



Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 075.893.2008-0

Acórdão 050/2015

Recurso HIE/CRF-614/2013

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MERCADO VAREJÃO DO PREÇO LTDA.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE SANTA RITA

Autuante: ANTÔNIO FIRMO DE ANDRADE

Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. REDUÇÃO DA PENALIDADE. AJUSTES REALIZADOS. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERARQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

A diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Argumentos defensuais inócuos. Corroboradas as alterações de ofício realizadas pelo julgador singular.

Redução da penalidade por força da alteração advinda da Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, para alterar a decisão recorrida, apenas no tocante ao *quantum* exigível, porém mantendo a PARCIAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000589/2008-49**, de 15.8.2008, (fl.3) e do Termo de Infração Continuada, (fl.233), lavrados contra a empresa **MERCADO VAREJÃO DO PREÇO LTDA.**, CCICMS nº 16.141.781-7, fixando o crédito tributário exigível no importe de R\$ 269.534,94 (duzentos e sessenta e nove mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 134.767,47 (cento e trinta e quatro mil, setecentos e sessenta e sete reais e quarenta e sete centavos), de ICMS por infringência aos art. 158,

inciso I, art. 160, inciso I, c/c art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 134.767,47 (cento e trinta e quatro mil, setecentos e sessenta e sete reais e quarenta e sete centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, inciso V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 134.767,47**, de multa por infração.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de fevereiro de 2015.

**Patrícia Márcia de Arruda Barbosa
Cons^a. Relatora**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Assessora Jurídica

**GOVERNO
DA PARAÍBA****RECURSO HIE/CRF nº 614/2013**

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP
Recorrida: MERCADO VAREJÃO DO PREÇO LTDA.
Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE SANTA RITA
Autuante: ANTÔNIO FIRMO DE ANDRADE
Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. REDUÇÃO DA PENALIDADE. AJUSTES REALIZADOS. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERARQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

A diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Argumentos defensuais inócuos. Corroboradas as alterações de ofício realizadas pelo julgador singular.

Redução da penalidade por força da alteração advinda da Lei nº 10.008/2013.

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

RELATORIO

Trata-se de **Recurso Hierárquico**, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000589/2008-49, lavrado em 15.8.2008 (fls. 3), que consta a seguinte irregularidade:

- **OMISSÃO DE VENDAS** – *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor se suas vendas tributáveis em*

valores inferiores as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

- **NOTA EXPLICATIVA.** *Conforme Leitura Z, a empresa não faturou com a opção de cartão de crédito.*

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 se suas vendas tributáveis em valores inferiores as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.*

NOTA EXPLICATIVA. *Conforme Leitura Z, a empresa não faturou com a opção cartão de crédito.*

Pelos fatos foi incurra a epigrafada como infringente ao **art. 158, inciso I c/c art. 160, inciso I com fulcro no art. 646**, do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, c/ fulcro nos arts. 9º e 10º da Res. CGSN nº 030, de 07.02.2008, sendo proposta aplicação de multa por infração com fulcro no **art. 82, inciso V, alínea “a”** da Lei 6.379/96 e 16, II, da Res. CGSN nº 030 de 7.2.08, conduzindo a um crédito tributário de R\$ 101.375,54, sendo R\$ 38.239,42, de ICMS, e R\$ 63.136,12, de multa por infração.

Cientificada pessoalmente da acusação fiscal, em 20.8.2008, a atuada apresentou peça reclamatória de fl. 54/56, com documentos instrutórios de fls. 58/131.

De início, comenta que os valores apresentados no Livro Registro de Apuração do ICMS e no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias, a base de cálculo diz respeito a venda de cartão de crédito emitida através de emissão de cupons fiscais (ECF), conforme demonstrativo anexado à peça defensual.

Acrescenta que, do mês de julho à setembro de 2007, o ICMS fora recolhido na guia do DAS (Imposto Simplificado), conforme documentos trazidos aos autos.

Por fim, solicita que seja procedida uma revisão no auto de infração, para que sejam corrigidas as distorções existentes.

Em contestação, o atuante traz à colação, das fls., 133/219, comprovantes das informações fornecidas pelas operadoras de Cartão de crédito, arguindo, às fls. 220/221, dos autos, que não encontrou elementos suficientes para modificar o lançamento tributário efetuado na peça acusatória.

Alega que a empresa elaborou uma planilha com os valores fornecidos pela Administradora e com suas vendas normais registradas na contabilidade, encontrando uma diferença tributável na ordem de R\$ 1.119.408,44, concluindo que este é o valor efetivamente devido pela empresa.

Complementa que a atuada desconhece a maneira da autuação efetuada e informa que, de posse das Leituras Z e das Memórias Fiscais, não constatou operação de venda

com cartão de crédito, ou seja, a empresa vendeu mas não registrou no ECF, o que impõe a condição de que a empresa omitiu as vendas realizadas usando apenas os sistemas das Operadoras de Cartão, ou outro sistema em que resulta na não emissão do Cupom Fiscal.

Em assim sendo, confirma legitimidade ao lançamento inicial, afirmando que a autuação utilizou as operações ocorridas através dos cartões de crédito, e os apresentados pela reclamante em sua planilha às fls. 57, são suas vendas normalmente efetuadas, que nada tem a ver com a operação.

Por estes fundamentos, mantém os termos do auto de infração.

Seguindo a marcha processual, e não sendo constatada qualquer reincidência, conforme se verifica na informação constante das folhas 223 do processo, os autos foram conclusos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, contudo, retornaram para cumprimento da diligência, de fls. 227/228, para que fosse lavrado Termo de Infração Continuada, diante do entendimento pacificado dos Órgãos Julgadores, de que, para os casos de infrações idênticas às em análise, deveria ser aplicada a alíquota prevista na legislação referente às demais pessoas jurídicas.

Em cumprimento à medida saneadora, foi anexada aos autos, Termo de Infração Continuada, às fls. 233, com exigência de crédito tributário na ordem de R\$ 289.584,15, sendo R\$ 96.528,05, de ICMS e R\$ 193.056,10, de multa por infração, sendo o contribuinte cientificado pessoalmente, na peça complementar, em 18.3.2011.

Retornando à primeira instância, os autos foram distribuídos a julgadora fiscal, Gilvia Dantas Macedo, que exarou sentença (fls. 238/243), julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração, mediante o seguinte entendimento:

OPERAÇÕES DE VENDAS COM CARTÕES DE CRÉDITO – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. APLICAÇÃO DO VALOR DA ALÍQUOTA E MULTA PERTINENTES AO SIMPLES NACIONAL NO PRIMEIRO PERÍODO NO QUAL SE IDENTIFICA A INFRAÇÃO. CONSEQUÊNCIA. CORREÇÃO DO FEITO FISCAL.

Nos autos há que ser corrigido o valor do crédito tributário, a fim de adequar-se à nova legislação tributária, dado que se aplica ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração. Assim, aplica-se, no primeiro mês da autuação, a alíquota e penalidade pertinente ao Simples Nacional.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Com os ajustes, o crédito tributário exigido perfaz a monta de R\$ 308.013,07, sendo R\$ 104.046,29, de ICMS, e R\$ 203.966,78, de multa por infração.

Devidamente cientificada da sentença singular, conforme Aviso de Recebimento, de fl. 246, o contribuinte não se manifestou nos autos.

Em contra-arrazoado, o autuante concorda com o veredicto exarado pela julgadora singular.

Seguindo critério regimental previsto os autos foram, a mim, distribuídos.

Este é o RELATÓRIO.

V O T O

A presente contenda motivou-se pela constatação de divergências entre as vendas realizadas através dos cartões de crédito e débito e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito, caracterizando a acusação de omissão de vendas, no período de janeiro a setembro de 2007, conforme planilha de fls.23 em anexo.

Com efeito, a acusação descrita na peça basilar consiste na realização de um confronto entre as vendas declaradas à Receita Estadual pelos contribuintes e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, identificando divergências que indicam, presumivelmente, a falta de recolhimento do imposto, conforme entendimento dos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646 do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, transcritos 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;

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.” (g.n)

Registre-se que esta técnica de auditoria é amplamente utilizada pelo fisco paraibano, e a realização dos trabalhos tomou como referência as informações prestadas pela própria autuada, e os relatórios oriundos das operadoras de cartões de crédito/débito.

In casu, a remessa oficial foi motivada em razão de a julgadora singular ter realizado alguns ajustes no crédito tributário, tendo em vista as considerações dadas pelo período de 28.7.2007, quando a autuada estava sob o Regime de Apuração Empresa de Pequeno Porte, considerando a aplicação da alíquota de 1%, conforme exigência posta no Auto de Infração, que a partir de 1.7.2007, submetida ao Regime de Apuração do Simples Nacional, e posteriormente, para o Regime Normal, em 1.1.2008 (fls.19), dos autos, adequando, assim, a realidade das disposições regulamentares vigentes a época.

Conforme se pode colher dos autos, por ocasião da apresentação da peça reclamatória, a empresa, utilizando-se de seu direito à inversão do ônus da prova, trouxe à lume documentação que diz ser comprobatória de seus argumentos defensuais, ocasião em que acosta aos autos cópias dos Livros: Registro de Apuração do ICMS, Registro de Saídas, comprovantes de Pagamentos do DAS (Documento de Arrecadação do Simples Nacional), Extrato Simplificado do Simples Nacional, demonstrativo das vendas efetuadas com cartão de crédito, posta às fls. 57, dos autos, admitindo que a diferença tributável devida seja R\$ 1.119.408,44.

De outra banda, percebe-se que o procedimento aplicado pela fiscalização à época dos trabalhos de auditoria tomou por lastro o confronto entre as informações das administradoras de cartões de crédito com os valores registrados apenas no ECF relativo às vendas efetuadas através de cartão de crédito. Contudo, houve mudança de entendimento seguindo às novas orientações da Secretaria da Receita, o qual dispõe que o confronto deveria ser realizado levando-se em conta as informações da administradora de cartões de crédito com o mapa resumo ECF e/ou as notas fiscais de venda a consumidor e modelo 1 ou 1-A.

Por sua vez, a julgadora singular, agindo com zelo, como lhe é peculiar, verificou ainda algumas inconsistências tomando providências por ela saneadas, acerca da aplicação das orientações advindas da Instrução Normativa nº 015/2012, na competência.

NO entanto, mesmo considerando que no período de 1.7.2007 a 30.9.2007, o contribuinte encontrava-se inserido no Simples Nacional, entendo que as saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, não comportam a aplicação da alíquota desse regime de tributação, haja visto que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, “e” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições.

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII – ICMS devido:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, DE 07 DE FEVEREIRO DE 2008:

Art. 82. Aplicam-se a ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

(...)

§ 2º. Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas “e” e “f” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Além disso, é necessário entender que o lançamento de ofício se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples nacional em face da ocorrência de omissões de mercadorias tributáveis por observância a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado, onde não é necessário invocar a prescrição do art. 144 do CTN, senão vejamos:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente ainda que posteriormente modificada ou revogada. (g.n).

Por outro lado, ao analisarmos diligentemente as informações acostadas nas cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, trazidas pela reclamante, e o Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM (fls.18), resta à comprovação da procedência do lançamento posto no auto de infração e do termo de infração continuada, lavrados consoante disciplinamento da legislação de regência.

Em face desses fundamentos, nesse quesito, deixo de corroborar o entendimento adotado na instância prima, para declarar a legitimidade do auto de infração de estabelecimento e do termo de infração continuada, acima citado.

Deixo de fazê-lo, também, quanto à penalidade aplicada, posto que cumpre corrigir seu valor relativo às irregularidades praticadas quanto o contribuinte se encontrava sob a égide do SIMPLES NACIONAL, com vistas à adequação da mesma ao disposto no art.82, V “a” da Lei nº 6.379/96. Com efeito, tanto a Lei Estadual nº 7.332, de 28 de abril de 2003 (art. 17, c/c o art. 15), que instituiu o regime de apuração do ICMS pelo PARAIBASIM, quanto a LC nº 123/07 (art. 13, § 1º, XIII, “f”, c/c o art. 26, I) remetem à legislação prevista para o regime de pagamento normal do imposto a aplicação de penalidade em casos de vendas de mercadorias sem emissão de nota fiscal, como no caso vertente, de forma que procedemos à correção da penalidade aplicada no auto de infração, nos meses de julho a setembro do exercício de 2007, no percentual de 150% para 200%.

Todavia, as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 6.6.13) com efeitos a partir de 1.9.2013, beneficiam a reclamante, de modo que as penalidades lançadas de ofício passam a se reger pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecida no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Desse modo, o art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96, foi alterado pela Lei nº 10.008/2013 (DOE 6.6.2013, com efeito legal a partir de 1.9.2013), passando a ter a seguinte dicação:

“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 deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;” (g.n.)

Portanto, cabível se torna a redução da multa disciplinada na Lei nº 10.008/13, não nos restando outra opção senão, alterar o percentual atribuído à multa do presente libelo fiscal de 200% para 100%, conforme nova redação do artigo supracitado, demonstrando abaixo o crédito tributário remanescente:

AUTO DE INFRAÇÃO			TI CONTINUADA		VALORES EXCLUÍDOS		VALORES DEVIDOS		
PER.	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	TOTAL
Jan/07	1.527,83	3.055,66	0,00	0,00	0,00	1.527,83	1.527,83	1.527,83	3.055,66
Fev/07	1.741,48	3.482,96	0,00	0,00	0,00	1.741,48	1.741,48	1.741,48	3.482,96
Mar/07	1.959,54	3.919,08	0,00	0,00	0,00	1.959,54	1.959,54	1.959,54	3.919,08
Abr/07	2.065,53	4.131,06	0,00	0,00	0,00	2.065,53	2.065,53	2.065,53	4.131,06
Mai/07	1.999,65	3.999,30	0,00	0,00	0,00	1.999,65	1.999,65	1.999,65	3.999,30
Jun/07	2.259,92	4.519,84	0,00	0,00	0,00	2.259,92	2.259,92	2.259,92	4.519,84
Jul/07	6.868,84	10.303,26	12.400,34	12.400,34	0,00	13.069,01	13.069,01	13.069,01	26.138,02
Jul07	1.382,77	2.074,16	49.042,02	49.042,02	0,00	25.903,78	25.903,78	25.903,78	51.807,56
Ago/07	8.893,83	13.340,75	63.499,98	63.499,98	0,00	40.643,82	40.643,82	40.643,82	81.287,64
Set/07	9.540,03	14.310,05	68.113,76	68.113,76	0,00	43.596,91	43.596,91	43.596,91	87.193,82

TOTAIS	38.239,42	63.136,12	193.056,10	193.056,10	0,00	134.767,47	134.767,47	134.767,47	269.534,94
--------	-----------	-----------	------------	------------	------	------------	------------	------------	------------

Ex positis,

VOTO – Pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, para alterar a decisão recorrida, apenas no tocante ao *quantum* exigível, porém mantendo a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000589/2008-49**, de 15.8.2008, (fl.3) e do Termo de Infração Continuada, (fl.233), lavrados contra a empresa **MERCADO VAREJÃO DO PREÇO LTDA.**, CCICMS nº 16.141.781-7, fixando o crédito tributário exigível no importe de **R\$ 269.534,94 (duzentos e sessenta e nove mil, quinhentos e trinta e quatro reais e noventa e quatro centavos)**, sendo **R\$ 134.767,47 (cento e trinta e quatro mil, setecentos e sessenta e sete reais e quarenta e sete centavos)**, de ICMS por infringência aos **art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c art. 646**, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 134.767,47 (cento e trinta e quatro mil, setecentos e sessenta e sete reais e quarenta e sete centavos)** de multa por infração, com fulcro no **art. 82, inciso V, alínea “a”** da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 134.767,47**, de multa por infração.

Sala das Sessões Pres. **Gildemar Pereira de Macedo**, em **06 de fevereiro de 2015**.

PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA
Conselheira Relatora