

PROCESSO Nº 0428782020-7

ACÓRDÃO Nº 0028/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GILSON QUEIROZ DE LIMA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: JÚLIO DE OLIVEIRA COELHO

Relator: CONS.º SUPLENTE HEITOR COLLETT.

PRELIMINARES DE NULIDADES E DECADÊNCIA - REJEITADAS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS - OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO - EXCLUSÃO DO LANÇAMENTO DE MENOR VALOR (07/2016) EM QUE FICOU CARACTERIZADO O ACÚMULO DE ACUSAÇÕES - DENÚNCIA PARCIALMENTE CONFIGURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA - REINCIDÊNCIA NAO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

- *Rejeitadas as preliminares de nulidades arguidas por cerceamento de defesa, visto que constam nos autos todas as informações que demonstram as operações objeto das acusações imposta na inicial.*

- *Não há que se falar em arbitramento de base de cálculo quando os documentos e as declarações do contribuinte, que embasaram as denúncias se constituem elementos dotados de validade jurídica.*

- *Nos casos de omissões, a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário obedece ao comando insculpido no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, ou seja, inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

- *Contribuinte sujeito ao regramento da Escrituração Fiscal Digital - EFD, onde a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo-se o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.*

- *Excluído da cobrança o crédito tributário de menor valor, referente a acusação de falta de lançamento de notas fiscais de*

aquisição nos livros próprios, do mês de julho de 2016, em que ficou caracterizado a concorrência de acusações.

- Confirmada a falta de recolhimento do ICMS, de acordo com levantamento fiscal extraído a partir das informações constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD, mensalmente transmitidas pelo contribuinte, em que se cotejou o ICMS declarado e o efetivamente devido, detectando-se diferença de ICMS a recolher.

- 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, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso. Inocorrência de reincidência do ato infracional nos termos do art. 87 da lei nº 6.379/96, portanto, indevida a aplicação de multa recidiva.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

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 voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000135/2020-64, lavrado em 04/02/2020, contra a empresa, GILSON QUEIROZ DE LIMA LTDA., inscrição estadual nº 16.178.601-4, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 390.455,00 (trezentos e noventa mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais), sendo R\$ 195.227,50 (cento e noventa e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos), de ICMS, por violação ao artigo 106; artigo 158, I; artigo 160, I; com fulcro no artigo 646, incisos IV e V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 195.227,50 (cento e noventa e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos), a título de multa por infração, com fulcro art. 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo em que, mantenho cancelado, por indevida, a quantia de R\$ 23.887,91, sendo R\$ 8.424,30 de ICMS, R\$ 8.424,30 de multa por infração e R\$ 7.039,31 a título de multa por reincidência.

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

P.R.I.

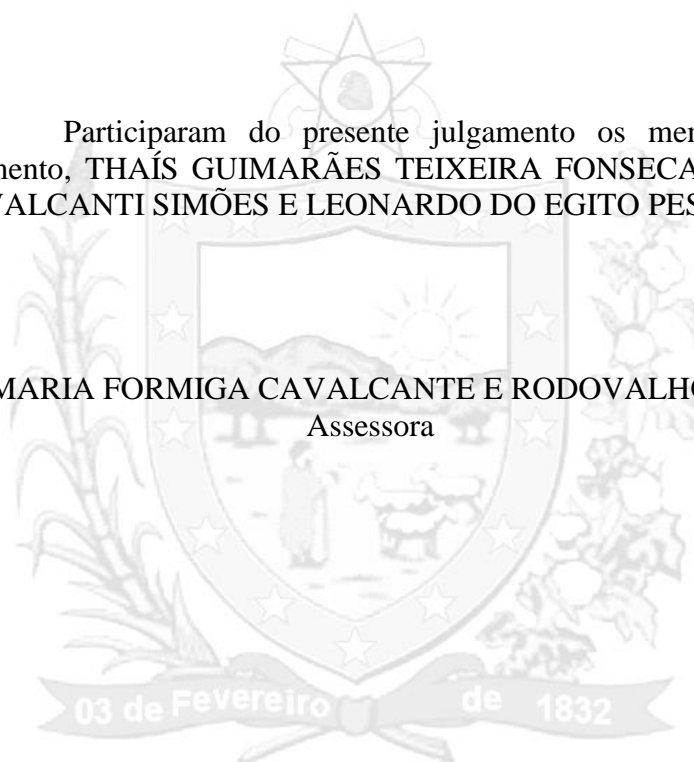
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de janeiro de 2022.

HEITOR COLLETT
Conselheiro Relator Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, **THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LEONARDO DO EGITO PESSOA.**

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora



PROCESSO Nº 0428782020-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GILSON QUEIROZ DE LIMA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: JÚLIO DE OLIVEIRA COELHO

Relator: CONS.º SUPLENTE HEITOR COLLETT.

PRELIMINARES DE NULIDADES E DECADÊNCIA - REJEITADAS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS - OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO - EXCLUSÃO DO LANÇAMENTO DE MENOR VALOR (07/2016) EM QUE FICOU CARACTERIZADO O ACÚMULO DE ACUSAÇÕES - DENÚNCIA PARCIALMENTE CONFIGURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA - REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

- *Rejeitadas as preliminares de nulidades arguidas por cerceamento de defesa, visto que constam nos autos todas as informações que demonstram as operações objeto das acusações imposta na inicial.*

- *Não há que se falar em arbitramento de base de cálculo quando os documentos e as declarações do contribuinte, que embasaram as denúncias se constituem elementos dotados de validade jurídica.*

- *Nos casos de omissões, a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário obedece ao comando insculpido no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, ou seja, inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

- *Contribuinte sujeito ao regramento da Escrituração Fiscal Digital – EFD, onde a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo-se o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.*

- *Excluído da cobrança o crédito tributário de menor valor, referente a acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, do mês de julho de 2016, em que ficou caracterizado a concorrência de acusações.*

- *Confirmada a falta de recolhimento do ICMS, de acordo com levantamento fiscal extraído a partir das informações constantes na*

Escrituração Fiscal Digital – EFD, mensalmente transmitidas pelo contribuinte, em que se cotejou o ICMS declarado e o efetivamente devido, detectando-se diferença de ICMS a recolher.

- 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, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso. Inocorrência de reincidência do ato infracional nos termos do art. 87 da lei nº 6.379/96, portanto, indevida a aplicação de multa recidiva.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000135/2020-64**, lavrado em 04/02/2020, contra a empresa, **GILSON QUEIROZ DE LIMA LTDA.**, inscrição estadual nº 16.178.601-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 02/2015 a 12/2017, em que constam as seguintes denúncias:

009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa: Foi constatada a omissão de registros, na Escrituração Fiscal Digital da empresa auditada, das notas fiscais de entradas constantes da relação que integra o processo administrativo tributário, causando, assim, a cobrança do ICMS ora informado, afora acréscimos legais.

286 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: Foram constatadas diferenças entre: I – o ICMS Declarado e o ICMS Devido e II – os valores devidos ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF), conforme planilhas que integram o respectivo processo administrativo tributário.

563 – 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: Diferença verificada entre o faturamento declarado pela empresa auditada e as informações prestadas por administradoras de cartões de crédito – reincidência de infração, tendo em vista a lavratura do Auto de Infração 93300008.09.00000405/2016-50.

Foram dados como infringidos, os artigos 158, I, 160, I, com fulcro no artigo 646, V, c/c o art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo apurado um **crédito tributário no valor total de R\$ 414.342,91** (quatrocentos e quatorze mil, trezentos e quarenta e dois reais e noventa e um centavos), **sendo R\$ 203.651,80** (duzentos e três mil, seiscentos e cinquenta e um reais e oitenta centavos) **de ICMS; e R\$ 203.651,80** (duzentos e três mil, seiscentos e cinquenta e um reais e oitenta centavos), **a título de multa por infração**, fundamentada no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, e **R\$ 7.039,31** (sete mil, trinta e nove reais e trinta e um centavos) **de multa recidiva**.

Instruem a peça inicial os seguintes documentos:

- 1) Termo de Início de Fiscalização nº 93300008.13.00000026/2020-79 (fl. 6 e 7);
- 2) Comprovante de Notificação da Ordem e Serviço, através de DT-e (fl. 8);
- 3) Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00008296/2019-12 (fl. 9 e 10);
- 4) Demonstrativos Fiscais: Demonstrativo do ICMS a Recolher (fl. 14 e 15); Relação das Notas Fiscais de Entradas não Lançadas – Exercícios de 2015 a 2017 (fl. 16 a 35); Relatório de Vendas a Varejo, com operações realizadas com cartões (fl. 36);
- 5), Termo de Encerramento de Fiscalização nº 93300008.13.00000172/2020-02 (fl. 37 e 38);
- 6) Avisos de Recebimento (fl. 39 a 43).

Cientificada do resultado da presente ação fiscal, a autuada, por meio de seu representante (fl. 117), apresentou reclamação tempestiva, em 08/05/2020 (fl. 44 a 98), com os seguintes fundamentos em sua defesa:

- a impugnação é tempestiva, de acordo com a Portaria nº 00054/2020/SEFAZ, na sequência, faz a transcrição das infrações denunciadas, dizendo que estas são insubsistentes (fl. 45 e 46);
- o crédito tributário referente às competências de 1/1/2015 a 24/3/2015 foi alcançado pela decadência, por isso requer a sua extinção (fl. 46 a 56);
- clama pela insubsistência das acusações primeira e terceira, fundamentadas na presunção de omissão de saídas pretéritas de

mercadorias tributáveis, dizendo que suas bases de cálculo deveriam ser arbitradas nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei nº 6.379/96 (fl. 56 a 62);

- concorrência das infrações de: falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito, configurando-se o bis in idem, pois a conduta infringente é a mesma nas duas infrações, por isso requer a improcedência da terceira acusação que estaria compreendida pela primeira (fl. 62 a 67);

- prossegue requerendo a improcedência das acusações primeira e terceira supracitadas, dizendo que a obrigação tributária não pode decorrer de simples suposições, vez que é vedado cobrar tributo por presunção da ocorrência do fato gerador (fl. 67 a 72), assim como, pelo fato de comercializar majoritariamente produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, não haveria mais imposto a recolher (fl. 72 a 76);

- a nulidade das três infrações por falta de documentos que demonstrem o cometimento dos atos infracionais como também argumentam que as notas fiscais de entradas, embora não constem nos livros fiscais, foram lançadas na escrita contábil, logo não pode prevalecer a omissão de saídas de mercadorias tributáveis (fl. 76 a 90);

- pleiteia o reconhecimento da ausência de reincidência da infração de omissão de vendas – operações com cartão de crédito e débito, nos termos do art. 38, § 2º, da Lei nº 10.094/2013, por conseguinte, a improcedência da multa recidiva;

- ICMS calculado a maior, necessidade de observância da alíquota reduzida no percentual de 2,4%, consoante Decreto nº 33.657/2012 (fl. 96 a 97);

- Requer a improcedência do auto de infração, como também aplicação da alíquota de 2,4%.

Documentos acostados pela Impugnante às fls. 99 a 297 dos autos.

Sem informações de reincidência. os autos foram conclusos e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 298), onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Fernanda Céfora Vieira Braz, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal (fl. 300 a 316), com a seguinte Ementa:

PEDIDOS DE NULIDADE. REJEITADOS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS E OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÕES CONCORRENTES. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. CONFIRMADA. MULTA RECIDIVA. INDEVIDA.

- Não restou configurada nulidade em nenhuma das hipóteses suscitadas na impugnação, visto que o feito fiscal está em harmonia com a legislação de regência.
- Autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, bem como o contribuinte declarar ao Fisco vendas em valores inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, de acordo com a legislação de regência. Entretanto, ficou evidenciada a concorrência entre as infrações supracitadas em período determinado, sucumbindo a de menor monta, conforme demonstrado.
- Confirmada a falta de recolhimento do ICMS, de acordo com levantamento fiscal extraído a partir das informações constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD, mensalmente transmitidas pelo contribuinte, em que se cotejou o ICMS declarado e o efetivamente devido, detectando-se diferença de ICMS a recolher.
- In casu, o sujeito passivo não trouxe aos autos provas elidentes das denúncias fiscais em tela.
- Constatada a inocorrência de reincidência do ato infracional nos termos do art. 87 da lei nº 6.379/96, portanto, despicienda a aplicação de multa recidiva.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificada, da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico, em 24/05/2021 (fl. 319), a atuada, através de seu Advogado, apresentou recurso voluntário tempestivo, em 22/06/2021 (fl. 322 a 375), onde, em síntese, apresenta os seguintes argumentos:

PRELIMINARMENTE:

- Nulidade da primeira acusação, visto que o auditor fiscal não demonstra quais notas fiscais de aquisições, supostamente, a atuada deixou de lançar nos livros próprios. O atuante limitou-se a acostar ao processo administrativo, 22 (vinte e duas) planilhas, com centenas de páginas, intituladas “Notas fiscais de entradas não lançadas”;
- Nulidade da segunda acusação, de “falta recolhimento do ICMS”, visto que, afora a planilha acostada aos autos pelo Fisco, não se sabe a origem de tais valores, nem qual metodologia de apuração utilizada pelo atuante;
- Nulidade da terceira acusação, de “omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito”, visto que, não é possível localizar qualquer documento entregue pelas administradoras de cartão, que contenham as informações que serviram de base para a autuação. O atuante se limita a apresentar planilha elencando valores que supostamente corresponderiam ao movimento das operações realizadas com cartão de crédito/débito;

- Decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 24/03/2015, visto que, com a entrega das declarações, o Fisco detém todas as informações do contribuinte;

NO MÉRITO:

- Improcedência da primeira acusação, pelas seguintes razões:

1 – A julgadora singular não considerou os documentos apresentados na impugnação, visando demonstrar que as notas fiscais ditas não lançadas, estão devidamente lançadas no Livro Registro de Entradas – Modelo P1A (fl. 210 a 292).

- Improcedência da primeira e da terceira acusação, pelas seguintes razões:

1 – Por falta de arbitramento da base de cálculo do imposto autuado. A fiscalização adotou como base de cálculo, o valor das notas fiscais de aquisição não lançadas e as divergências entre os valores das vendas declarados pelo contribuinte em sua EFD frente aos valores das operações realizadas com cartões de crédito/débito informados pelas administradoras de cartão;

2 - Pela vedação constitucional de cobrar tributo por presunção (falta de fato gerador);

3 – A autuada comercializa majoritariamente produtos sujeitos ao ICMS por substituição tributária, cujo imposto já foi recolhido antecipadamente pelo substituto tributário, não sendo cabível uma nova cobrança;

- Necessidade de observância da alíquota reduzida no percentual de 2,4%, consoante Decreto nº 33.657/2012;

Remetidos, a esta Corte de julgamento, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000135/2020-64**, lavrado em 04/02/2020, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

NULIDADES.

De início, cabe considerar que os lançamentos fiscais descrevem com clareza a matéria tributável, complementado pelas Notas Explicativas, o montante do imposto a exigir, o período a que se referem e as penalidades cabíveis, guardando inteira consonância com as determinações do art. 142 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos artigos. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT):

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

- I - à identificação do sujeito passivo;
- II - à descrição dos fatos;
- III - à norma legal infringida;
- IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;
- V - ao local, à data e à hora da lavratura;
- VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Com relação aos proclames da recorrente, arguindo a nulidade do auto de infração, por vício formal, alegando, quanto a primeira acusação, de que o auditor fiscal não demonstra quais as notas fiscais de aquisições a autuada deixou de lançar nos livros próprios, este não procede, visto que, a Fiscalização juntou aos autos planilhas contendo a relação das notas fiscais não lançadas nos livros próprios da EFD, com número da chave de acesso ao Sistema Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, CNPJ do emitente, razão social do emitente, número da nota fiscal eletrônica, CFOP da operação, valor da operação, data de emissão, valor total mensal das operações e o valor total mensal do ICMS, os quais constituem-se elementos dotados de validade jurídica suficientes para comprovar as operações objeto da acusação, oportunizando assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa (fl. 16 a 35).

Ademais, a recorrente mesmo afirma, em seu recurso, que o autuante limitou-se a acostar ao processo administrativo, 22 (vinte e duas) planilhas, com centenas de páginas, intituladas “Notas fiscais de entradas não lançadas” (fl. 333), o que demonstra ter tido acesso e tomado conhecimento das planilhas demonstrativas das notas fiscais objeto da primeira acusação (0009).

Quanto a segunda infração, de “falta de recolhimento do ICMS”, a recorrente solicita a nulidade por entender que não é possível saber a origem dos valores levantados, nem qual metodologia utilizada para apuração do montante, este argumento também não procede, visto que, a Fiscalização confrontou os valores mensais das vendas com os valores declarados na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, elencando, em planilha, mês a mês, os valores totais das operações de vendas realizadas, os totais mensais do faturamento declarado, o ICMS devido, o ICMS declarado e as diferenças do ICMS não recolhido, sendo elementos necessários ao entendimento da denúncia (fl. 14 e 15).

Ademais, a Fiscalização obteve os dados que compõem o demonstrativo fiscal, a partir das informações prestadas pela própria autuada, nas suas declarações mensais da Escriturações Fiscais Digitais – EFDs, comparando o ICMS Declarado com o ICMS Devido e, os declarados ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF), conforme descrito na Nota Explicativa da infração, logo não há que se falar em nulidade da segunda acusação, por cerceamento de defesa.

Da mesma forma, não procede a arguição de nulidade da terceira acusação de “omissão de vendas operação cartão de crédito e débito”, por falta de provas, vez que consta nos autos demonstrativo fiscal confeccionado a partir de dados da Escrituração Fiscal Digital da autuada, cotejando o total das vendas com as notas fiscais emitidas e as vendas promovidas via cartão de crédito e débito (fl. 36), por conseguinte, o crédito tributário está fundamentado nos dados fiscais da ora impugnante inexistindo motivo para declaração da nulidade.

Quanto à alegação de que os créditos fiscais lançados no auto de infração, relativos aos fatos geradores ocorridos até 24/03/2015, estariam alcançados pela decadência, por ter transcorrido mais de 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, com fundamento no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, este não procede, visto que, ao consultar o link “Documentos Fiscais Declarados”, na EFD da autuada, no exercício de 2015, constata-se a completa inexistência (omissão) de documentos fiscais declarados. Vejamos o resultado da consulta ao Sistema ATF:

Contribuinte Destinatário	
- Razão Social:	GILSON QUEIROZ DE LIMA LTDA
- CPF/CNPJ:	00.518.422/0001-53
- Inscrição Estadual:	16.178.601-4
- Período:	02/2015 a 01/2016

0 Registro(s) Encontrado(s)

O mesmo resultado (zero) pode-se obter, ao consultar no Sistema ATF da SEFAZ, as informações da Movimentação Econômico-Fiscal, da EFD da autuada, no exercício de 2015, especificamente dos meses de fevereiro e março de 2015, que interessam à análise da decadência.

Salienta-se que, a empresa ora autuada está obrigada a apresentar Escrituração Fiscal Digital – EFD/SPED, **desde janeiro de 2013** (GIM até 12/2012), conforme consulta ao Sistema ATF desta Secretaria:

Data:	11/01/2022 13:55:19	
Retorno:	101 - SUCESSO	
CNPJ:	00.518.422/0001-53	
Inscrição Estadual:	16.178.601-4	
UF:	PB	
01/01/2013 01:00:00 a 28/09/2017 01:00:00	B 01/01/2013 01:00:00	28/09/2017 01:00:00
07/10/2017 01:00:00 a 19/09/2018 01:00:00	B 07/10/2017 01:00:00	19/09/2018 01:00:00
28/09/2018 01:00:00 a - - - - -	B 28/09/2018 01:00:00	---
Contribuinte obrigado de entrega de EFD.		

Para a contagem dos prazos, sob o aspecto do artigo 22, § 3º, da Lei 10.094/2013, vê-se que haverá a incidência do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN **nos casos em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais à Fazenda Estadual**, conforme se conclui da exegese dos dispositivos abaixo transcritos:

CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo, a homologação será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Lei nº 10.094/13:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte **tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual**, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

Com base na miríade de ações em que se envolve a discussão a respeito do termo inicial da contagem do prazo para verificação da decadência, os Tribunais, em direção ao que prevê a referida norma do CTN, tendo que enfrentar a questão de forma tão repetitiva, emitiu inclusive uma Súmula específica, dando conta de que, é o artigo 173, I, que se aplica para os casos de omissão:

Súmula n.º 555 do STJ. Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário **conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN**, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Assim, não é preciso destacar aquilo que o vocábulo OMISSÃO significa para se chegar à conclusão que, se as notas fiscais representativas do movimento de entradas mercadorias, com base no qual a fiscalização encontrou matéria tributável foi omitida do controle do Fisco estadual, será a dicção do dispositivo do CTN destacado – art. 173, I – que prevalecerá para início da contagem do prazo de verificação da decadência, que será o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. Sendo esse dia, o dia 01/01/2016, é possível observar que a decadência ocorreria se Administração não tivesse dado ciência do lançamento de ofício (auto de infração) até o dia 31.12.2020.

Como a ciência se verificou em 24.03.2020, é fácil perceber que a decadência não se operou para o crédito levantado referente à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios da EFD, não se operando os efeitos da extinção do crédito tributário nos moldes do que prescreve o artigo 156, V, do CTN.

MÉRITO.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS.

A condição de contribuinte do ICMS no Estado da Paraíba impõe a todos enquadrados como tal uma série de obrigações, sejam de natureza principal, sejam de natureza acessória, sendo uma delas, o lançamento de todas (sem exceção) as notas fiscais de aquisição de mercadorias nos Livros próprios da EFD.

Ocorre que, no âmbito da legislação em vigor, a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias no Livro Registro de Entradas da EFD, tem efeito muito mais abrangente do que apenas a responsabilização pelo descumprimento da obrigação

acessória. Vejamos o que dispõe o artigo 3º a Lei nº 6.379/1996 e o artigo 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96

Art. 3º O imposto incide sobre:

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos 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 ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto**, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

RICMS/PB:

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:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a **ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas**;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

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;

Assim, a relação das notas fiscais de aquisições de mercadorias, objeto da presente acusação, elencadas em planilhas anexadas nos autos pela Fiscalização, contendo a relação das notas fiscais não lançadas nos livros próprios da EFD, com número da chave de acesso ao Sistema Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, CNPJ do emitente, razão social do emitente, número da nota fiscal eletrônica, CFOP da operação, valor da operação, data de emissão, valor total mensal das operações e o valor total mensal do ICMS, os quais constituem-se elementos dotados de validade jurídica suficientes para comprovar as operações objeto da acusação, oportunizando assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa (fl. 16 a 35).

A presunção legal e regulamentar, de que trata o parágrafo oitavo, do artigo 3º, da Lei 6.379/96 e do artigo 646, IV do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido artigo.

Apenas a negativa de aquisição, por si só, não é suficiente para afastar a presunção legal. Para comprovar a regularidade de suas operações, compete à defesa demonstrar que efetuou o registro (sem exceção) de todas as notas fiscais relacionadas pela auditoria como não lançadas no Livro Registro de Entradas ou que não as registrou pelo fato de as mercadorias nelas consignadas não terem sido a ela destinadas.

A simples alegação genérica de que o fato irregular não ocorrera não é suficiente para afastar a presunção insculpida no artigo 646 do RICMS. Para produzir os efeitos pretendidos, far-se-ia necessária apresentação de provas aptas a corroborar a afirmação defensiva, cabendo ao contribuinte o ônus desta prova.

Esta foi a fórmula encontrada pelos sistemas processuais jurídicos e administrativos como forma de subsidiar o julgador na tomada de decisões que visem à busca da justiça.

Não se trata de uma obrigação, mas sim de um ônus. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

No sistema processual brasileiro, a distribuição do ônus da prova incumbe:

- a) Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- b) Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual (autor, réu, etc.), pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito (em razão do fato ocorrido), terá de provar sua veracidade. Daí, a regra adotada pelo direito brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que, ao réu, caberá a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Este modelo também foi incorporado à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária. Observemos o art. 56 da referida Lei:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

As aquisições de produtos destinados ao uso e/ou consumo, imobilizado, ou mesmo para comercialização, não altera a presunção contida no artigo 646 do RICMS/PB, uma vez que **a exigência dos créditos não está relacionada diretamente a estas notas fiscais que acobertaram as operações, mas sim a operações pretéritas, cujas receitas não foram oferecidas à tributação** e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante destacarmos que, para a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o parágrafo oitavo, do artigo 3º, da Lei 6.379/96 e o artigo 646 do RICMS/PB autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto.

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis, independente da destinação dos produtos vinculados às notas fiscais nela relacionadas.

Assim, a repercussão tributária não decorre da posterior saída destes produtos, mas sim de operações anteriores às aquisições. Não se busca tributar a saída destes produtos, mas sim de alcançar operações anteriores que se consumaram à margem da tributação e cujas receitas possibilitaram a aquisição dos produtos consignados nas notas fiscais não registradas pelo contribuinte.

Recentemente, em 19/11/2019, foi publicada no Diário Oficial do Estado, a Portaria nº 0311/2019/SEFAZ, a qual ratificou a propositura de Súmulas do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba – CRF:

PORTARIA Nº 0311/2019/SEFAZ:

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 3º, inciso VIII, alínea “h”, da Lei nº 8.186, de 16 de março de 2007, e

Considerando a competência do Conselho de Recursos Fiscais para apreciar proposta de súmula, nos termos do parágrafo único do art. 94 da Portaria nº 00248/2019/SEFAZ, de 20 de outubro de 2019, que aprovou o Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba - RCRF/PB;

Considerando o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 95 do RCRF/PB, que disciplinam os procedimentos de aprovação e ratificação de súmulas administrativas do CRF/PB,

R E S O L V E:

Art. 1º Ratificar a proposição das Súmulas Administrativas números 01 a 04 aprovadas pelo Conselho de Recursos Fiscais na 56ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do Anexo Único desta Portaria.

Art. 2º Não ratificar a propositura da Súmula Administrativa número 05.

Art. 3º A súmula, depois de ratificada pelo Secretário de Estado da Fazenda e publicada no Diário Oficial Eletrônico da SEFAZ/PB, terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

MARIALVO LAUREANO DOS SANTOS FILHO

Secretário de Estado da Fazenda Matrícula Nº 171.798-7.

ANEXO ÚNICO DA PORTARIA Nº 00311/2019/SEFAZ, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2019.

NOTA FISCAL NÃO LANÇADA

SÚMULA 02 – A constatação de falta de registro da entrada de nota fiscal de aquisição impõe ao contribuinte o ônus da prova negativa da aquisição, em razão

da presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. (Acórdãos n.ºs: 305/2018; 394/2018; 475/2018; 577/2018; 589/2018; 595/2018).

As informações fiscais contidas no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED/EFD são formadas pelas informações fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, através de suas declarações mensais.

Ao consultar as Declarações da Escrituração Fiscal Digital – EFD da autuada, no Sistema ATF desta Secretaria, verifica-se que no exercício de 2015, o contribuinte foi omissos em suas declarações, não tendo declarado as notas fiscais de aquisição. Em relação aos exercícios de 2016 e 2017, embora existam notas fiscais declaradas na EFD, não constam lançadas/declaradas as notas fiscais de aquisição objeto desta acusação, elencadas nas planilhas anexas aos autos pela Fiscalização, às fls. 16 a 35.

A recorrente, visando desconstituir acusação de “falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios”, anexa aos autos cópia do Livro de Entrada – RE – Modelo P1A (livro físico), dos exercícios de 2015, 2016 e 2017.

Entretanto, estes não se prestam como provas visando a desconstituição da acusação, visto que, como já demonstrado, a empresa ora autuada está obrigada a apresentar as suas declarações mensais na Escrituração Fiscal Digital – EFD/SPED, **desde 01 de janeiro de 2013**, conforme consulta ao Sistema ATF desta Secretaria, *link's* “EFD Declarações Processadas” e “EFD Web Service” do contribuinte.

Sendo assim, o livro Registro de Entrada, que não seja o próprio da EFD, nos termos do Decreto n.º 30.478, de 28 de julho de 2009, só se presta para controle interno da própria empresa.

Ademais, verifica-se que as cópias do livro registro de entradas apresentadas nos autos, não contém a prévia chancela/carimbo da Repartição Fiscal, exigidas para os livros fiscais, conforme preceitua o artigo 268, do RICMS/PB:

Art. 268. Os livros fiscais, que serão impressos e de folhas numeradas tipograficamente, em ordem crescente, **só serão usados depois de visados na repartição do domicílio fiscal do contribuinte.**

Registre-se que o Agente do Fisco atuou nos limites da Lei n.º 6.379/96, propondo corretamente a penalidade prevista no art. 82, *inciso V, alínea “f”*, vejamos:

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):

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive, a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

(análise válida para as acusações de (009) falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e (563) omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito).

Ao se contrapor à primeira e terceira acusação (falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito), a recorrente defende a reforma da decisão monocrática alegando que a fiscalização não aplicou a técnica do arbitramento da base de cálculo do ICMS, adotando, indevidamente, os valores das notas fiscais de aquisição supostamente não registradas e os valores das divergências entre as vendas declaradas pelo contribuinte em sua EFD e os valores das operações realizadas através de cartão de crédito e débito, informados pelas administradoras de cartão, as quais ensejaram a incidência presuntiva do imposto, como base de cálculo deste.

Continuando a construção de sua tese, a recorrente afirma que as irregularidades fiscais como notas fiscais não lançadas e a diferença a menor entre as declarações do contribuinte e as informações das operadoras de cartão de crédito, constituem, nos termos do art. 23, II, da LICMS/PB, expressões de fundada suspeita de que os documentos e livros fiscais não refletem o valor real da operação ou da prestação, motivo pelo qual, deveria ter a autoridade fiscal, obrigatoriamente, realizado o arbitramento da base de cálculo das operações presumidas por um dos critérios previstos no parágrafo único, do mesmo artigo 23.

Não obstante a recorrente afirmar que a autoridade fiscal deveria realizar o arbitramento da base de cálculo das operações presumidas com base nos critérios estabelecidos no parágrafo único do artigo 23 da Lei nº 6.379/96, entendemos que, no caso em apreço, tal recurso se mostra inaplicável.

Imperioso compreendermos que o arbitramento só se legitima quando os valores (ou os preços) sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Para embasar o argumento esposado, a defesa se socorre dos artigos 18 e 23 da Lei nº 6.379/96¹, cujo teor reproduzo a seguir:

Art. 18. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé às declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Art. 23. Nos seguintes casos especiais o valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, sem prejuízo das penalidades cabíveis, observado o disposto no art. 18:

I - não exibição, à fiscalização, dentro do prazo da intimação, dos elementos necessários à comprovação do valor real da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

¹ Redações vigentes à época dos fatos geradores.

II - fundada suspeita de que os documentos e livros fiscais não refletem o valor real da operação ou da prestação;

III - declaração nos documentos fiscais, sem motivo justificado, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias ou dos serviços;

IV - transporte ou estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais.

Parágrafo único. Para arbitrar o valor das operações ou prestações, nas hipóteses deste artigo, a autoridade fiscal levará em conta um dos seguintes critérios:

I - o preço constante de pautas elaboradas pela Secretaria de Estado da Receita;

II - o preço corrente da mercadoria ou sua similar na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação, ou o preço FOB à vista da mercadoria, calculado para qualquer operação;

III - o preço de custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido do percentual nunca inferior a 30% (trinta por cento), para qualquer tipo de atividade, nos termos do Regulamento;

IV - o preço nunca inferior ao custo dos produtos fabricados ou vendidos, conforme o caso, nos termos do Regulamento, em se tratando de saída de mercadorias de estabelecimentos industriais;

V - o que mais se aproximar dos critérios previstos nos incisos anteriores, quando a hipótese não se enquadrar, expressamente, em qualquer um deles.

Com efeito, da leitura das disposições acima, extrai-se que, o arbitramento da base de cálculo do ICMS somente pode ser convalidado quando atendidas as condições estabelecidas nos artigos 18 e 23 da Lei nº 6.379/96.

Em apertada síntese, podemos inferir que se trata de medida excepcional, tendo espaço, tão somente, quando sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Dito isto, observemos que os valores que serviram de base de cálculo para a apuração do crédito tributário, utilizados pela Fiscalização, são exatamente os valores das notas fiscais não escrituradas e a diferença, à menor, entre os valores declarados pelo contribuinte na EFD e os informados pelas administradoras de cartões de crédito e débito.

E não poderia ser diferente, uma vez que o que se busca alcançar são os montantes das vendas omitidas que possibilitaram a aquisição das mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais não declarados pela empresa.

A respeito das notas fiscais omitidas, é incontroversa a validade jurídica que elas possuem, dado que se trata de documentos eletrônicos emitidos por contribuintes do ICMS, cujas emissões foram devidamente autorizadas pelos Fiscos de seus respectivos domicílios.

Diante deste cenário, não caberia à fiscalização utilizar o arbitramento da base de cálculo, vez que ausentes as condições estabelecidas nos incisos do artigo 23 da Lei nº 6.379/96, pois, diferentemente do que afirma a autuada, as denúncias não se constituem expressão de fundada suspeita de que os documentos fiscais não refletem o valor real da operação, o que afasta, *ipso facto*, a possibilidade de arbitramento.

O silogismo dialético da recorrente, caso prosperasse, traria, como consequência imediata, a impossibilidade prática de se autuar qualquer contribuinte, no âmbito da legislação do ICMS do Estado da Paraíba, com base nas presunções de que tratam os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB.

Não há como se extrair entendimento diverso daquele já consolidado em relação aos valores das vendas omitidas para efeito de aplicação das presunções previstas no ordenamento jurídico do Estado da Paraíba. Da mesma forma que, nos casos em exame, as receitas omitidas correspondem aos valores das notas fiscais não lançadas e da diferença, à menor, entre os valores declarados pelo contribuinte na EFD e os informados pelas administradoras de cartão.

Para demonstrar a pertinência com a matéria em exame, convém trasladarmos um fragmento de cada um dos referidos acórdãos.

Acórdão nº 497/2019:

“Ademais, ao contrário do que alega o contribuinte a base de cálculo está perfeitamente identificada, tanto no libelo basilar como nos demonstrativos instrutórios. Neste ponto, há que se destacar que não há qualquer arbitramento realizado pela Fiscalização quanto à base de cálculo apurada, haja vista que é decorrência lógica do próprio ilícito constatado: os recursos obtidos mediante omissões pretéritas de saídas de mercadorias tributáveis foram utilizados para aquisição de mercadorias, cujo lançamento deixou de ser realizado pelo contribuinte nos livros fiscais próprios.”

Acórdão nº 664/2019:

“Para esta acusação não pode haver outra base de cálculo, a não ser os valores das operações, cujas notas fiscais não foram registradas, pois seus pagamentos foram realizados sem comprovação de desembolso pelo caixa da empresa, ou seja, o numerário utilizado para liquidação da aquisição (valores das notas fiscais) foram advindos das omissões pretéritas de saídas de mercadorias tributáveis. Portanto, não há o que se falar em arbitramento da base de cálculo do ICMS, pois esta se encontra evidente, clara e precisa, nos documentos fiscais não lançados.”

CONCORRÊNCIA DE ACUSAÇÕES DE OMISSÃO.

A repercussão tributária decorrente das duas técnicas de auditoria fiscais aplicadas, no caso, a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito, é a de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em que as receitas omitidas podem ter sido utilizadas para acobertar as compras.

Havendo acúmulo de acusações em um mesmo período, deve permanecer a procedência da infração pela técnica de maior representatividade valorativa entre as irregularidades detectadas, ou seja, aquela que identificou um quantum debeatur de maior monta.

Essa matéria já fora enfrentada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, a exemplo do Acórdão nº 344/2018, de relatoria da ínclita Conselheira Maira Catão da Cunha Cavalcanti Simões, infracitado:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – CONCORRÊNCIA ENTRE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

APURADOS POR DIFERENTES METODOLOGIAS – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA.

Depreende-se da norma inserida no art. 646 do RICMS que, uma vez realizadas aquisições de mercadorias sem lançamento das respectivas notas fiscais nos livros próprios, presume-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. Entende-se pela concorrência de infrações quando estas representam efeitos de uma mesma causa, apenas detectadas por diferentes processos de apuração. Neste prumo, não se pode autorizar lançamentos tributários simultâneos, visto que disto adviria figura do bis in idem, instituto não recepcionado pelo Direito Tributário Brasileiro. Frente a essa configuração, a infração de maior monta é continente da menor, que se desfaz na singularidade da origem única, diluindo-se no conteúdo da primeira de que é apenas parte.

Portanto, no caso em análise, como bem identificou a nobre julgadora singular, há concorrência entre as acusações de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios e de Omissão de Vendas – Operação Cartão de Crédito e Débito, no mês de julho de 2016, devendo ser cobrado o valor referente à técnica de fiscalização que originou maior base de cálculo, representativa da maior omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ou seja, **deve prevalecer a cobrança do valor relativo à acusação de Omissão de Vendas – Operação Cartão de Crédito e Débito do mês de julho de 2016 e excluído da cobrança o valor correspondente à acusação de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios, do mesmo mês.**

ALEGAÇÃO DE QUE COMERCIALIZA MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Quanto ao argumento de que não cabe nova cobrança de ICMS por presunção de omissões, sob alegação de que comercializa majoritariamente produtos sujeitos ao ICMS por substituição tributária, este ponto passa necessariamente pela análise acerca do tratamento tributário dado às mercadorias comercializadas pela Autuada nos períodos autuados.

Em consulta ao Módulo Cadastro do Sistema ATF, identificamos que a Autuada possui, como atividade econômica afeta ao ICMS: (CNAE: 5611-2/03) - LANCHONETES, CASAS DE CHA, DE SUCOS E SIMILARES (ICMS).

Ainda no Sistema ATF, sendo que agora em consulta ao módulo Dossiê do Contribuinte, realizamos um levantamento das operações de entradas e saídas do contribuinte durante os exercícios de 2015, 2016 e 2017, que demonstra de forma cristalina que o contribuinte comercializa mercadorias sujeitas a diversas formas de tributação, contudo, a maior parte são de produtos sujeitos a tributação normal. Vejamos:

Período: à (mm/aaaa) *

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST
Total Entradas:		0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERC	196.930,61	171.670,85	29.185,16	0,00	0,00
5403	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORIA ST	126.631,97	0,00	0,00	0,00	0,00
Total Saídas:		323.562,58	171.670,85	29.185,16	0,00	0,00

Período: 01/2016 à 12/2016 (mm/aaaa) *

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST
1102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	201.431,23	122.705,36	27.852,17	0,00	0,00
1410	DEVOLUCAO DE VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELECIMENTO EM OPERACAO COM PRODUTO SUJEITO	3.384,07	3.238,35	809,59	0,00	0,00
1411	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO	2.510,26	2.412,70	525,39	0,00	0,00
1909	RETORNO DE BEM REMETIDO POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	1.829,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Total Entradas:		209.154,56	128.356,41	29.187,15	0,00	0,00
CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERC	2.193.721,24	1.905.187,18	101.462,90	0,00	0,00
5405	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORIA ST	1.429.492,06	0,00	0,00	0,00	0,00
Total Saídas:		3.623.213,30	1.905.187,18	101.462,90	0,00	0,00

Período: 01/2017 à 12/2017 (mm/aaaa) *

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST
1102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	211.129,48	145.654,81	32.854,51	0,00	0,00
1202	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	90,00	90,00	16,20	0,00	0,00
1410	DEVOLUCAO DE VENDA DE PRODUCAO DO ESTABELECIMENTO EM OPERACAO COM PRODUTO SUJEIT	3.579,98	3.425,83	856,46	0,00	0,00
1411	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO	5.575,25	5.349,06	1.286,69	0,00	0,00
1909	RETORNO DE BEM REMETIDO POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	2.813,30	0,00	0,00	0,00	0,00
1949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADA	719,40	0,00	0,00	0,00	0,00
2102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	578,50	578,50	69,42	0,00	0,00
Total Entradas:		224.485,91	155.098,20	35.083,28	0,00	0,00
CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERC	2.264.497,94	1.980.990,33	286.754,79	0,00	0,00
5405	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORIA ST	1.336.721,69	0,00	0,00	0,00	0,00
Total Saídas:		3.601.219,63	1.980.990,33	286.754,79	0,00	0,00

Assim, de acordo com as informações prestadas pela própria autuada em sua EFD, não há como prosperar a tese da recorrente de que trabalha preponderantemente com mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, haja vista que as declarações fiscais apresentadas pelo próprio contribuinte, depõem contra essa afirmação.

Como bem observado pela nobre julgadora singular, os percentuais de mercadorias comercializadas sob o regime de substituição tributária do ICMS, correspondem, respectivamente, em 39,14% em 2015, 39,45% em 2016 e 37,12% em 2017.

Sem mais a acrescentar, rejeito a tese apresentada, cabendo-nos ratificar os termos da decisão recorrida.

APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, RESULTANDO EM CARGA TRIBUTÁRIA DE 2,4%, PREVISTO NO DECRETO 33.657/2012.

No caso das acusações com a identificação de saídas de mercadorias omitidas, seja pela falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, ou mesmo pela omissão de vendas – cartão de crédito e débito, não haveria como aplicar o benefício de redução de base de cálculo sobre operações que não se conhece.

A redução de base de cálculo em questão, obrigatoriamente tem que ser dada aos valores declarados em documentos fiscais regulares e na Escrituração Fiscal Digital, sendo desnecessário que esta obrigação venha expressa na norma.

Vejamos o teor das normas que fundamentaram o benefício da redução de base de cálculo:

RICMS/PB

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

IV - até 30 de abril de 2024, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98, 05/99 e 178/21).

Decreto nº 33.657/2012

Art. 1º Até 30 de abril de 2024, fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) sobre o valor do fornecimento de **refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares**, bem como, na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, **excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas sujeitas à sistemática da substituição tributária** (Convênios ICMS 91/12, 107/15 e 178/21).

Parágrafo único. Na fruição do benefício de que trata o “ caput” é vedado o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, assim também a apropriação de outros créditos provenientes de suas operações de aquisição, inclusive do ativo imobilizado, energia elétrica ou do material para uso ou consumo, bem como a acumulação com qualquer outro benefício fiscal previsto na legislação.

Art. 4º O disposto neste Decreto não dispensa o contribuinte do adimplemento de todas as obrigações acessórias regulamentares, tampouco ilide a incidência de multas acaso advindas do seu descumprimento ou da violação dos prazos da legislação.

Ocorre ainda, que a atividade desenvolvida pelo contribuinte é a de LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES (CNAE 5611-2/03), que não se enquadra nas subclasses contempladas pelo aludido benefício fiscal, que compõe a Classificação Nacional de Atividade Econômicas-Fiscal (CNAE), que seriam as atividades de subclasses 5611-2/01 e 5611/02, que trata do fornecimento de refeições por RESTAURANTES, BARES E SEUS RESPECTIVOS SIMILARES.

Vejamos a tabela extraída da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), que devem ser obedecidas pelos estabelecimentos, em conformidade com o disposto no art. 48 do RICMS/PB:

Seção:	I	ALOJAMENTO E ALIMENTAÇÃO
--------	---	--------------------------

Divisão:	56	ALIMENTAÇÃO
Grupo:	561	RESTAURANTES E OUTROS SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS
Classe:	5611-2	RESTAURANTES E OUTROS ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS
5611-2/01	RESTAURANTES E SIMILARES	
5611-2/02	BARES E OUTROS ESTABELECIMENTOS ESPECIALIZADOS EM SERVIR BEBIDAS	
5611-2/03	LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES	

Tal entendimento já foi objeto de decisão desta Corte, sobre uma Consulta Fiscal (Processo nº 0218112016-1) de que tratou da mesma situação, ou seja, em relação à aplicação da redução de base de cálculo para os estabelecimentos, que tinha como atividade Lanchonetes, Casas de Chá, de Sucos e Similares (CNAE 5611-2/03), que deu ensejo ao **Acórdão nº 176/2016**, que abaixo reproduzo, e que seguiu o Parecer nº 2016.01.05.00022, da Gerência Executiva de Tributação:

CONSULTA FISCAL. LANCHONETES. ATIVIDADES SECUNDÁRIAS EM CINEMA. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO OU OPÇÃO POR REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES NÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DOS BENEFÍCIOS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. MANTIDA A DECISÃO A QUO. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Neste mesmo sentido, tem sido o entendimento dos membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, no **Acórdão nº 473/2020**, da lavra do nobre Conselheiro Petrônio Rodrigues Lima, cuja ementa reproduzimos a seguir:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO

DO BENEFÍCIO FISCAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO.

- 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, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Portanto, não se pode generalizar a aplicação do benefício fiscal da redução da base cálculo para todo estabelecimento que forneça alimentação, quando a norma específica de tal benesse se aplica àqueles que fornecem refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, deixando de fora as lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares, pois, tratando-se de isenção parcial, deve esta ser aplicada na literalidade da norma, não podendo haver extensões de sua interpretação.

Assim, diante dos esclarecimentos acima, mantenho o entendimento exarado na primeira instância, por entender que a atividade a que pertence o sujeito passivo é objeto de incidência do ICMS, porém sem os benefícios fiscais previstos no art. 34, IV, do RICMS/PB, ou, ao que se refere o art. 1º, do Decreto nº 33.657/2012.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (286).

Em relação à segunda acusação, que se configura pela exigência de créditos tributários, com fundamento no artigo 106, do RICMS/PB, referentes à infração de Falta de recolhimento do ICMS (286), constatada através da diferença entre os valores do ICMS

declarados na EFD e os valores do ICMS recolhido pela autuada, em função da utilização indevida do benefício fiscal de redução de base de cálculo do imposto

Por consequência, a fiscalização lançou de ofício a diferença do valor do ICMS declarado e não recolhido, desconsiderando o benefício de redução de base de cálculo do ICMS, indevidamente aplicado pela autuada, que considerou o Decreto nº 33.657/2012 e o artigo 34, IV, do RICMS/PB, benefício este não aplicável à recorrente, como já demonstrado acima.

O contribuinte do ICMS, deve declarar corretamente todas as suas operações e recolher o imposto devido, conforme disposto no RICMS/PB. Transcreve-se abaixo os dispositivos concernentes ao caso:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota cabível sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do imposto;

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

d) o valor total do débito do imposto;

l) o valor do imposto a recolher;

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de (Decreto nº 30.177/09):

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

§ 8º Portaria do Secretário de Estado da Fazenda poderá dispor sobre o prazo e a forma de recolhimento das operações e prestações previstas neste artigo.

Art. 113. O recolhimento do imposto após os prazos regulamentares será feito com as penalidades e acréscimos previstos na legislação vigente, sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo anterior.

Art. 119. São obrigações do contribuinte:

XV - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

Além do imposto devido, o contribuinte incorre na penalidade pelo descumprimento de obrigação tributária principal, estabelecida na Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “a”, que prevê a seguinte penalidade:

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):

a) aos que, obrigados ao pagamento do imposto por estimativa, sonegarem documentos necessários à fixação do valor estimado do imposto;

A fiscalização, instruiu os autos com planilhas contendo as informações necessárias (fl. 14 e 15), as quais foram extraídas da base de dados da SEFAZ/PB, cujas fontes foram as declarações do próprio contribuinte na EFD - elementos estes dotados de validade jurídica, aptos a embasar a acusação inserta na inicial.

Em sua defesa, a recorrente não apresenta provas capazes de ilidir a acusação imposta na inicial, limitando-se à requisição de nulidade do lançamento.

Dessa forma, prevalece a exigência apurada, visto que a empresa se encontrava dentro da previsão legal contida nas normas legais acima citadas, não havendo qualquer prova contrário que pudesse elidir a acusação de falta de recolhimento do ICMS.

OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO (563).

Na execução das auditorias decorrentes da operação cartão de crédito ou de débito, o Fisco compara as vendas declaradas à Fazenda Estadual, pelos contribuintes, nas suas EFD, com as informações prestadas à SEFAZ pelas administradoras de cartões. Identificando divergências, presume-se que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do ICMS devido, ressalvando ao contribuinte provar a improcedência da presunção. Entendimento emergente dos artigos 158, I, e 160, I, c/c artigo 646, V, todos do RICMS/PB:

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;

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:

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. (grifo nosso).

A fiscalização, instruiu os autos com planilha contendo as informações necessárias (fl. 36), as quais foram extraídas da base de dados da SEFAZ, cujas fontes foram as declarações do próprio contribuinte na EFD e as informações prestadas pelas operadoras de cartão, os quais são elementos dotados de validade jurídica, aptos a embasar a acusação inserta na inicial.

Ressaltem-se, entretanto, princípios que guardam pertinência no âmbito do processo administrativo tributário, um dos quais é o da presunção *juris tantum* do lançamento tributário de ofício. Gozando da presunção relativa, o lançamento pode ser elidido por prova em contrário.

Em consulta ao Sistema ATF desta Secretaria, link “Dossiê do Contribuinte”, pode-se confirmar a existência de divergências entre os valores das vendas declarados pelo contribuinte na EFD e as informações prestadas pelas operadoras de cartão, no mês de julho de 2016, na forma como apresentada pela Fiscalização. Vejamos:

- Período: à (mm/aaaa) *

Desconsiderar Transferências

Tipo	Período	Vendas Declaradas	PGDASd	Qtd Estabs SN	ECF/NFCe	Vendas PF	Cartão Créd/Deb	Diferença (Cartão - Maior (Vendas Declaradas, PGDASd))	Vendas NFs Emitidas	Diferença (Cartão - Vendas NFs Emitidas)	Confissão	%
EFD	07/2016	157.838,97			157.838,97	157.838,97	236.053,48	78.214,51	349.333,02	0,00	0,00	0,00%

Em sua defesa, a recorrente não apresenta provas capazes de ilidir a acusação imposta na inicial, limitando-se à requisição de nulidade do lançamento.

Assim, evidenciado o supracitado descumprimento de obrigação tributária, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, inciso II, alínea “a”, pune com multa a prática danosa baseada na omissão mencionada, com a seguinte penalidade:

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):

a) aos que, obrigados ao pagamento do imposto por estimativa, sonegarem documentos necessários à fixação do valor estimado do imposto;

Com relação à multa recidiva aplicada quanto à Omissão de Vendas – Operação Cartão de Crédito, faz-se necessário esclarecer que a reincidência decorre da prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, pela mesma pessoa, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme artigo 87, da Lei 6.379/96:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Lei nº 10.094/2013. Vejamos:

Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.

No entanto, não consta nos autos, ou no sistema ATF, a anotação de infração prévia ao mesmo dispositivo legal, portanto, não resta caracterizada a reincidência nas condições estabelecidas no parágrafo único do dispositivo normativo acima citado, bem como no artigo 39, da Lei nº 10.094/13, sendo, **portanto, indevida a aplicação de penalidade por reincidência ora aplicada.**

Feitas todas estas observações e excluído o valor lançado no mês de julho de 2016, referente à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios, em consequência da concorrência de acusações, e excluído o valor da multa recidiva lançada no mês de julho de 2016, referente à acusação de omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito, restam devidos os seguintes valores no Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000135/2020-64:**

L.	infra	Mês	B.C.	alq	ICMS	% M	Multa	Recidiva	Total
1	0009	fev-15	38.206,73	17,00	6.495,14	100	6.495,14		12.990,28
2	0009	mar-15	33.372,90	17,00	5.673,39	100	5.673,39		11.346,78
3	0009	abr-15	34.879,17	17,00	5.929,46	100	5.929,46		11.858,92
4	0009	mai-15	31.575,44	17,00	5.367,82	100	5.367,82		10.735,64
5	0009	jun-15	29.099,19	17,00	4.946,86	100	4.946,86		9.893,72
6	0009	jul-15	37.866,90	17,00	6.437,37	100	6.437,37		12.874,74
7	0009	ago-15	38.380,29	17,00	6.524,65	100	6.524,65		13.049,30
8	0009	set-15	43.481,97	17,00	7.391,93	100	7.391,93		14.783,86
9	0009	out-15	49.198,12	17,00	8.363,68	100	8.363,68		16.727,36
10	0009	nov-15	43.524,68	17,00	7.399,20	100	7.399,20		14.798,40
11	0009	dez-15	47.024,00	17,00	7.994,08	100	7.994,08		15.988,16
12	0009	jan-16	51.190,63	18,00	9.214,31	100	9.214,31		18.428,62
13	0009	abr-16	52.932,52	18,00	9.527,85	100	9.527,85		19.055,70

14	0009	mai-16	194.081,38	18,00	34.934,65	100	34.934,65		69.869,30
15	0009	jun-16	48.453,99	18,00	8.721,72	100	8.721,72		17.443,44
16	0009	jul-16	46.801,65	concorrência					
17	0009	set-16	39.439,33	18,00	7.099,08	100	7.099,08		14.198,16
18	0009	nov-16	35.086,09	18,00	6.315,50	100	6.315,50		12.631,00
19	0009	ago-17	3.583,57	18,00	645,04	100	645,04		1.290,08
20	0009	set-17	2.763,53	18,00	497,44	100	497,44		994,88
21	0009	dez-17	13.785,70	18,00	2.481,43	100	2.481,43		4.962,86
22	0286	fev-16			66,50	100	66,50		133,00
23	0286	mar-16			71,97	100	71,97		143,94
24	0286	abr-16			3.697,44	100	3.697,44		7.394,88
25	0286	mai-16			3.247,16	100	3.247,16		6.494,32
26	0286	jul-16			1.997,86	100	1.997,86		3.995,72
27	0286	jan-17			8.565,45	100	8.565,45		17.130,90
28	0286	fev-17			5.694,98	100	5.694,98		11.389,96
29	0286	mar-17			5.846,93	100	5.846,93		11.693,86
30	0563	jul-16	78.214,51	18,00	14.078,61	100	14.078,61	Indevida	28.157,22
			Total		195.227,50		195.227,50		390.455,00

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000135/2020-64, lavrado em 04/02/2020, contra a empresa, GILSON QUEIROZ DE LIMA LTDA., inscrição estadual nº 16.178.601-4, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 390.455,00 (trezentos e noventa mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais), sendo R\$ 195.227,50 (cento e noventa e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos), de ICMS, por violação ao artigo 106; artigo 158, I; artigo 160, I; com fulcro no artigo 646, incisos IV e V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 195.227,50 (cento e noventa e cinco mil, duzentos e vinte e sete reais e cinquenta centavos), a título de multa por infração, com fulcro art. 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo em que, mantenho cancelado, por indevida, a quantia de R\$ 23.887,91, sendo R\$ 8.424,30 de ICMS, R\$ 8.424,30 de multa por infração e R\$ 7.039,31 a título de multa por reincidência.

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

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de janeiro de 2022.

Heitor Collett
 Conselheiro Suplente Relator

