



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 114.301.2012-6

Acórdão nº 202/2016

Recurso /HIE/CRF-606/2014

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

RECORRIDA : DIVERSITA MÓVEIS PLANEJADOS LTDA. EPP

REPARTIÇÃO : RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE : ANTONIO FIRMO DE ANDRADE

RELATOR : CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. SIMPLES NACIONAL. REVEL. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. ALTERADA DECISÃO SINGULAR QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

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.

Correção do crédito tributário em relação ao primeiro período de autuação, em razão da aplicação inadequada das normas atinentes ao Simples Nacional, quando deveria ter sido observada a legislação relacionada às demais pessoas jurídicas, alterando o valor da multa aplicada pela instância a quo. Contudo, não há mais possibilidade, in casu, da cobrança da diferença do imposto lançado a menor, decorrente do uso da alíquota do Simples Nacional, em função do alcance fenômeno jurídico da decadência tributária.

Redução das multas por força da Lei nº 10.008/13.

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, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, mantendo a sentença prolatada na instância singular, com alteração dos valores, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002092/2012-41**, lavrado em 27 de setembro de 2012, contra a empresa **DIVERSITA MÓVEIS PLANEJADOS LTDA. EPP** (CCICMS: 16.148.334-8), declarando devido o crédito tributário, no montante de **R\$ 4.552,48 (quatro mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e oito centavos)**, sendo os valores, de ICMS, **R\$ 2.276,24 (dois mil, duzentos e setenta e seis reais e vinte e quatro centavos)**, por infringência aos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de **R\$ 2.276,24 (dois mil, duzentos e setenta e seis reais e vinte e quatro centavos)**, com fulcro no art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 2.276,24**, atítulo de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

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 01 de julho de 2016.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002092/2012-41, lavrado em 27 de setembro de 2012 contra a empresa DIVERSITA MÓVEIS PLANEJADOS LTDA. EPP (CCICMS: 16.148.334-8), em razão da seguinte irregularidade, conforme a descrição do fato:

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

Pelo fato, foi enquadrada a infração nos **artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, com fulcro nos artigos 9º e 10 da Resolução CGSN nº 030/2008**, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no **art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96**, perfazendo um crédito tributário no valor de **R\$ 6.828,72**, sendo **R\$ 2.276,24 de ICMS e R\$ 4.552,48 de multa por infração**.

Documentos instrutórios constam às fls. 4 a 22.

Cientificada da acusação por meio do Edital nº 068/2012-NCCDI/RRJP, publicado no DOE em 18/11/2012, fl. 28, a acusada não se manifestou no prazo legal, tendo sido lavrado o Termo de Revelia em 9/1/2013, fl. 29.

Com informações de antecedentes fiscais, mas sem recidiva da acusação ora em análise, fl. 30, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, sendo distribuídos ao Julgador fiscal Alexandre Souza Pitta Lima, que após a análise julgou o libelo basilar **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, fls. 38 a 42, condenando a autuada ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ R\$ 4.579,48, sendo R\$ 2.276,24, de ICMS, e R\$ 2.303,24, de multa por infração, cancelando a penalidade de R\$ 2.249,24, por força da vigência da Lei nº 10.008/2013, e considerando a Instrução Normativa n.º 15/2012.

Cientificada da decisão singular por meio do Edital nº 024-2014-NCCDI/RRJP, publicado no DOE em 3/5/2014, fl.46, a autuada não se manifestou no prazo regulamentar.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram, a mim, distribuídos, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Este é o **RELATÓRIO**.

VOTO

O objeto do **Recurso Hierárquico** a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular para proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto entendeu ser necessária a correção das multas aplicadas, em razão da vigência de lei nova mais benéfica ao contribuinte, bem como em relação à aplicação da multa de 150%, consoante às normas relacionadas ao Regime de Tributação do Simples Nacional para o primeiro período da prática da infração denunciada, com arrimo na Instrução Normativa nº 15/2012.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, se oportunizou ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

Pois bem, é cediço que as ocorrências das infrações por omissão de saídas de mercadorias tributáveis se verificam por presunção legal *juris tantum*, nos termos do art. 646, do RICMS/PB. O ônus probante se inverte para a empresa, ressaltando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham às acusações.

Ressalve-se que no presente caso o sujeito passivo não fez uso do seu direito de provar a improcedência da presunção, haja vista que não apresentou qualquer peça de defesa.

A revelia do sujeito passivo ratifica seu reconhecimento tácito à acusação imposta na peça vestibular. Inteligência que emerge do artigo 344 do Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), perfeitamente aplicado no Processo Administrativo Tributário, que assim dispõe: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”.

Neste caso, diante das considerações acima, e da ausência de manifestação da autuada, as irregularidades fiscais detectadas serão consideradas baseadas nas provas acostadas pela fiscalização, entendendo que as técnicas aplicadas pelo autuante são legítimas e os lançamentos efetuados são verdadeiros, devendo recair sobre o contribuinte o ônus da condenação.

No exame das peças dos autos, vislumbramos que na época, conforme ressaltado pelo julgador, o entendimento da fiscalização para a aplicação da alíquota do ICMS, se embasava na Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, publicada no DOE de 28/08/2012, que em seu art. 2º, I, estabelecia que no primeiro período de ocorrência da irregularidade fiscal, para contribuintes enquadrados no regime de pagamento do Simples Nacional, o respectivo imposto deve ser cobrado dentro do referido regime. Cita-se:

“**Art. 2º** No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será tratado fora do

Simples Nacional, com a aplicação da alíquota respectiva para a operação ou prestação definida no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997, obedecendo aos critérios a seguir:

I - no primeiro período da ocorrência de falta de emissão de documento fiscal de venda ou prestação de serviço, o imposto relativo a operação ou prestação será cobrado por dentro do Simples Nacional; “(g.n.)

Assim sendo, foi aplicada a alíquota de 2,0%, sobre a diferença tributável apurada **em março/2009**, conforme inicialmente imposto na inicial, e a penalidade de 200%, que foi corrigida pelo julgador singular, que entendeu por regular o fundamento da apuração para este período do crédito tributário pela legislação do Simples Nacional, reduzindo a penalidade para 150%, consoante o art. 16, II da Res. CGSN nº 030/2008, *in verbis*:

Art. 16. O descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

(...)

II - 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964 (art. 44, I e § 1º, da [Lei nº 9.430, de 1996](#), e com a Redação dada pela [Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007](#)), independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis;

Ocorre que, com a publicação da Instrução Normativa nº 009/2013/GSER,(DOE de 08.11.13), o artigo 2º,da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, de 27 de agosto de 2012, passou a vigorar com a respectiva redação, abaixo transcrita:

Art. 1º Os dispositivos da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, de 27 de agosto de 2012, a seguir anunciados, passam a vigorar com as respectivas redações:

(...)

II – o art. 2º:

“Art. 2ºNo caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (g.n.)

Partindo dessa premissa, infere-se que o contribuinte autuado por se encontrar inserido no Regime do Simples Nacional, para a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista 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 do artigo 13, § 1º, XIII, 'e' e 'f' c/c art. 32, ambos da Lei Complementar nº 123/2006.

No caso em tela, entende-se que o lançamento de ofício se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna, na época 17%, 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.

É cediço que este Colegiado já se posicionou em outras decisões, no sentido de manter a observância da legislação aplicáveis as demais pessoas jurídicas quando da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, conforme edição do Acórdão CRF nº 390/2013, da lavra do eminente Cons. Rodrigo Antônio Alves Araújo, que assim dispõe:

RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO -CARTÃO DE CRÉDITO – PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS - AJUSTES REALIZADOS NO PERCENTUAL DE MULTA – REFORMADA DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. “*In casu*”, o pagamento já realizado em face da notificação para recolhimento do ICMS teve por cerne a alíquota do simples nacional, **cabendo a complementação do imposto em razão do novo critério da Secretaria de Estado da Receita, que determinou através da Instrução Normativa nº 009/2013/GSER a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.** Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

Assim, deveria o imposto ter sido apurado de acordo com as normas estabelecidas para as demais pessoas jurídicas, mantendo a alíquota interna, e a correspondente multa por infração, que na época era de 200%. Contudo, as penalidades propostas que tiveram por fundamento o artigo 82 da Lei nº 6.379/96, sofreram alterações com o advento da Lei nº 10.008, de 05/06/2013, reduzindo as sanções nele estabelecidas, produzindo seus efeitos a partir de 01/09/2013.

No caso em tela, trata-se de ato pretérito não definitivamente julgado, devendo, portanto, serem aplicadas às infrações insertas na inicial em conformidade com o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, que autoriza a aplicação retroativa de sanções mais benéficas para os fatos ora em análise, em respeito ao Princípio da Legalidade. Senão vejamos:

Código Tributário Nacional

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (g.n.)

Lei nº 10.008/13

Art. 1º Os dispositivos da Lei nº 6.379, de 2 de dezembro de 1996, a seguir enunciados, passam a vigorar com as seguintes redações:

(...)

XII - o “caput” do inciso V do art. 82:

“V - de 100% (cem por cento):”; (g.n.)

Desta forma, deve ser alterada a decisão singular no tocante a multa correspondente ao período de março/2009, especificamente de 150% para 100%, entretanto, no que diz respeito à alíquota do ICMS, esta não pode ser alterada, em razão do alcance do instituto da decadência tributária, não sendo possível a realização de novo feito fiscal para seu complemento para 17%, devendo ser mantida a alíquota de 2%.

Destarte, apesar da revelia do sujeito passivo, em atendimento ao princípio da legalidade e na busca da justiça fiscal, procedo aos ajustes necessários, ficando o crédito tributário assim constituído:

AUTO DE INFRAÇÃO				CRÉDITO TRIBUTÁRIO					
				CRÉD. TRIB.DEVIDO			VALORES CANCELADOS		
Período	ICMS	MULTA	CRÉD. TRIB.	ICMS	MULTA	TOTAL	ICMS	MULTA	TOTAL

mar/09	54,00	108,00	162,00	54,00	54,00	108,00	-	54,00	54,00
mai/09	833,00	1.666,00	2.499,00	833,00	833,00	1.666,00	-	833,00	833,00
out/09	1.316,48	2.632,96	3.949,44	1.316,48	1.316,48	2.632,96	-	1.316,48	1.316,48
dez/09	72,76	145,52	218,28	72,76	72,76	145,52	-	72,76	72,76
TOTAL	2.276,24	4.552,48	6.828,72	2.276,24	2.276,24	4.552,48	-	2.276,24	2.276,24

Pelo exposto,

V O T O – Pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, mantendo a sentença prolatada na instância singular, com alteração dos valores, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002092/2012-41**, lavrado em 27 de setembro de 2012, contra a empresa **DIVERSITA MÓVEIS PLANEJADOS LTDA. EPP** (CCICMS: 16.148.334-8), declarando devido o crédito tributário, no montante de **R\$ 4.552,48 (quatro mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e oito centavos)**, sendo os valores, de ICMS, **R\$ 2.276,24 (dois mil, duzentos e setenta e seis reais e vinte e quatro centavos)**, por infringência aos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e da multa por infração de **R\$ 2.276,24 (dois mil, duzentos e setenta e seis reais e vinte e quatro centavos)**, com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 2.276,24**, atítulo de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 01 de julho de 2016.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator