



Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 121.344.2012-0

Acórdão nº 269/2015

Recursos HIE/VOL/CRF-158/2014

1º Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.
1º Recorrida: MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.
2º Recorrente: MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA
2º Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
Autuante: TARCIANA MUNIZ CARNEIRO.
Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

OMISSÃO DE VENDAS. PRELIMINARES REJEITADAS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. RECEITAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPROVADAS. RECEITAS DE VENDAS DE MERCADORIAS ACOLHIDAS. AJUSTES. PRESUNÇÃO LEGAL. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Descabida a pretensão de nulidade por falta de provas da infração e de existência de violação ao Princípio da Verdade Material, diante da legalidade e aplicabilidade da presunção insculpida na legislação vigente, além da plena identificação da origem das informações pautadas nas transações realizadas com cartões de crédito, com dados coletados em operações financeiras realizadas pelo próprio contribuinte, com instituições financeiras contratadas para fomentar e facilitar a realização de operações mercantis, por intermédio de meio de pagamento – Cartão de débito e/ou crédito, com repasse de toda movimentação financeira de vendas realizadas.

É pacificado o entendimento acerca da existência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, quando se constatar a ocorrência de diferença entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as quais a declarante operacionalizou o meio de pagamento de suas vendas. No caso presente, foram consideradas as provas documentais das receitas oriundas das prestações de serviços realizadas e declaradas pelo contribuinte no Livro Registro de Serviços Prestados e das operações com mercadorias declaradas no Livro Registro de Apuração do ICMS, resultando em uma diferença tributária remanescente não justificada, não padecendo dúvida quanto à imputação a que se referem os autos.

Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições da recente legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- 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 do relator, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro, e **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, modificando, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000002338/2012-85**, lavrado em 17/10/2012, contra a empresa **MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELELEIROS LTDA**, inscrição estadual nº 16.099.837-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 39.980,78 (trinta e nove mil, novecentos e oitenta reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 19.990,39 (dezenove mil, novecentos e noventa reais e trinta e nove centavos) de ICMS por infringência aos artigos 158, c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 19.990,39 (dezenove mil, novecentos e noventa reais e trinta e nove centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "a" da Lei nº 6.379/96.

Ademais, fica cancelado, por indevido, o montante de R\$ 15.636,91, sendo R\$ 2.256,68 de ICMS e R\$ 13.380,23 multa por infração, em vista das fundamentações explanadas.

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 29 de maio de 2015.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relato

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO E ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO.

Assessora Jurídica



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

Recurso HIE/VOL CRF N.º 158/ 2014

1º Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.
1º Recorrida: MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.
2º Recorrente: MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA
2º Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
Autuante: TARCIANA MUNIZ CARNEIRO.
Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

OMISSÃO DE VENDAS. PRELIMINARES REJEITADAS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. RECEITAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPROVADAS. RECEITAS DE VENDAS DE MERCADORIAS ACOLHIDAS. AJUSTES. PRESUNÇÃO LEGAL. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Descabida a pretensão de nulidade por falta de provas da infração e de existência de violação ao Princípio da Verdade Material, diante da legalidade e aplicabilidade da presunção inculpada na legislação vigente, além da plena identificação da origem das informações pautadas nas transações realizadas com cartões de crédito, com dados coletados em operações financeiras realizadas pelo próprio contribuinte, com instituições financeiras contratadas para fomentar e facilitar a realização de operações mercantis, por intermédio de meio de pagamento – Cartão de débito e/ou crédito, com repasse de toda movimentação financeira de vendas realizadas.

É pacificado o entendimento acerca da existência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, quando se constatar a ocorrência de diferença entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as quais a declarante operacionalizou o meio de pagamento de suas vendas. No caso presente, foram consideradas as provas documentais das receitas oriundas das prestações de serviços realizadas e declaradas pelo contribuinte no Livro Registro de Serviços Prestados e das operações com mercadorias declaradas no Livro Registro de Apuração do ICMS, resultando em uma diferença tributária remanescente não justificada, não padecendo dúvida quanto à imputação a que se referem os autos.

Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições da recente legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei nº 10.008/2013.

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

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, Recursos Hierárquico e Voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000002338/2012-85, lavrado em 17 de outubro de 2013, onde a autuada, acima qualificada, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

OMISSÃO DE VENDAS >>> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte, optante do Simples Nacional, omitiu saídas tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao **art. 158, I, art. 160, I, c/c o Art. 646**, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com fulcro nos artigos 9º e 10 da Resolução CGSN nº 030/2008 e artigos 82 e 84 da Resolução CGSN nº 094/2011, sendo proposta multa por infração com fulcro no **art. 87, II da Resolução CGSN nº 30/2008**, com exigência de crédito tributário no valor de **R\$ 55.617,69**, sendo **R\$ 22.247,07**, de ICMS, e **R\$ 33.370,62**, de multa por infração.

Às fls. 5 a 14 dos autos, encontram-se demonstrativo das omissões de vendas e de ICMS a recolher nas operações com cartão de crédito e detalhamento da consolidação ECF/TEF/GIM acerca dos valores das vendas totais e valores da Administradora de Cartão de Crédito/Débito.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, mediante Aviso de Recebimento – AR, datado de 20/11/2012 e decorrido o prazo regulamentar, a autuada não se manifestou nos autos, vindo a ser lavrado o competente Termo de Revelia em 9/1/2013, havendo informações de relato de antecedência fiscal, sendo conclusos os autos e distribuídos ao julgador fiscal, Alexandre Souza Pitta Lima, que em seu julgamento decidiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, conforme a sentença constante às fls. 17/21 dos autos, com crédito tributário devido no valor de R\$ 31.127,64.

Cientificada, regularmente, da decisão singular em 15.1.2014, via Aviso de Recebimento, a autuada manifestou-se através de recurso voluntário, (fls.26 a 43), no prazo regulamentar, requerendo, em preliminar, a nulidade do presente auto de infração e, no mérito, a improcedência, diante dos seguintes fatos:

- Em grau de preliminar, que o auto de infração padece de nulidade e deve ser extinto, por ser produzido sem as provas da infração, sendo lavrado com base única nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e débito, como existissem produtos a serem comercializados no estabelecimento, sem levar em conta que vende serviços no qual incide o ISS, imposto de arrecadação municipal;

-Aduz, também, violação ao Princípio da Verdade Material, visto que o processo administrativo tributário deve ser norteado pela verdade real dos fatos investigados para que se estabeleça a própria noção de legalidade, não podendo o Fisco se valer da presunção da legitimidade de atos administrativos para se eximir de produzir à prova da ocorrência do fato gerador, de forma, que não ficando provados os elementos constitutivos do crédito tributário se faz necessário a declaração de anulação do lançamento, por ser fundamentar-se em informações superficiais e incompletas das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito;

- no mérito, aduz improcedência da medida fiscal, visto alegar equívoco de interpretação quanto ao procedimento fiscal aplicado sob a égide do art. 646 do RICMS/PB, visto que os dados informados pelas administradoras não detalham quais os valores se referiam somente aos serviços de hospedagem, sobre os quais incidem, somente, ISS e os valores se referem à comercialização das mercadorias, sobre os quais incidem, somente, o ICMS, pois os consumidores ao efetuarem o pagamento de suas despesas, via cartão, pagam pela totalidade dos serviços e mercadorias consumidas;

que a autuação desprezou os dados de faturamento de notas fiscais de serviço, não vindo a solicitar os livros fiscais para analisar todos os documentos necessários para entender as informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito, citando passagem doutrinária e jurisprudência de casos correlatos, aduzindo ter cumprido com suas obrigações principais, no tocante ao recolhimento do ICMS sobre a comercialização de mercadorias, de forma que não incide o ICMS sobre os serviços de hospedagem ofertados.

Ao final, requer que se declare a nulidade do auto de infração ou, caso necessário, a realização de revisão ou de perícia técnica dos documentos fiscais citados. Em sede de mérito que seja reconhecida a improcedência da ação fiscal, por questão de justiça.

Consta às fls. 44/144 dos autos juntada do Livro Registro de Serviços Prestados e do Livro Registro de Apuração do ICMS.

Em suas contrarrazões, a fiscalização informa já ter sido considerada toda a documentação dos serviços prestados no período fiscalizado, bem como de ter acolhido as operações de saída de mercadorias declaradas pela recorrente no Livro Registro de Apuração do ICMS no período auditado, com alteração e redução da base de cálculo para R\$ 119.580,75, e com ICMS devido no valor de R\$ 20.328,72, conforme planilha às fls. 146 dos autos, não sendo vislumbrada qualquer razão para improceder o auto de infração.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, e, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

ESTÁ RELATADO.

VOTO

Versam os autos sobre a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, verificadas através da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2009 e janeiro de 2010, cujo resultado do crédito tributário está demonstrado às folhas 6 a 9 do processo.

De início, antes de adentrar nos aspectos preliminares e de mérito, necessário rejeitar a solicitação da recorrente de revisão ou perícia técnica, tendo em vista que o instituto da Revisão Fiscal não mais se encontra disciplinado no ordenamento tributário do Estado da Paraíba, diante de revogação promovida pelo Decreto nº 32.718/2012, publicado no D.O.E de 25/01/2012, não sendo mais objeto de consecução por parte dos contribuintes, fato que impossibilita seu atendimento na fase contenciosa. Ademais, encontra-se inseridos nos autos todos os elementos processuais de prova para o devido convencimento visando deslindar a questão, donde parto para apreciação recursal:

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE:

I – Alegação de nulidade do auto de infração por falta de prova da infração e de violação ao princípio da verdade material.

Antes de qualquer discussão, convém registrar, que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei. A natureza da infração e a pessoa do infrator estão meridianamente determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte, que apesar da revelia na fase inicial compareceu tempestivamente nesta fase do presente contencioso, além de inexistir, dentro da relação processual estabelecida, os aspectos de vício formal que motivariam a nulidade do ato administrativo e por consequência, do processo administrativo tributário, conforme nos leciona o art. 16 c/c 17 da Lei nº 10.094/2013, “*in verbis*”:

“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”.***

Não obstante a estrita legalidade processual vislumbrada, necessário enfrentar os aspectos abordados em grau de preliminar, postos pela recorrente, objetivando a nulidade do feito fiscal, quando entende haver a falta de prova da infração e de haver violação ao Princípio da Verdade Material por se apoiar em prática de ato administrativo que contraria, também, o Princípio da Legalidade inerente a processo administrativo tributário, por ser fundamentado em informações superficiais e incompletas das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito sem levar em conta a ocorrência de serviços de hotelaria no qual incide o ISS;

Prima facie, vislumbro ser inócuo o questionamento de haver falta de legitimidade nos procedimentos e atos administrativos da administração tributária para a produção da prova indiciária, visto que, em primeiro plano, a ação fiscal encontra-se pautada pelo manto da legalidade e atende aos requisitos estabelecidos pela legislação ao ser produzida por agente público competente com atribuição e prerrogativa funcional definida em lei, conforme previsão normativa contida no artigo 37 c/c 151 da Lei nº 10.094/13, infra:

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

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;

III - com a lavratura de auto de infração ou de representação;

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

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

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

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

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

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

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


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

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

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

Como se vê, tratando-se de informações (consideradas documentos fiscais), cuja obrigatoriedade das administradoras em prestá-las ao fisco estadual encontra-se prevista em normas estaduais, não há que se falar em ato administrativo eivado de erro ou de ilegalidade.

No mais, o que se denota é a ocorrência de confusão de entendimento da recorrente em alegar que o procedimento fiscal encontra-se fundamentado em base de informações superficiais ou incompletas quando se sabe que a técnica fiscal aplicada enveredou para análise do faturamento oficial declarado em confronto com e àquelas operações financeiras que foram realizadas pelo próprio contribuinte, junto a instituições financeiras contratadas para fomentar e facilitar a realização de meio de pagamento com os seus clientes, por intermédio de Cartão de débito e/ou crédito, e que constam às fls. 5 e 6 dos autos, que passo a reproduzir, na íntegra, o arquivo de detalhamento das operações declaradas pelas administradoras, conforme se vê abaixo:

 GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA - SER GERÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO			
Empresa			
- Inscrição Estadual:	16.099.837-9	- Razão Social:	MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA
Lista de Operadoras			
Mês: 01/2009			
REDECARD S/A		- Operações de crédito:	R\$ 28.366,73
		- Operações de débito:	R\$ 13.449,47
BANCO BANKPAR S.A		- Operações de crédito:	R\$ 1.863,71
		- Operações de débito:	R\$ 0,00
CIELO S.A.		- Operações de crédito:	R\$ 37.165,22
		- Operações de débito:	R\$ 26.568,62
HIPERCARD BANCO MULTIPLO		- Operações de crédito:	R\$ 4.241,31
		- Operações de débito:	R\$ 0,00
- Total do Período:	R\$ 111.655,06		
Mês: 02/2009			
REDECARD S/A		- Operações de crédito:	R\$ 12.469,88
		- Operações de débito:	R\$ 3.212,62
BANCO BANKPAR S.A		- Operações de crédito:	R\$ 1.671,99
		- Operações de débito:	R\$ 0,00

CIELO S.A.	- Operações de crédito:	R\$ 21.717,31
	- Operações de débito:	R\$ 6.288,55
HIPERCARD BANCO MULTIPLO	- Operações de crédito:	R\$ 2.411,42
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
- Total do Período:	R\$ 47.771,77	

Mês: 04/2009

REDECARD S/A	- Operações de crédito:	R\$ 10.950,13
	- Operações de débito:	R\$ 2.986,44
BANCO BANKPAR S.A	- Operações de crédito:	R\$ 1.605,52
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
CIELO S.A.	- Operações de crédito:	R\$ 14.055,81
	- Operações de débito:	R\$ 8.791,02
HIPERCARD BANCO MULTIPLO	- Operações de crédito:	R\$ 785,85
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
- Total do Período:	R\$ 39.174,77	

Mês: 07/2009

REDECARD S/A	- Operações de crédito:	R\$ 15.949,30
	- Operações de débito:	R\$ 3.008,52
BANCO BANKPAR S.A	- Operações de crédito:	R\$ 2.960,35
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
CIELO S.A.	- Operações de crédito:	R\$ 24.019,02
	- Operações de débito:	R\$ 8.857,63
HIPERCARD BANCO MULTIPLO	- Operações de crédito:	R\$ 995,08
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
- Total do Período:	R\$ 55.789,90	

Mês: 12/2009

REDECARD S/A	- Operações de crédito:	R\$ 9.941,91
	- Operações de débito:	R\$ 7.464,67
BANCO BANKPAR		

S.A	- Operações de crédito:	R\$ 1.442,99
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
CIELO S.A.	- Operações de crédito:	R\$ 26.347,80
	- Operações de débito:	R\$ 8.944,74
HIPERCARD BANCO MULTIPLO	- Operações de crédito:	R\$ 2.314,44
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
- Total do Período:		R\$ 56.456,55
Mês: 01/2010		
REDECARD S/A	- Operações de crédito:	R\$ 39.889,21
	- Operações de débito:	R\$ 11.280,30
BANCO BANKPAR S.A	- Operações de crédito:	R\$ 1.567,28
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
CIELO S.A.	- Operações de crédito:	R\$ 44.509,10
	- Operações de débito:	R\$ 23.339,45
HIPERCARD BANCO MULTIPLO	- Operações de crédito:	R\$ 5.474,84
	- Operações de débito:	R\$ 0,00
- Total do Período:		R\$ 126.060,18

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

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

Em face desta prudente análise, rechaço a preliminar de nulidade por falta de objeto.

DO MÉRITO:

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

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

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

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

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias:

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias:

Pois bem, a tese recursal tenta desqualificar os valores apurados pela fiscalização, entendendo que, ao caso presente, não se aplica a presunção “*juris tantum*” contida na norma legal, visto a recorrente ser, também, contribuinte do ISS, cobrado pelo Município de João Pessoa, e que a fiscalização não mensurou a ocorrência destas operações quando do pagamento efetuado pelos clientes em suas despesas, via cartão de crédito e débito, pela totalidade dos serviços e mercadorias consumidas.

Em verdade, esta relatoria vislumbra uma grande confusão de interpretação por parte da recorrente, pois a acusação fiscal é de que ocorreram saídas de mercadorias, sem emissão de notas fiscais, pela diferença constatada nas declarações de receitas recebidas por cartão de crédito e débito e às que foram declaradas pelos registros

fiscais do contribuinte, sob a ótica da presunção relativa que reverte o “*onus probandi*” ao sujeito passivo, a quem incumbe, através da contraprova, ilidir a acusação, onde, no caso em questão, faço mister analisar o posicionamento firmado nas considerações postas na tese recursal, onde é versado que toda a base apurada se reverteria em bitributação, já que o ISS incidente sobre os serviços de hospedagem já foram integralmente pago ao Município, na condição de que se enquadra como empresa prestadora de serviços hoteleiros.

Data vênua, verifico equivocada a tese recursal quando busca guarida na desoneração do ICMS, pois toda a base de faturamento dos serviços de hotelaria foi, integralmente, considerada na movimentação de operações com cartão de crédito, sendo deduzida, na sua totalidade, do montante declarado pelas administradoras de cartão de crédito, o que não há o que se cogitar em bitributação. Além do mais, a atividade desenvolvida pela recorrente não é enquadrada, essencialmente, como de natureza de serviço prestados sujeito exclusivamente ao ISS, fato evidenciado quando se depura a ocorrência de operações com mercadorias ao longo dos exercícios fiscalizados.

Tal fato é claramente comprovado quando se busca o próprio Código de Atividade Econômica da empresa - C.N.A.E. nº 5611-2/01, que evidencia uma atividade comercial de restaurantes e similares e não exclusivamente de serviço de hospedagem, conforme dados consultados no cadastro ao Banco de dados ATF no Módulo CADASTRO, o que não configura atividade de serviço sujeito a incidência do ISS e sim do ICMS, fato que não faz afastar a repercussão tributária apurada, diante do dispõe a atividade cadastrada pela empresa junto ao Fisco estadual, infra:

Dados do contribuinte MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA	
Identificação	
- Inscrição estadual:	16.099.837-9
- Razão Social:	MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA
- Nome Fantasia:	XENIUS APART HOTEL
- Natureza Jurídica:	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA
- Porte de Empresa:	EMPRESA DE PEQUENO PORTE
- Tipo de Órgão de Registro:	JUNTA COMERCIAL
- Nr. Processo de ofício:	
Informações econômico-fiscais	
- Situação Cadastral:	ATIVO
- Data da Situação Cadastral:	15/07/1993
- Tipo de estabelecimento:	MATRIZ
- Tipo de Unidade:	UNIDADE PRODUTIVA
- Forma(s) de Atuação:	ESTABELECIMENTO FIXO
- Regime de apuração:	SIMPLES NACIONAL
- Optante SIMEI:	Não
- Regime de apuração RFB:	

- Atividade(s) econômica(s):	5611-2/01 RESTAURANTES E SIMILARES (ICMS) 5611-2/01 RESTAURANTES E SIMILARES (Principal)
- Pode atuar como subst. int.:	Não
- Início das ativid. operacionais:	15/07/1993

No tocante à alegação de que a presunção estampada no artigo 646 do RICMS/PB é inábil como instrumento para a determinação da ocorrência do fato jurídico-tributário da infração, verifica-se uma tese precária para sua aceitação, pois toda a linha de defesa da recorrente gravita sobre a ocorrência de inaplicabilidade da aplicação da presunção prevista na norma regente do ICMS, tendo entendimento que esta não poderia ser aplicada por se fundar em prova indireta nas situações apuradas cabendo a demonstração das irregularidades por cada fato, razão por que entende não haver elementos válidos de subsistência da acusação em foco.

Neste norte, como a tese recursal orbita em torno da adequada aplicação da presunção legal, algumas linhas sobre este instituto merecem ser escritas, com o fito do deslinde da presente demanda.

Para Leonardo Sperb de Paola em sua obra “Presunções e Ficções no Direito Tributário, 1997” demonstra que: **as presunções relativas constituem “normas sobre provas”, pois que modificam o objeto destas, e não a prova em si mesma considerada”**.

Nesse sentido, o meio de prova propriamente dito é o fato cujo conhecimento se fez de forma direta, sendo “a base do raciocínio presuntivo” (prova em sentido objetivo), enquanto que a presunção representa a expressão da convicção do sujeito sobre a ocorrência do fato indiretamente provado. É a prova em sentido subjetivo.

As presunções relativas legais - ou "juris tantum" – são aquelas em que, a partir do conhecimento direto de determinado fato, infere-se, como conclusão lógica, a existência de outro que resta indiretamente provado, admitindo-se a produção de prova em sentido contrário, para infirmar a ocorrência do fato indiretamente provado.

Portanto, para a formação de um juízo presuntivo sobre a ocorrência de um fato aquele indiretamente ligado há que existir uma “correlação lógica” precisa e segura entre ambos, de forma que seja razoável e plausível inferir-se que o fato presumido efetivamente ocorreu.

Assim é que, no caso dos autos, embora a recorrente insista em afirmar a inaplicabilidade da presunção inserta no art. 646 do RICMS/PB, a norma encontra guarida na interpretação lógico-gramatical, oriunda da dicção da citada norma, quando esta diz que **“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”**.

Fica clarividente na norma tributária presuntiva que, uma vez que se constata a ocorrência de operações de faturamento em valores inferiores às informações prestadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito, presume-se que o objetivo maior era omitir receitas cuja origem não tem comprovação, posto que emergiram de fontes a margem do Caixa oficial através de vendas sem emissão dos correspondentes documentos fiscais. Por óbvio, receitas não declaradas cobrem despesas igualmente não contabilizadas, tudo ao arrepio da lei.

Portanto, a base do processo lógico em exame repousa em fato conhecido ou fato-base (operações com cartão de crédito), cujo lançamento foi omitido e caracteriza uma receita não contabilizada e igualmente omitida porque emerge de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais (fato presumido que tem relação direta com o fato conhecido ou fato-base).

Nesta senda, temos o fato conhecido ou fato base, isto é, as saídas declaradas cujas receitas de vendas foram operacionalizadas com cartão de crédito e débito e que não foram registradas devidamente na sua totalidade e decorrem de informações verídicas constantes em declarações das administradoras de cartão que evidenciam prova material sobre vendas realizadas pela recorrente, sendo mais que suficiente para as quais ganham legitimidade quando cotejadas com a escrituração da adquirente.

Assim sendo, as informações advindas de terceiros - *instituição financeira* - fazem parte do método legítimo para identificar eventuais saídas sonegadas, na medida em que são comparados os dados declarados com a escrituração fiscal do contribuinte, o que de fato foi feito neste processo com reconhecimento com dedução da receitas de serviços declaradas nos Livro de Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados, constante às fls. 44 a 105, motivo por que não merece reparos no caráter de legitimidade de seus fatos constitutivos.

Outrossim, ressalte-se que, tratando-se de presunção que goza de natureza relativa, a acusação poderia ser ilidida por prova em contrário, mas prova substancial e real, não limitadas a argumentações com provas aleatórias. Sabe-se, com vasto conhecimento do público interessado na labuta do processo administrativo tributário que o princípio prevalecente é o da inversão do ônus da prova, que impõe ao contribuinte a obrigatoriedade de combater as acusações que lhes são imputadas com provas documentais convincentes, baseado inclusive no brocardo de que “quem nada prova nada tem”, onde importa ressaltar que o entendimento ora exposto é pacífico em nossa corte de Justiça Fiscal, como se verifica do Acórdão CRF nº 5.935/2000 da lavra do Conselheiro Roberto Farias de Araújo, conforme ementa abaixo:

PROVA

É princípio consagrado no Direto Processual Tributário que o ônus da prova se inverte para obrigar o contribuinte a provar a insubsistência do lançamento indiciário cujos elementos constitutivos o sujeito passivo detém. “In casu”, as deliberações trazidas à baila pela recorrente só foram suficientes para elidir parte da exação, permanecendo a exigência da parte não provada.

Processo nº CRF 620/99

Acórdão nº 5.935/2000 - Decisão unânime de 14-07-2000

Relator: Cons. Roberto Farias de Araújo.

Dessa situação, faço acolher a movimentação probante declarada nas saídas de mercadorias apuradas no Livro Registro de Apuração do ICMS da recorrente, dando conta da existência de receitas auferidas nas operações mercantis em cada mês auditado, conforme espelha as provas constantes às fls. 106 a 144 dos autos, conforme quadro abaixo:

MÊS	FATURAMENTO (R\$)
JANEIRO/2009	3.436,60
FEVEREIRO/2009	2.889,97
MARÇO/2009	3.321,30
ABRIL/2009	3.031,60
MAIO/2009	3.162,60
JUNHO/2009	2.968,50
JULHO/2009	2.505,40
AGOSTO/2009	2.899,40
SETEMBRO/2009	3.147,70
OUTUBRO/2009	2.630,80
NOVEMBRO/2009	4.708,30
DEZEMBRO/2009	1.991,10
JANEIRO/2010	1.990,20

Assim, temos que os documentos acostados pelos fazendários e aqueles produzidos pela recorrente constituem em provas materiais convincentes da ocorrência dos fatos geradores discutidos. Nesse passo, não há outra saída a este Relator, senão acolher como válida a presunção em parte as alegações trazidas pela recorrente, porém insuficientes para elidir, no todo, o resultado da ação fiscal estatuída no supracitado artigo 646 do RICMS/PB.

Em face desta constatação, sou compelido a ajustar a planilha inicial da fiscalização, considerando, apenas, os valores de vendas efetivas declaradas no Livro Registro de Apuração de ICMS, dando conta de saídas de mercadorias por “notas fiscais emitidas” e as notas fiscais de serviços registradas no Livro de Apuração de Serviços Prestados, em relação às quais procedo à correção, tomando como parâmetro para o cotejo fiscal os dados declarados, cujo resultado fica demonstrado abaixo:

RECONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFERENTE ÀS OPERAÇÕES VIA CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO EFETUADAS PELA AUTUADA COM DEDUÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS E VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS:							
PERIODO	VENDAS DECLARADAS L.REG. APURAÇÃO ICMS	*NOTAS FISCAIS COM RECEITAS DE SERVIÇOS	RECEITAS TOTAIS DECLARADAS	VENDAS ADM. CARTÕES	DIFERENÇA TRIBUTAVEL	BASE DE CÁLCULO	ICMS
01/2009	3.436,60	68.362,75	71.799,35	111.655,06	39.855,71	39.855,71	6.775,47

02/2009	2.889,97	43.420,36	46.310,33	47.771,77	1.461,44	1.461,44	248,44
03/2009	3.321,30	56.155,39	59.476,69	56.132,22	0,00	0,00	0,00
04/2009	3.031,60	38.713,40	41.745,00	39.174,77	0,00	0,00	0,00
05/2009	3.162,60	59.855,20	63.017,80	41.855,74	0,00	0,00	0,00
06/2009	2.968,50	59.148,95	62.117,45	44.711,03	0,00	0,00	0,00
07/2009	2.505,40	50.954,46	53.459,86	55.789,90	2.330,04	2.330,04	396,11
08/2009	2.899,40	87.512,66	90.412,06	30.017,44	0,00	0,00	0,00
09/2009	3.147,70	122.768,72	125.916,42	37.954,40	0,00	0,00	0,00
10/2009	2.630,80	66.980,18	69.610,98	48.776,07	0,00	0,00	0,00
11/2009	4.708,30	97.814,62	102.522,92	49.083,68	0,00	0,00	0,00
12/2009	1.991,10	44.642,54	46.633,64	56.456,55	9.822,91	9.822,91	1.669,89
01/2010	1.990,20	59.949,53	61.939,73	126.060,18	64.120,45	64.120,45	10.900,48
TOTAL							19.990,39

(* Livro Registro de Notas Fiscais de Serviços Prestados)

Enfim, com as providências acima referidas, foram sanadas as inconsistências do procedimento inicial, cuja técnica de fiscalização reputa-se adequada à finalidade fiscal pretendida, alcançando-se aquelas operações de venda que foram realizadas por meio de cartão de crédito ou débito cujos recursos adentraram sem o devido faturamento, materializando a presunção legal de omissão de vendas de mercadorias na dicção normativa contida na redação do artigo 646 do RICMS/PB, excetuando, apenas, o mês de agosto de 2008.

Por fim, cabe, ainda, enfatizar que as multas por infração incidentes sobre os fatos apurados sofreram uma redução de sua graduação punitiva, diante das alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 6/6/13), fato considerado na sentença monocrática, diante do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, com redução de 50% do valor original lançado ao tempo da prática do ato delituoso.

Portanto, o crédito tributário ficará constituído conforme o demonstrativo abaixo:

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
OMISSÃO DE VENDAS	01/01/2009	31/01/2009	6.775,47	6.775,47	13.550,94
OMISSÃO DE VENDAS	01/02/2009	28/02/2009	248,44	248,44	496,88
OMISSÃO DE VENDAS	01/04/2009	30/04/2009	0,00	0,00	0,00
OMISSÃO DE VENDAS	01/07/2009	31/07/2009	396,11	396,11	792,22
OMISSÃO DE VENDAS	01/12/2009	31/12/2009	1.669,89	1.669,89	3.339,78
OMISSÃO DE VENDAS	01/01/2010	31/01/2010	10.900,48	10.900,48	21.800,96
TOTAL DEVIDO			19.990,39	19.990,39	39.980,78

Diante destas considerações, arrimada na legislação de regência e nas considerações de cunho legal, esta Relatoria acata parcialmente os pedidos recursais, para modificar, quanto aos valores, a sentença monocrática.

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro, e **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, modificando, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000002338/2012-85**, lavrado em 17/10/2012, contra a empresa **MYRTEL EMPREENDIMENTOS HOTELELEIROS LTDA**, inscrição estadual nº 16.099.837-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 39.980,78 (trinta e nove mil, novecentos e oitenta reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 19.990,39 (dezenove mil, novecentos e noventa reais e trinta e nove centavos) de ICMS por infringência aos artigos 158, c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 19.990,39 (dezenove mil, novecentos e noventa reais e trinta e nove centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "a" da Lei nº 6.379/96.

Ademais, fica cancelado, por indevido, o montante de R\$ 15.636,91, sendo R\$ 2.256,68 de ICMS e R\$ 13.380,23 multa por infração, em vista das fundamentações explanadas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de maio de 2015.

JOAO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator