRESUNÇÃO CARACTERIZADA. RECEITAS PREDOMINANTES SOBRE SERVIÇOS DE HOSPEDAGENS. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA MUNICIPAL. PROVAS INSUFICIENTES PARA ELIDIR O FEITO

FISCAL. CORREÇÃO DA PENALIDADE.

Informações dos pagamentos fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, superiores às operações declaradas pelo sujeito passivo, autorizam a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS. In casu, não houve provas suficientes nos autos, de que a diferença tributável apurada teria sido decorrente de receitas afetadas tão-somente à atividade de hotelaria, pagas por meio de cartões de crédito/débito.

Correções na base de cálculo do imposto e na multa, decorrente da legislação em vigor, fez sucumbir parte do crédito tributário exigido na inicial e no Termo de Infração Continuada, lavrado para complementação da alíquota do imposto aplicada a menor na peça vestibular.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada, regularmente, da decisão singular em 19.8.2014, via Aviso de Recebimento, a autuada manifestou-se através de recurso voluntário, (fls.1390 a 1437), no prazo regulamentar, requerendo, de pronto, a nulidade do presente auto de infração e, no mérito, a improcedência da exigência fiscal.

De início, apresenta uma sinopse de todas as etapas do procedimento administrativo processual presente e suas consequências nos autos, desde a lavratura do auto de infração ao julgamento proferido pela GEJUP, finalizando com um resumo das razões que impõe a reforma da decisão.

Informa haver registro de todas as operações com mercadorias nos livros fiscais e que estas representam, em média, 5% do faturamento da empresa.

Alega haver violação à garantia de intimidade, privacidade e sigilo fiscal em razão do fisco obter dados e informações das administradoras de cartão de crédito e débito das operações financeiras, citando jurisprudência do STF contrário ao lançamento de ofício com base em informações fornecidas por terceiros, salvo ordem judicial autorizativa.

Que há uma arbitrariedade da autoridade fiscal em se valer de informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e débito, por violação à Lei do Sigilo Fiscal.

Afirma que o desrespeito a Lei do Sigilo Fiscal representa, também, um abuso de direito da autoridade fiscal com consequente violação de competência na esteira do art. 142 do CTN, além de haver uma precariedade da prova utilizada pelo fisco que afronta a verdade material.

Em seguida, alega que há uma impropriedade na desconsideração da alíquota do Simples Nacional para o caso da autuação fiscal, sendo indevida a tributação normal, sem a exclusão do contribuinte do sistema simplificado para efeito de alíquota cheia.

Ato contínuo aduz que a lavratura do Termo de Infração Continuada representa, na essência, em um ato de revisão de ofício do lançamento que não se adequa a hipótese prevista no artigo 149 do CTN, cabendo a anulação do ato administrativo do lançamento originário, para lavratura de novo auto de infração.

Argui, ainda, o lançamento complementar da alíquota não caracteriza uma infração continuada apta a ensejar nova autuação na forma disciplinada pelo art. 696 do RICMS/PB, posto que o caso concreto não se reveste em outra ou nova infração além da inicial apurada, restando ilegal a feitura na majoração da alíquota diante da preclusão lógica.

Concluindo, aduz a ocorrência de caráter confiscatório da multa fixada atentando contra os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao primado do “não-confisco”, requerendo a reforma da decisão para que seja nulo o auto de infração recorrida sua redução para um valor suportável, caso não acate a improcedência da denúncia.

Ao final, requer que se declare a nulidade do auto de infração ou, que seja reconhecida a improcedência da ação fiscal, por questão de justiça.

Consta às fls. 1439/1580 dos autos juntada do Livro Registro de Apuração do ICMS, Declaração de Receita Bruta da Pessoa Jurídica junto à Receita Federal do Brasil e Livro de Registro de Serviços Prestados com receitas declaradas.

Às fls. 1581 consta requerimento protocolado em 18/9/2014, acerca de pedido para concessão de prazo para juntada posterior de documentação pela parte.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, com distribuição e sorteio, segundo critério regimentalmente previsto, para fins de apreciação e julgamento.

Está relatado.

VOTO

Versam os autos sobre a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, verificadas através da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2007; janeiro a dezembro de 2009; janeiro a setembro de 2007, cujo resultado do crédito tributário está demonstrado às folhas 8 e 24 dos autos.

Antes de qualquer discussão, convém registrar que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei. A natureza da infração e a pessoa do infrator estão meridianamente determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte, além de inexistir, dentro da relação processual estabelecida, os aspectos de vício formal que pudesse motivar qualquer ação de nulidade do ato administrativo e por consequência, do processo administrativo tributário, conforme nos leciona o art. 16 c/c 17 da Lei nº 10.094/2013.

No mérito, vejo plena regularidade na técnica de aferição aplicada na movimentação mercantil do contribuinte, a qual motivou a acusação de omissão de saídas tributáveis alicerçada em presunção legal, diante de diferenças apontadas no confronto entre as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e as saídas tributáveis, efetivamente, declaradas pela recorrente.

Esse confronto visa alcançar àquelas operações de saídas de mercadorias que pagas por meio de cartão de crédito ou débito cujas operações realizadas não foram faturadas ou deixaram de ser, materializando, como já assentado, a presunção legal de omissão de vendas, conforme redação do artigo 646 do RICMS/PB, senão vejamos:

*Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou **de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto**, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (grifo nosso)*

Assim, quando da constatação de diferença no confronto realizado entre as informações das administradoras de cartões de crédito com o valor informado e declarado pela empresa nas GIM'S e em seus livros fiscais declarados, faz-se materializar a ocorrência de omissão de saídas tributáveis derivadas de vendas realizadas através de cartão de crédito sem a competente emissão documental para efeito de registro do valor da operação para tributação, ensejando assim infração aos **art. 158, inciso I c/c art. 160, inciso I**, ambos do RICMS/PB, conforme transcrição *ipsis litteris* abaixo:

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;

Não obstante a estrita legalidade processual vislumbrada, necessário enfrentar os aspectos abordados pela recorrente, *prima facie*, vislumbro ser inócuo o questionamento de haver falta de legitimidade e de arbitrariedade nos procedimentos quando da busca de provas pertinentes à movimentação financeira realizada pela administração tributária para a produção da prova indiciária, visto que, em primeiro plano, a ação fiscal encontra-se pautada pelo manto da legalidade e atende aos requisitos estabelecidos pela legislação ao ser produzida por agente público competente com atribuição e prerrogativa funcional definida em lei, conforme previsão normativa contida no artigo 37 c/c 151 da Lei nº 10.094/13, infra:

*Art. 37. Considera-se **iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações a este Regulamento:***

*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;***

IV - com qualquer outro ato escrito, de servidor fazendário, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

§ 1º O início do procedimento alcança todos aqueles que estejam diretamente envolvidos nas infrações porventura apuradas no decorrer da ação fiscal, somente abrangendo os atos que lhes forem anteriores.

Art. 151. *A fiscalização dos tributos é de competência privativa dos auditores fiscais, nos termos da Lei nº 8.427, de 10 de dezembro de 2007, tendo como atribuições:*

I – O Auditor Fiscal Tributário Estadual: a tributação, a arrecadação e a fiscalização das receitas tributárias estaduais, nas atividades de estabelecimento e de mercadoria em trânsito, em qualquer fase, inclusive a documentação que lhes é respectiva, correlatas às atribuições do cargo;

Em segundo plano, toda a ação fiscal encontra-se delineada pelas declarações de faturamento ocorridas em confronto às informações da movimentação financeira com operações realizadas pelo contribuinte junto às administradoras de cartões de débito e crédito, o que se conclui haver, por parte da recorrente, certo desconhecimento dos procedimentos atuais de auditoria aplicados nas fiscalizações dos tributos estaduais, a exemplo do ICMS para empresas que operacionalizam suas vendas com cartões de débito e/ou crédito.

Em verdade, todo o acervo documental das operações realizadas pelo contribuinte, com as administradoras de cartão de débito e crédito, encontra-se arquivado no Banco de Dados da SER/PB, não havendo o que se cogitar falta de provas indiciárias do fato constitutivo, quando se percebe que do montante declarado, ocorreu à dedução das operações mercantis faturadas pela recorrente no período auditado em relação ao que foi repassado pelas administradoras, o que inquina a tese de prática contrária a verdade material, quando se denota a ocorrência plena de movimentação financeira ocorrida por meio de pagamento, entre o contribuinte e a instituição financeira promotora do crédito, que, por força da legislação, declara todas as informações a esta Secretaria acerca das operações e prestações ocorridas com seus clientes, por meio de seu sistema de crédito, débito ou similares, nos termos do art. 389 do RICMS/PB, abaixo transcrito:

“Art. 389. As Administradoras de cartões de crédito ou de débito deverão informar ao Fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto, através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Parágrafo único. Portaria do Secretário de Estado da Receita disporá sobre o prazo e a forma de apresentação das informações de que trata o caput deste artigo.”

Tal obrigação, também, encontra disciplinamento na Portaria nº 163/GSER, de 10 de julho de 2007, que assim se reporta:

Art. 1º A partir de 1º de agosto de 2007, **as administradoras de cartões de crédito ou débito entregarão, até o décimo quinto dia de cada mês, arquivos eletrônicos contendo as informações sumarizadas (registro 66) e detalhadas (registro 65), relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado.**

Como se vê, tratando-se de informações (consideradas documentos fiscais), cuja obrigatoriedade das administradoras em prestá-las ao fisco estadual encontra-se prevista em normas estaduais, não há que se falar em ato administrativo que viole os princípios da garantia de intimidade, da privacidade e da verdade material, como extensamente demonstrou em seu recurso interposto.

No mais, o que se denota é a ocorrência de confusão de entendimento da recorrente em alegar que o procedimento fiscal encontra-se fundamentado em base de informações superficiais, frágeis ou precárias quando se sabe que a técnica fiscal aplicada enveredou para análise do faturamento oficial declarado em confronto com e àquelas operações financeiras que foram realizadas pelo próprio contribuinte, junto a instituições financeiras contratadas para fomentar e facilitar a realização de meio de pagamento com os seus clientes, por intermédio de Cartão de débito e/ou crédito, e que constam às fls. 8 a 18 dos autos.

As informações prestadas encontram-se delineadas com exatidão pelas administradoras de crédito, comprovando a fonte de origem material, donde se extraiu os dados das operações realizadas pelo contribuinte, via instituição financeira de crédito, e que retratam a veracidade de transações financeiras realizadas, com lastro probante suficiente para respaldar os lançamentos indiciários realizados.

Porquanto, não há o que se falar em imprestabilidade de prova capaz de provocar prejuízo ao direito de defesa da recorrente, não se vislumbrando qualquer obstáculo ou vício procedimental da fiscalização capaz de ofuscar a verdade material ao ponto de macular o processo administrativo tributário instaurado que se encontra em perfeita sintonia aos princípios que regem o contencioso tributário do Estado da Paraíba, razão pela qual não se materializa a propositura de a prova obtida foi ao arrepio da lei.

Quanto à alegação do contribuinte de que há violação a Lei do Sigilo Fiscal, também, não merece acolher esta arguição sob o manto de ter havido afronta a Lei Complementar nº 105/2001 que disciplina o sigilo das operações de instituições financeiras, por entender ser, absolutamente, ilegal e imprestável o procedimento adotado pela fiscalização.

Ora, pelo enfoque da recorrente os elementos que deram suporte à suposta infração decorrem de provas ilícitas obtidas mediante a quebra de sigilo bancário, que, por imposição às administradoras

de cartões de crédito, foram obtidas de forma ilegal, sem autorização a devida necessidade de ordem judicial regular.

Quanto a este aspecto, entendo que os contribuintes sujeitos ao recolhimento de tributo estadual têm a obrigação tributária estabelecida para com o Estado quando praticar o fato gerador descrito na legislação tributária.

Nesta esteira, o Estado dispõe de Administração Fazendária, destinada a controlar e fiscalizar o cumprimento da obrigação pelo contribuinte de pagar o tributo. Para o desempenho dessa atividade, o Fisco necessita ter acesso a todas as informações econômicas do contribuinte, com o fim de verificar o recolhimento efetivo do tributo, porém tais informações não devem ser reveladas a terceiros, pois, dizem respeito a dados pessoais e detalhes sobre o patrimônio do contribuinte.

Esta verificação atende a característica do sigilo fiscal, que é a proteção às informações prestadas pelos contribuintes ao Fisco, assegurado pelos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, conforme dispõe o art. 5º, XII da Constituição Federal de 1.988.

Por sua vez, o art. 197 do CTN vislumbra a obrigatoriedade de terceiros, mediante intimação escrita, prestar todas as informações de que dispunham com relação aos bens negócios ou atividades de terceiros. São eles: tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras, as empresas de administração de bens, os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais, os inventariantes, os síndicos, comissários e liquidatários, bem como quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Assim, não se pode cogitar de quebra de sigilo fiscal, quando da prestação pelas operadoras de cartões, de informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, eis que, tais dados, não são divulgados ao público, mas sim, levados exclusivamente ao conhecimento do fisco e foram obtidos após a instauração do procedimento administrativo contido em Ordem de Serviço Simplificada de nº 93300008.12.00002052/2008-73 constante à fls. 5 dos autos.

De outra banda, tem o contribuinte o dever de prestar todas as informações sobre sua movimentação mercantil, mediante o cumprimento de suas obrigações acessórias. Tais deveres instrumentais representam o reflexo documental de suas atividades que, tem por escopo, fornecer os instrumentos necessários à apuração e verificação do tributo devido.

Portanto, percebe-se não haver qualquer quebra de sigilo fiscal, muito menos ato arbitrário da autoridade fiscal quando da feitura fiscal, diante da devida instauração do processo de fiscalização com notificação expedida pela autoridade preparadora cientificada em 14/7/202008 (fl.4), dando

início ao procedimento fiscal.

Acrescento, mais uma vez, que as providências adotadas pelo Fisco estão respaldadas pelo parágrafo único, do art. 389 do RICMS/PB, já citado, comprovando a legalidade das obrigações das operadoras de cartão de crédito de prestar informações ao fisco estadual acerca das operações e prestações ocorridas com seus clientes, por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, logo, não vejo razão para entender haver razões de nulidade dos atos administrativos praticados pela fazenda estadual em seu mister oficial.

No caso em tela, trata-se de uma autuação originada da operação cartão de crédito/débito de estabelecimento cuja atividade preponderante é de hospedagem (hotel), conforme se observa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica anexo às fls. 1.375. Diante deste fato, é de bom alvitre para o deslinde da presente contenda, tecer algumas considerações sobre este tipo de atividade a luz da legislação tributária, relativo à incidência de imposto.

Pois bem, os serviços inerentes à hospedagem em hotéis, motéis, pousadas e similares, são fatos geradores de Imposto Sobre Serviços (ISS), de competência municipal, e não de ICMS, conforme preceitua a Lei Complementar nº 116/2003, de acordo com os dispositivos infracitados:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

§ 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado. (g.n.)

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

(...)

9 – Serviços relativos a hospedagem, turismo, viagens e congêneres.

9.01 – Hospedagem de qualquer natureza em hotéis, apart-service condominiais, flat, apart-hotéis, hotéis residência, residence-service, suite service, hotelaria marítima, motéis, pensões e congêneres; ocupação por temporada com fornecimento de serviço (o valor da alimentação e gorjeta, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao Imposto Sobre Serviços).

Neste contexto, é de se constatar a ressalva contida no §1º do art. 1º da lei, em relação à lista anexa à citada Lei Complementar, quando prevê a hipótese de incidência do ICMS quando da prestação de serviços com fornecimento concomitante com de mercadorias quando a lei assim dispuser. De acordo com esta lista em seu item 9.01, os serviços de hospedagens em hotéis, ou congêneres, são tributados pelo ISS, mesmo quando existir o fornecimento de alimentação, salvo quando os alimentos não estiverem incluídos no preço das diárias, em que haveria a incidência do ICMS.

Assim, em função da atividade econômica preponderante da Recorrente, e considerando que as empresas administradoras de cartões de crédito/débito informam todos os pagamentos realizados com cartões, seja pela prestação de serviços ou pelas vendas de mercadorias, e para efeito da presunção relativa que autoriza a denúncia de omissões de vendas de mercadorias, acima comentada, esta relatoria entende em acatar o procedimento que foi objeto de diligência fiscal ao autor do feito fiscal, fls. 1.347 e 1.370, para que fossem consideradas, além das declaradas à receita estadual, todas as receitas de prestação de serviços, de competência municipal, visto que estas representam base de faturamento declarado pela empresa em sua movimentação financeira, inclusive atestada em sua DASN do exercício de 2007 às fls. 1472 dos autos.

Em face da verdade material que atesta a ocorrência de faturamento de serviços prestados de hotelaria e que fazem parte da base da movimentação financeira da recorrente, aliada a adoção de novas diretrizes acerca dos procedimentos fiscais nas auditorias com operações de cartão de crédito emanadas pela GOFE/SER, vejo a necessidade de que sejam consideradas as notas fiscais de serviços devidamente declaradas pela empresa fiscalizada no período fiscalizado para efeito de comparativo com as informações declaradas no confronto das operações financeiras declaradas pelas administradoras de cartão.

Dessa situação, faço acolher a movimentação probante declarada para os serviços prestados pela recorrente que se encontram declarados no Livro Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados no Exercício de 2007 junto ao município de João Pessoa, dando conta da existência de receitas auferidas com serviços prestados em cada mês auditado, conforme espelha as provas constantes às fls. 1515 a 1580 dos autos, conforme quadro abaixo:

MÊS	FATURAMENTO DE SERVIÇOS (R\$)
JANEIRO/2007	145.511,77
FEVEREIRO/2007	52.610,03
MARÇO/2007	56.584,57
ABRIL/2007	52.117,08

MAIO/2007	66.140,20
JUNHO/2007	41.820,84
JULHO/2007	77.068,15
AGOSTO/2007	49.481,44
SETEMBRO/2007	69.195,12

Em face desta constatação, sou compelido a ajustar a planilha inicial da fiscalização, considerando, apenas, os valores de vendas efetivas de mercadorias por “notas fiscais de saídas Mod. 1” e as de “venda a consumidor”, e os valores advindos das prestações de serviços declarados pelo contribuinte, na forma disposta pela alínea “e”, “e1” e “e2” da orientação de procedimento fiscal da GOFE/SER (fls. 1349), em ralação as quais procedo à correção, tomando como parâmetro para o cotejo fiscal dos valores de faturamento perante os valores declarados pelas administradoras de cartão de débito e crédito, cujo resultado fica demonstrado abaixo:

RECONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFERENTE ÀS OPERAÇÕES VIA CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO EFETUADAS PELA AUTUADA COM DEDUÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS DE VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS:

PERIODO	NF e Cupom Fiscal declarados pelo contribuinte nas GIM's	*NOTAS FISCAIS COM RECEITAS DE SERVIÇOS	RECEITAS TOTAIS DE DECLARADAS	VENDAS ADM. CARTÕES	DIFERENÇA TRIBUTAV EL	BASE DE CÁLCULO	ICM
01/2009	-	145.511,77	145.511,77	38.704,45	0,00	0,00	0,00
02/2009	-	52.610,03	52.610,03	27.364,71	0,00	0,00	0,00

03/2009	-	56.584,57	56.584,57	25.353,31	0,00	0,00	0,00
04/2009	-	52.117,08	52.117,08	34.199,00	0,00	0,00	0,00
05/2009	378,30	66.140,20	66.518,50	20.769,12	0,00	0,00	0,00
06/2009	970,00	41.820,84	42.790,84	21.930,35	0,00	0,00	0,00
07/2009	2.946,90	77.068,15	80.015,05	44.283,16	0,00	0,00	0,00
08/2009	3.392,70	49.481,44	52.874,14	27.135,80	0,00	0,00	0,00
09/2009	2.846,50	69.195,12	72.041,62	32.459,78	0,00	0,00	0,00
TOTAL							0,00

(* Livro Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados)

Portanto, as provas materiais que se extraem dos autos elidem os dados apresentados na Consulta de Contribuintes Omissos / Inadimplentes, apresentado às fls. 09, emitido em 05/09/2012, não havendo como acatar a denúncia de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, já que as declarações de vendas pela suplicante não foram inferiores às informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, inexistindo a subsunção do fato à norma contida no art. 646, V, do RICMS/PB, acima citado.

Em síntese, não pode ter sucesso o lançamento tributário de ofício, quando a defesa traz elementos de convencimento, capaz de eximir a exação fiscal em questão, onde entendo que não há como prosperar a autuação em epígrafe, assistindo razão ao auditor contestante (designado em razão de afastamento legal da autora da inicial), que opinou pela improcedência do feito acusatório.

Diante disso, fica prejudicada a análise das demais argumentações recursais, por falta de objeto.

Pelo exposto,

V O T O – pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular, e tempestivo, e, no mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e *provimento* do segundo, reformando a sentença prolatada na instância singular que julgou parcialmente procedente, e julgar improcedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00000000590/2008-73, lavrado em 15/8/2008, contra a empresa MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELELEIROS LTDA, inscrição estadual nº 16.099.837-9, nos autos qualificada, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente processo administrativo tributário.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de junho de 2017.

JOAO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator