



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

Processo nº 153.487.2013-5

Recurso /HIE/CRF-677/2014

RECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

RECORRIDA:ALBERTO PORTO DE MELO-ME.

PREPARADORA :COLETORIA ESTADUAL DE JUAZEIRINHO

AUTUANTE:JURANDI ANDRÉ PEREIRA MARINHO.

RELATORA:CONSª. DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. CONTRIBUINTE QUE COMERCIALIZA EXCLUSIVAMENTE MERCADORIAS SUJEITAS AO PAGAMENTO ANTECIPADO DO ICMS SEGUNDO O REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CARÊNCIA DE SUPORTE DE FATO DA ACUSAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Não subsiste a denúncia de omissão de saídas de mercadorias tributáveis evidenciada mediante a diferença a menor no valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, com as quais a declarante opera, frente à comprovação de que o autuado, na posição de substituído tributário, comercializa apenas mercadorias sujeitas ao regime de pagamento antecipado por substituição tributária, o que o coloca a salvo da tributação.

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, no mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, para manter a sentença prolatada na primeira instância, que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001892/2013-26 (fl. 8 e 9), lavrado em 11 de novembro de 2013, em que foi autuada a empresa ALBERTO PORTO DE MELO-ME., inscrita no CCICMS estadual sob o nº 16.116.215-0, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos da presente ação fiscal.

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

P.R.E.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 08 de agosto de 2016.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

Relatório

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o Recurso **HIERÁRQUICO** interposto em face da decisão monocrática que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001892/2013-26 (fl. 08), lavrado em 11 de novembro de 2013, segundo o qual a autuada, ALBERTO PORTO DE MELO-ME., é acusada do cometimento 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”.

“NOTA EXPLICATIVA >> FORAM DETECTADAS OMISSÃO DE VENDAS NOS EXERCÍCIOS DE 2008 A 2012, ATRAVÉS DOS DECLARADOS NO ECF E AS INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ADMINISTRATIVAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/ DÉBITOS.”

Segundo o entendimento acima, o autuante constituiu o crédito tributário na quantia total de **R\$ 900.545,09**, sendo, **R\$ 360.218,00**, de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, bem como ao arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008, e aos arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, e **R\$ 540.327,09**, de multa por infração, com fundamento no artigo 16, II da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou 87, II da Res. 094/2011.

Documentos instrutórios constam às fls. 10 a 92, dos autos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, de forma pessoal, com ciência em 19.11.2013, fl.9, a autuada apresentou defesa tempestiva, fls. 93 a 112, alegando no mérito que comercializa produtos com substituição tributária (medicamentos), mercadorias essas sujeitas ao regime da Substituição Tributária, cujo imposto é retido na origem, inclusive com agregação de lucro, isto é, o produto já vem no preço de revenda e com o imposto devidamente pago.

Em sede de contestação, de fls. 114 a 119, o autuante pugna pela manutenção do crédito tributário compulsoriamente lançado, alegando que o procedimento adotado para este fato gerador, considera que a diferença apurada diz respeito à omissão de mercadorias tributáveis, ressalvada ao contribuinte na prova da improcedência da presunção no momento da apresentação da defesa do auto de infração, portanto, não cabem aos chefes das repartições fiscais quaisquer alterações nos respectivos lançamentos.

Informa que a empresa, anteriormente, já tinha sido auditada, exercícios 2004 a 2007, pela mesma infração, e que a GEJUP, julgou o auto de infração improcedente.

Diante dessas informações, pugna pela manutenção do crédito tributário compulsoriamente lançado, alegando que a empresa comercializa, também, com mercadorias tributáveis, conforme CFOPs constantes em relação de digitação acostada.

Após a informação sobre a inexistência de antecedentes fiscais e a conclusão dos autos, fls. 121 e 122, os autos foram remetidos à GEJUP, que fez juntada de documentos referentes à ficha financeira, mapas resumo do ECF e Informações Econômico – fiscais – GIM da empresa autuada, fls. 125 a 160, do libelo acusatório.

Os autos conclusos foram distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que em seu julgamento decidiu pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração, fls. 161 a165, baseado no fato que a empresa apresenta, exclusivamente, entradas de mercadorias sujeitas ao regime de tributação por substituição tributária, cujo imposto fora integralmente e previamente recolhido, encerrando, assim, a fase de tributação.

Procedida à interposição de recurso hierárquico, fl. 166, bem como efetuada a ciência da decisão monocrática, via Aviso de Recebimento, JG 30767899 5 BR, em 27. 5.2014, os autos foram encaminhados ao autuante, para apresentar contrarrazões, fls. 172, o qual ratificou os argumentos relatados em contestação.

Aportados os autos nesta Casa, os mesmos foram, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora que improcedeu o lançamento de ofício correspondente à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, haja vista caracterizar duplicidade de tributação sobre o mesmo fato gerador, uma vez que se trata de empresa cujas mercadorias objeto de sua comercialização estão sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS segundo o regime da Substituição Tributária.

A questão tem origem na acusação de **omissão de saídas** baseada nas declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, que apontou uma diferença tributável, diante da qual a Fiscalização ofereceu a denúncia encimada, alicerçando-se na presunção legal que autoriza a imputação da citada irregularidade fiscal ao agente infrator, a qual enseja a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, lastreada na presunção legal esculpida no art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

“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.” (grifo nosso)

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados , quando da transferência ou venda, conforme o caso.

No entanto, consoante previsão ínsita no parágrafo único do art. 646, tal conclusão firma-se em presunção relativa, posto que devolve ao acusado o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações.

No caso dos autos, o contribuinte buscando invalidar o procedimento fiscal, apresentou o argumento que trabalha com produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária, em sua integralidade, na qualidade de comércio varejista de produtos farmacêuticos (farmácia), exercendo atividades mercantis na posição de substituído tributário em relação a mercadorias cujo pagamento do ICMS é antecipadamente efetuado pelo respectivo substituto, e que nessa ordem de procedimento não seria alvo das consequências apontadas em exame, que atinge as omissões de saídas de mercadorias tributáveis.

Embora a autuada não tenha trazido aos autos provas desse fato, não há como ignorar que a mesma exerce o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, sob o CNAE de nº 4771-7/01, consoante informação ínsita na Ordem de Serviço Normal, de fls. 3 a 5, dos autos.

Porém, essa circunstância, por si só, é insuficiente para demonstrar o alegado, devido ao fato de que o exercício dessa atividade pode se verificar em concomitância com a comercialização de mercadorias sujeitas à tributação normal do ICMS, a exemplo de contribuintes que, além da venda de produtos sujeitos à substituição tributária, exercem a comercialização de mercadorias sob a égide do regime normal de apuração do imposto.

O fato que confirma o argumento da autuada adveio da prova trazida pelo próprio julgador singular, quando, nas suas razões de decidir, acostou às fls. 126 a 160, dados das GIM'S do contribuinte, Mapas resumo de ECF, atestando, *ad incontestu*, que a mesma comercializa apenas produtos sujeitos ao pagamento antecipado do ICMS, segundo o regime da Substituição Tributária.

Isto considerando, não subsiste fundamento de fato para respaldar o resultado do Detalhamento da Consolidação ECF/ TEF X GIM, no qual se baseia a delação apontada, devido ao fato de sua repercussão se colocar apenas sobre saídas não faturadas de mercadorias tributáveis, o que não é o caso dos autos, posto que, consoante demonstrado, toda a mercadoria estava sujeita ao regime da substituição tributária, ou seja, pressupondo-se que o imposto foi recolhido antecipadamente, entendendo que tal aspecto se reveste como razão suficiente a decretar-se a improcedência da medida fiscal punitiva ao contribuinte, sob pena de se estabelecer duplicidade de tributação sobre o mesmo fato gerador, o que não é admissível no ordenamento jurídico tributário brasileiro.

Em face do que, corroboro a decisão monocrática, quando concluiu que assiste razão às considerações de defesa trazidas à baila pela empresa acusada, já que, realmente, os valores do ICMS cobrados através do Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM, acostado às fls. 13 a 15, já sofreram tributação, inexistindo, portanto repercussão tributária que justifique tal cobrança.

Em igual sentido, transcrevo acórdãos deste Conselho de Recursos Fiscais que revelam entendimento semelhante ao da questão em foco, senão vejamos:

“RECURSO HIRÁRQUICO DESPROVIDO. DEMONSTRATIVO FINANCEIRO. OMISSÃO DE SAÍDAS DESCARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

Diante da constatação de que a indiciada comercializa unicamente mercadorias sob a égide de substituição tributária, torna-se inconsistente a denúncia ventilada nos autos” (Acórdão CRF nº 011/2010, DOE de 03/02/2010, rel. Consª. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa).

“RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CONTRIBUINTE QUE COMERCIALIZA EXCLUSIVAMENTE MERCADORIAS SUJEITAS AO PAGAMENTO ANTECIPADO DO ICMS SEGUNDO O REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CARÊNCIA DE SUPORTE DE FATO DA ACUSAÇÃO. FALTA

DE RECOLHI MENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS SOBRE MERCADORIAS PARA O USO E/OU CONSUMO. AQUISIÇÃO DE BEM PARA O ATIVO FIXO. INCOMPATIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA ACUSAÇÃO. PAGAMENTO. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO HIRÁRQUICO DESPROVIDO. REFORMA DA DECISÃO SINGULAR.

- Não subsiste a denúncia de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais evidenciadas mediante aplicação de Levantamento Financeiro frente à comprovação de que o autuado, na posição de substituído tributário, comercializa apenas mercadorias sujeitas ao regime de pagamento antecipado por substituição tributária, o que o coloca a salvo da tributação alicerçada na repercussão tributária advinda do citado Levantamento Financeiro.

- Não obstante a nulidade do lançamento que pretende a cobrança do ICMS Diferencial de Alíquotas sobre a aquisição de mercadorias para uso e/ou consumo do estabelecimento, devido ao vício formal consistente na sua incompatibilidade com a questão de fato retratada nos autos, a qual consiste na aquisição de bem para o ativo fixo, o pagamento da exigência fiscal, efetuado a posteriori, caracteriza reconhecimento expresso da autuada sobre a legitimidade do crédito tributário, esvaziando, assim, o objeto da realização de novo feito.

(Acórdão 260/2014, relatora Cons. Maria das Graças D. de Oliveira Lima)

Com esses fundamentos,

VOTO - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença prolatada na primeira instância, que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.000001892/2013-26** (fl. 8 e 9), lavrado em 11 de novembro de 2013, em que foi autuada a empresa **ALBERTO PORTO DE MELO-ME.**, inscrita no CCICMS estadual sob o nº 16.116.215-0, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos da presente ação fiscal.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 8 de agosto de 2016.

LIMA PEREIRA

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO

Conselheira Relatora