



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

Processo nº 055.359.2012-6

Recursos HIE/VOL/Nº 764/2014

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

2ª Recorrente: FLAVIA MERCIA PONTES PERIERA.

1ª Recorrida: FLAVIA MERCIA PONTES PERIERA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: UDMILSON TAVARES DO RÊGO.

Relator: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. PRESUNÇÃO RELATIVA NÃO ELIDIDA. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- 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 autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvado à acusada a prova da improcedência da acusação. Alegações e provas apresentadas pela recorrente se mostram incapazes de afastar a presunção relativa que contra esta se instaura. Mantida o lançamento de ofício correspondente ao ICMS, assim como a redução da penalidade promovida de ofício na instância prima, nos termos do princípio da retroatividade e da vigência de lei posterior mais benigna do que a do tempo da falta.

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 dos *Recursos Hierárquico*, por regular, e *Voluntário*, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000750/2012-60, de fls. 3 e 4, lavrado em 8 de maio de 2012, em que foi autuada a empresa FLAVIA MERCIA PONTES PERIERA, com inscrição estadual nº 16.157.280,4, qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no valor de R\$ 212.776,00 (duzentos e doze mil, setecentos e setenta e seis reais), sendo R\$ 106.388,00 (cento e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I c/c o art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e o mesmo valor – R\$ 106.388,00 (cento e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais) - de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea “a” da Lei nº

6.379/96, com redação alterada pela Lei nº 10.008, de 05 de junho de 2013.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por irregular, o montante de R\$ 106.388,00 (cento e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais) de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

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 02 de dezembro de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os Recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000750/2012-60 (fls. 3 e 4), lavrado em 8 de maio de 2012, onde a autuada, FLAVIA MERCIA PONTES PERIERA, acima identificada é acusada da 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 de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito”.*

Segundo o entendimento acima, o autuante constituiu o crédito tributário correspondente aos exercícios de 2009 (janeiro a dezembro) e de 2010 (janeiro a dezembro) na quantia de R\$ 319.164,00, sendo R\$ 106.388,00 de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, e R\$ 212.776,00 de multa por infração, com fundamento no artigo 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 5 a 45: Ordem de Serviço Simplificada, Notificação Ref. OSN nº 93300008.12.00004907/2011-04, Demonstrativo do ICMS a Recolher, com dados da Consolidação ECF/TEF X GIM, Mapa Res. ECF, Valor Declarado, Base de Cálculo, ICMA a recolher, tudo por mês e ano e valores totais), Procuração, Notificação, Detalhamento da Consolidação ECF/TWEF x GIM dos exercícios de 2009 e 2010, Detalhamento por Administradora (janeiro a dezembro de 2009 e 2010), cópia de notas fiscais modelo 1.

Após a ciência da autuada sobre a lavratura do auto infracional, efetuada de Aviso de Recebimento, de fl. 48, conforme atesta o comprovante de entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor, em 12/6/2012, esta apresenta defesa tempestiva (fls. 50 e 51), requerendo a anulação do lançamento de ofício, aos seguintes fundamentos:

- a fiscalização apenas pediu os talões de notas fiscais mod. 1, pois são os únicos existentes, porquanto não foram liberados para a empresa os talões mod. D, notas ao consumidor, ficando apenas a empresa presa a este talonário mod. 1 e, assim trabalhando, vendendo com cartões de crédito, usando as maquinetas POS, até o prazo do recolhimento das mesmas;

- toda mercadoria da loja sai com nota fiscal, independente de o pagamento ser a dinheiro ou cartão de crédito, mas, neste tipo de comércio 90% das vendas são pagas mediante cartão de crédito, então, é vendida a mercadorias, emitida a nota fiscal e o pagamento se dá por meio de cartão de crédito;

- a fiscalização pediu os talões de nota fiscal, o que lhe foi entregue, ocasião em que esta viu os talões e sabe que são os únicos, e assim, como a empresa ainda não tinha ECF/TEF, mas, sim, maquinetas POS, que foram depois excluídas, toda a comercialização feita com cartão de crédito é emitida a nota fiscal;

- verifica-se que em diversas páginas do talão está citado que foi vendido com cartão de crédito, conforme se pode verificar nas Notas Fiscais nºs 000003, 000004, 000014, 000015, 000022, 000023, do talão de numeração 00001 a 000050, com autorização de 28/8/2008, e assim por diante, como acontece com outros talões apresentados à Fiscalização;

Com estas razões, pede, ainda, prazo de 30 dias para apresentação de talonários de notas fiscais, livros, notas fiscais e outros possíveis lançamentos, alega que o autuante não viu as notas fiscais vendidas com cartão de crédito e apenas fez o cruzamento dos dados enviados pelas administradoras e pelas GIM's, que terão que ser retificadas, e desprezou os talões.

Mediante contestação, às fls. 54 e 55, o autuante se contrapõe aos argumentos reclamatórios, alegando que:

- a impossibilidade alegada para uso das notas fiscais série "D" não dispensa a obrigatoriedade de emissão de cupons fiscais, ainda que, quando for o caso, simultaneamente com a emissão de notas fiscais modelo 1, assim como da declaração correta dos valores das vendas e do imposto devido;

- a reclamante foi notificada a recolher espontaneamente o ICMS referente às diferenças tributáveis apuradas nas vendas com pagamento mediante cartões de crédito, durante os exercícios de 2009 e 2010 (Notificação nº 00009838/2011, emissão em 11/5/2012, fl. 10) e, cientificada, solicitou a concessão de prazo para obter junto às administradoras de cartões de crédito, com vistas à regularização da sua situação fiscal (Processo nº 0673032011-7), sem, entretanto, adotar qualquer providência no sentido de regularizá-la;

- na operação cartão de crédito, ao ser novamente notificada para recolher o imposto correspondente às diferenças tributáveis apuradas, conforme, desta vez, as informações de fl. 6, oriundas do sistema ATF, desta Secretaria de Estado da Receita;

- com relação às vendas em que houve a emissão de algumas notas fiscais com expressa referência à natureza das vendas (vendas c/cartão de crédito) se verifica que não houve a declaração das mesmas junto à Secretaria da Receita, nem tampouco o recolhimento do imposto devido;

- o uso de POS, admitido pela reclamante, não está autorizado para a sua atividade e no sistema ATF se verifica que a empresa não é possuidora de ECF, de uso obrigatório, de forma integrada ao equipamento de transferência eletrônica de fundos – TEF (art. 338, § 6º, do RICMS/PB; Portaria nº 045/2010 GSER).

Ao final, pugna pela manutenção total do feito fiscal.

Após a informação de não haver antecedentes fiscais da autuada (fl. 57), os autos foram conclusos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais (fl. 58), onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que concluiu pela parcial procedência do auto infracional, pois, após observar a falta de apresentação, pela autuada, de provas capazes de excluir a exação fiscal referente ao ICMS, promoveu de ofício uma redução no valor da penalidade sugerida nos lançamentos de ofício, com base no disposto na lei posterior que estabelece sanção mais benigna, de forma que o crédito tributário passou a ser constituído do valor de R\$ 106.388,00, de ICMS, e R\$ 106.388,00, de multa infracional.

Interposto recurso hierárquico (fl. 67) e regularmente cientificada a autuada da decisão singular (conforme atestam os documentos de fls. 68 e 68), esta recorre tempestivamente a este Conselho de Recursos Fiscais (fl. 71 e 72), em cuja peça basicamente repisa os argumentos aduzidos na instância preliminar, acrescendo-os apenas do seguinte fato:

- aconteceu apenas que as GIM's não foram retificadas e o que pode ser feito agora, porque o contribuinte tem direito de fazê-lo, o que estamos solicitando;

Por fim, após considerações de natureza defensiva, pede a anulação do feito fiscal.

Junta cópia de notas fiscais de saídas (fls. 73 a 85).

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

Está relatado.

V O T O

O lançamento de ofício em questão está de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13. Importa ainda declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido apresentada dentro do legalmente estabelecido (art. 77 da Lei nº 10.094/13).

Trata-se de libelo basilar constitutivo de delação fiscal consistente de omissão de saídas tributáveis, constatada mediante cotejo entre as declarações de vendas de mercadorias tributáveis prestadas pela autuada e as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, consoante o qual aquelas se verificaram com valores inferiores aos informados por estas, nos exercícios de 2009 e 2010, sendo que o objeto do recurso hierárquico se restringe aos ajustes do valor da penalidade original, tendo em vista que a instância preliminar concluiu pela legitimidade do lançamento de ofício referente ao ICMS e, nesse cenário, reduziu de ofício a multa infracional inicial, ao fundamento do princípio da retroatividade da lei (CTN, art. 106, II, “c”), ante o advento de lei posterior mais benigna do que a existente à época do fato gerador (Lei Estadual nº 10.008/2013).

Quanto ao recurso voluntário, o objeto deste, a ser discutido por esta relatoria, diz respeito ao fato de a recorrente requerer a insubsistência do auto de infração, ao fundamento de não ter omitido vendas de mercadorias tributáveis em decorrência dos fatos alegados em sua peça recursal.

Como se observa, a exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de omissão de 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, relativamente aos exercícios de 2009 e 2010.

Inicialmente, importa realçar a regularidade na técnica de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregada pela autoridade fiscal que demonstrou uma diferença tributável nos períodos acima citados, configurando a legitimidade da exigência sob a acusação de vendas de mercadorias sem nota fiscal.

Desse resultado, alcançaram-se àquelas operações de venda que foram realizadas por meio de cartão de crédito ou débito cujas mercadorias não foram faturadas, materializando a presunção legal de omissão de vendas, conforme redação do artigo 646 do RICMS/PB, que teve sua vigência a partir de 13 de junho de 2007, com a publicação do Dec. nº 28.259, de 13/06/2007, 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”.

Considerando a inversão do ônus da prova e, nesse cenário, ao perscrutar os elementos trazidos aos autos pela recorrente que, no intuito de excluir a acusação, afirma que não omitiu vendas, pois o que houve foi falta de informação nas GIM's, as quais devem ser retificadas e, para tanto, solicita prazo de 30 dias, inclusive para apresentação de talonários, livros fiscais, notas fiscais e outros elementos relacionados à escrita fiscal do seu estabelecimento, e reitera que a Fiscalização não observou as notas fiscais modelo 1, emitidas nas vendas com pagamento mediante cartão de crédito, haja vista que sempre as emitia nessas ocasiões, razão, pois, de inexistência de prejuízo ao Estado.

Com efeito, impõe-se realçar que o procedimento apropriado à detecção de irregularidade fiscal mediante o confronto entre as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e pelo contribuinte nas GIM's que apresenta ao Fisco Estadual consiste no levantamento mensal das vendas faturadas por meio de ECF, somadas às vendas com notas fiscais de consumidor e as de modelo 1 e 1 – A, em operações declaradas pelo contribuinte na sua GIM.

Todavia, observa-se que a recorrente não efetuou corretamente a declaração de valores mediante GIM, nos exercícios de 2009 e 2010, sendo que, a despeito dessa circunstância, os documentos acostados aos autos demonstram ter havido saídas tributáveis inferiores às declaradas pelas administradoras de cartões de crédito, conforme atestam os documentos de fls. 11 a 36.

Outro aspecto que requer esclarecimento consiste no fato de que nas vendas faturadas mediante nota fiscal série “D”, nota fiscal modelo 1, o contribuinte vendedor não fica dispensado da obrigação de emitir os respectivos cupons fiscais, tampouco da declaração ao Fisco, mediante GIM, dos valores exatos das vendas efetuadas.

No caso, com relação às saídas faturadas através de notas fiscais que fazem referência a “vendas c/cartão de crédito” não se vislumbra a declaração destas ao Fisco, tampouco o recolhimento do ICMS devido.

Com efeito, a própria recorrente declara que não possui ECF/TEF. Isto considerando, entendo que à falta do cupom fiscal, emitido nesse equipamento, não há como afirmar, com razoável grau de certeza, que a venda efetuada com nota fiscal, na qual se mencione, no corpo do documento, o meio de pagamento (cartão de crédito) com se configurou, consiste na mesma venda informada pela administradora de cartão de crédito, mormente quando o próprio contribuinte vendedor, além de não a declarar ao Fisco, não emite o respectivo cupom fiscal. Essas circunstâncias tornam impossível entrever um vínculo entre ambas as situações, capaz de permitir a conclusão de que tratam do mesmo fato gerador. Desse modo, a Fiscalização não poderia, considerar as notas fiscais modelo 1

(cópia de fls. 37 a 45), emitidas pela recorrente, no procedimento de aferição fiscal efetuado, como de fato acertadamente não o fez.

Pois bem. Considerando que a recorrente não se desincumbiu *in totum* da responsabilidade da prova da improcedência da presunção, pelo contrário, aduziu elementos que induzem nos levam a inferir que esta incorreu na falta de que é acusada, nos períodos em referência, resta mantido, pois, o lançamento de ofício, no que toca ao ICMS devido.

Por oportunidade do julgamento de questão semelhante, este Conselho de Recursos Fiscais acolheu à unanimidade o voto da relatoria do Cons. Roberto Farias de Araújo, decidindo pelo desprovisionamento do Recurso Hierárquico nº 073/2011, conforme se constata no Acórdão nº 548/2015, cuja ementa transcrevo:

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. PRELIMINARES. NÃO ACOLHIMENTO. NÃO APRESENTAÇÃO DE ELEMENTOS CAPAZES DE DESCONSTITUIR A ACUSAÇÃO. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Aplica-se o Princípio da Aparência para se reputar válida a citação feita na pessoa de quem, na sede da empresa, apresenta-se como representante desta, recebendo a citação sem qualquer ressalva.

- Conjunto probatório suficiente para embasar a acusação e desta dar a conhecer para exercício do direito de defesa.

- 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 autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvada à acusada a prova da improcedência da acusação. A apresentação de elementos incapazes de afastar a presunção acarretam a manutenção da delação fiscal.

- *Confirmada a redução da penalidade por força de lei posterior mais benigna.*”

Quanto ao pedido do prazo de 30 dias para retificação das GIM's e para apresentação de livros, notas fiscais e de outros elementos relacionados a escrita fiscal do estabelecimento considerado, decido pelo não atendimento, visto que o referido pedido foi apresentado na propositura da defesa na instância preliminar e, mesmo diante do julgamento monocrático que lhe foi desfavorável, a empresa não trouxe aos autos, na ocasião em que recorreu voluntariamente a este Conselho de Recursos Fiscais, a documentação objeto do seu pleito, desperdiçando, assim, todas as oportunidades que foram abertas para se defender adequadamente e, portanto, deixando precluir seu direito de provar a improcedência da acusação (art. 63 c/c os arts. 56, 57, 58, § 1º da Lei nº 10.094/2013)

Relativamente à penalidade sugerida no procedimento da Fiscalização, cumpre ressaltar que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Portanto, corroboro a decisão singular que, nesse quesito aplicou a redução da multa por infração para o percentual de 100%, disciplinado na inteligência emergente do art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito, a partir de 01/09/2013.

Face às referidas considerações, o crédito tributário passa devido se constitui dos seguintes valores:

Mês/Ano	ICMS (R\$)	M. Inf.(R\$)	Total
01/2009	5.495,32	5.495,32	10.990,64
02/2009	5.082,49	5.082,49	10.164,98
03/2009	4.820,48	4.820,48	9.640,96
04/2009	5.008,07	5.008,07	10.016,14
05/2009	6.247,38	6.247,38	12.494,76
06/2009	5.673,21	5.673,21	11.346,42
07/2009	6.206,71	6.206,71	12.413,42

08/2009	6.524,42	6.524,42	13.048,84
09/2009	5.739,59	5.739,59	11.479,18
10/2009	6.127,60	6.127,60	12.255,20
11/2009	5.656,34	5.656,34	11.312,68
12/2009	5.956,66	5.956,66	11.913,32
	5.223,86	5.223,86	10.447,72
01/2010			
	3.093,24	3.093,24	6.186,48
02/2010			
	2.841,49	2.841,49	5.682,98
03/2010			
	2.834,15	2.834,15	5.668,30
04/2010			
05/2010	3.412,84	3.412,84	6.825,68
06/2010	3.823,33	3.823,33	7.646,66
07/2010	4.132,72	4.132,72	8.265,44
08/2010	2.674,22	2.674,22	5.348,44
09/2010	1.359,33	1.359,33	2.718,66
10/2010	3.427,29	3.427,29	6.854,58

11/2010	2.192,27	2.192,27	4.384,54
12/2010	2.834,99	2.834,99	5.669,98
	106.388,00	106.388,00	212.776,00

Totais

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento dos *Recursos Hierárquico*, por regular, e *Voluntário*, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000750/2012-60, de fls. 3 e 4, lavrado em 8 de maio de 2012, em que foi autuada a empresa FLAVIA MERCIA PONTES PERIERA, com inscrição estadual nº 16.157.280,4, qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no valor de R\$ 212.776,00 (duzentos e doze mil, setecentos e setenta e seis reais), sendo R\$ 106.388,00 (cento e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I c/c o art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e o mesmo valor – R\$ 106.388,00 (cento e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais) - de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96, com redação alterada pela Lei nº 10.008, de 05 de junho de 2013.

Aotempo em que mantenho cancelado, por irregular, o montante deR\$ 106.388,00 (cento e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais) de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 2 de dezembro de 2016.

OLIVEIRA LIMA

Relatora

MARIA DAS GRAÇAS D. DE

Conselheira