Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 005.023.2009-5
Acórdão 019/2014
Recurso HIE/ nº 176/2012
RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
RECORRIDA: VILLA SÃO PAULO BAR E RESTAURANTE LTDA EPP
REPARTIÇÃO: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
AUTUANTE: RONALDO CORREIA LINS
RELATOR: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

RECURSO HIERÁRQUICO. DESPROVIMENTO. 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.

No caso, ocorreu medida de saneamento com majoração da alíquota, cabendo a complementação do imposto em observância à legislação aplicável às demais pessoas jurídicas para as empresas enquadradas no regime do Simples Nacional.

Houve um período em que a empresa beneficiava-se pelo programa PARAIBASIM, sendo necessária a manutenção da alíquota diferenciada aplicada na inicial, conforme Parecer nº 90/2007 da Procuradoria Geral do Estado.

Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, a unanimidade , e, de acordo com o voto do relator pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO,** mantendo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000091/2009-67,** lavrado em 16/01/2009, complementado pelo Termo de Infração Continuada, lavrado em 11/04/2011, contra **VILLA SÃO PAULO BAR E RESTAURANTE LTDA. - EPP, CCICMS** *nº* 16.151.195-3, porém alterando, quanto aos valores devidos, o crédito tributário exigível para o montante de **R$ 14.673,46,** sendo **R$ 7.336,73** de ICMS, por infringência aos ***art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c o art. 646***, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R$ 7.337,73**, de multa por infração com fulcro no ***art. 82, inciso V, alínea "f"*** da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO** por indevida a quantia de **R$ 15.625,00** de ICMS e de **R$ 38.132,82,** a título

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto, perquirindo um crédito tributário no total de **R$ 53.757,82.**

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do artigo 730, § 1°, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

P.R.I

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de janeiro de 2014.

_____

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO – CONS. RELATOR

PROCESSO Nº 005.023.2009-5
RECURSO HIE/CRF nº 176/2012
RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
RECORRIDA: VILLA SÃO PAULO BAR E RESTAURANTE LTDA EPP
REPARTIÇÃO: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
AUTUANTE: RONALDO CORREIA LINS
RELATOR: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

RECURSO HIERÁRQUICO. DESPROVIMENTO. 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.
No caso, ocorreu medida de saneamento com majoração da alíquota, cabendo a complementação do imposto em observância à legislação aplicável às demais pessoas jurídicas para as empresas enquadradas no regime do Simples Nacional.
Houve um período em que a empresa beneficiava-se pelo programa PARAIBASIM, sendo necessária a manutenção da alíquota diferenciada aplicada na inicial, conforme Parecer nº 90/2007 da Procuradoria Geral do Estado.
Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

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

Relatório

Trata-se de Recurso Hierárquico interposto pela **GEJUP**, nos moldes do ***art.***

128 da Lei *6.379/96*, visto que a decisão monocrática julgou ***PARCIALMENTE PROCEDENTE*** o

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000091/2009-67**, lavrado em 16 de janeiro 2009 (fl. 03), contra a empresa VILLA SÃO PAULO BAR E RESTAURANTE LTDA EPP, nos autos devidamente qualificada, em razão das seguintes infrações:

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 instituição financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito*

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 instituição financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Pelo fato, foi enquadrada a infração no ***art. 158, inciso I, art. 160, art. 646,*** todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 c/c os **art**. **9º e 10º** da Res. CGSN Nº030, DE 07.02.08, sendo proposta aplicação de multa por infração com fulcro no ***art.82, inciso V, alínea "a",*** da Lei nº 6.379/96 e **art. 16, II** da Res. CGSN nº 030 de 07.02.08, perfazendo um credito tributário no valor de **R$ 4.655,69**, sendo **R$ 1.703,20** de ICMS e **R$ 2.952,49** de multa.

Cientificada da acusação por via postal, aviso de recebimento- AR, em 04/03/2009 *(fls.12),* a acusada não se manifestou no prazo legal, tendo sido lavrado o Termo de
Revelia em 14/05/2009 (fl. 13).

Sem informações de antecedentes fiscais (fl. 14), os autos conclusos foram remetidos à instância prima que motivou medida de diligência fiscal (fl.18 e 19) para revisão dos procedimentos fiscais em vista das determinações contidas na Lei Complementar n° 123/2006, sendo procedida a lavratura de Termo de Infração Continuada (fl.22) com a complementação da alíquota incidente sobre as omissões de vendas no período de março a setembro de 2007, sendo exigido ICMS de **R$ 21.258,55** e **R$ 42.517,10** de multa por infração, com ciência proferida em 29/04/2011, conforme Aviso de recebimento – AR à fl. 33 dos autos.

Com conclusão definitiva do caderno processual foram os autos distribuídos ao julgador fiscal ***Petrônio Rodrigues Lima***, que após a análise, julgou o libelo basilar **PARCIALMENTE *PROCEDENTE,*** em face das correições por ele promovidas, conforme denota-se da ementa abaixo transcrita:

OMISSÃO DE VENDAS. TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA. CORREÇÃO DA PENALIDADE E DA ALIQUOTA APLICADA NO CALCULO DO ICMS. REVELIA.

-Cabe aos Órgãos Julgadores a aplicação real da penalidade, corrigindo eventuais erros em sua propositura na peça vestibular, bem como no Termo de Infração Continuada, em obediência ao Principio da Legalidade.
- Erro da alíquota aplicada nos períodos em que o contribuinte se encontrava sob a égide do regime de tratamento tributário do PARAIBASIM, fez sucumbir parte da acusação inserta no Termo De Infração Continuada.
- Quem se mantém em estado de revelia assume o ônus da acusação que lhe está sendo imposto, presumindo-se como verdadeiros os fatos insertos na exordial.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Após a decisão o crédito tributário passou a ser de **R$ 30.706,79** sendo **R$ 10.235,68** de ICMS e multa por infração na quantia de **R$ 20.471,11**, sendo a empresa cientificada regularmente da decisão singular em 15/03/2012 (fl. 42), conforme Aviso de Recebimento, porém sem interposição de recurso voluntário no prazo regulamentar.

Em medida de contra-arrazoado (fl. 46), o autor da peça acusatória manifestou entendimento concordante com a decisão singular.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, foram os mesmos distribuídos a mim, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

V O T O

Versam os autos sobre a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis verificadas através da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito no exercício de 2007, meses março a setembro.

No mérito, observa-se que a acusação tem por cerne a exigência do ICMS concernente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem documento fiscal no período mencionado acima, constatada através do confronto realizado pela fiscalização relativo às informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito concernente as vendas efetuadas pelo contribuinte no período mencionado com os valores informados à Secretaria da Receita, cujo resultado do crédito tributário está demonstrado *às folhas 07,09 e 10* do processo.

No caso em apreço, vislumbra-se a legitimidade e legalidade da técnica aplicada pela fiscalização, 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. 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, 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, 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:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I - sempre que **promoverem saída de mercadorias**;
Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I **- antes de iniciada a saída das mercadorias**;

No caso em tela, verifica-se que por se tratar de uma presunção *juris tantum*, o ônus probante se inverte para a empresa, que através de provas materiais, as quais é detentora, poderá ilidir a presunção, fato não ocorrido visto não ter-se manifestado em tempo hábil, configurando-se a revelia processual (fl.13).

Contudo, este Colegiado diante dos inúmeros procedimentos adotados pela fiscalização nesta técnica de auditoria, quando da composição dos dados para a constatação da diferença tributável, vem entendendo que deve ser levado em consideração o faturamento total da empresa no momento da fiscalização. Neste sentido, vislumbra-se na ficha financeira da empresa a seguinte composição:

DATA	FICHA FINANCEIRA	DECLARADO OPERADORA	DIFERENÇA TRIBUTAVEL
03/07	0	18.268,35	**18.268,35**
04/07	1.989,60	24.390,76	**22.401,16**
05/07	17.038,06	28.519,44	**11.481,38**
06/07	19.197,91	29.884,58	**10.686,67**
07/07	13.792,54	26.859,75	**13.067,21**
08/07	10.794,81	24.910,06	**14.115,25**
09/07	8.448,40	20.727,12	**12.278,72**

Confrontando-se os valores acima encontrados, como os valores utilizados para efeitos de base de cálculo do Auto de Infração e do TIC, demonstrados nas folhas 03 e 22, pode-se notar que se faz necessário um ajuste no tocante aos meses de **abril, maio, junho, julho, agosto e setembro**. Deverão ser considerados os valores encontrados quando do levantamento da ficha financeira, acima discriminados, cujo crédito tributário será apontado nas planilhas abaixo.

No tocante ao contribuinte se encontrar inserido no regime do Simples Nacional, importa esclarecer que a acusação de omissão de saídas 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 dos artigos 13, § 1º, XIII, „e? e “f” c/c 32, ambos da Lei Complementar n° 123/2006, bem como nas disposições sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas por esse regime de tributação, dadas pela Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, adiante transcritas:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/ 2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições
[...]
§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

[...]

XIII - **ICMS devido**:
[...]
na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;
f) **na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;**

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008:

Art. 82. Aplicam-se a ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional
[...]
§ 2º. Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

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

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

Diante da dicção normativa acima, este Colegiado reafirma o ajuste da alíquota para 17%, nos **meses julho, agosto e setembro**, constante no TIC- Termo de Infração Continuada (22), com a devida correção quanto aos valores a serem tributados, após os ajustes feitos, levando-se em consideração os dados da ficha financeira. É sabido que este Colegiado já se posicionou em outras ocasiões, 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 n° 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.

Contudo, importa salientar que, em primeira instância, o julgador ajustou corretamente excluiu os valores cobrados no período entre **março de 2007 a junho de 2007**, período em que a empresa

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

estava enquadrada no regime de pagamento do PARAIBASIM, como EPP, mantendo-se a alíquota de 1%., cabendo a essa Corte o ajuste da diferença a ser tributada. Isto corroborado no entendimento da Procuradoria Geral do Estado- Parecer nº 90/2007, em que opina no sentido de que as empresas beneficiadas pelo Programa Estadual PARAIBASIM, por não remanescer mais a possibilidade de desenquadramento, devem obedecer às alíquotas nele postadas.

Todavia, é de suma importância 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, necessário se faz a aplicação da redução da multa por infração no percentual de 50%, disciplinada 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. Desse modo, o art. 82, V, "a" e "f" da Lei nº 6.379/96 passa a ter a seguinte dicção:

"Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:
(...)
V - de 100% (cem por cento):
(...)
a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;
(...)
f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive, a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;" (g.n.)

Diante do exposto, entendo que se justifica a alteração da decisão singular no tocante ao valor da multa, com relação aos cálculos elaborados pelo julgador monocrático (fl. 39), resultando nos seguintes valores:

				CRÉDITO TRIBUT	
Período	**BASE DE CÁLCULO**	**ICMS**	**MULTA**	**VALORES DEVI**	
	DIFERENÇA TRIBUTÁVEL			**ICMS**	**MULTA-100%**
mar/07-AI	18.268,25	182,68	365,36	182,68	182,68
abr/07-AI	22.401,26	238,18	476,36	224,01	224,01
mai/07-AI	11.481,38	180,92	361,84	114,81	114,81
jun/07-AI	10.686.67	193,59	387,18	106,86	106,86
jul/07-AI	13.067,21	256,21	384,32	163,34	163,34
ago/07-AI	14.115,25	350,86	526,29	262,54	262,54
set/07-AI	12.278,72	300,76	451,14	228,38	228,38

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

mar/07-TIC		2.922,94	5.845,88	-	-
abr/07-TIC		3.810,94	7.621,88	-	-
mai/07-TIC		2.894,79	5.789,58	-	-
jun/07-TIC		3.097,38	6.194,76	-	-
jul/07-TIC	13.067,21	3.228,30	6.456,60	2.058,08	2.058,08
ago/07-TIC	14.115,25	2.855,91	5.711,84	2.137,04	2.137,04
set/07-TIC	12.278,72	2.448,28	4.896,52	1.858,99	1.858,99
TOTAL		**R$ 22.961,74**	**R$ 45.469,55**	**R$ 7.336,73**	**R$ 7.336,73**

EX POSITIS,

V O T O– Pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO,** mantendo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000091/2009-67,** lavrado em 16/01/2009, complementado pelo Termo de Infração Continuada, lavrado em 11/04/2011, contra **VILLA SÃO PAULO BAR E RESTAURANTE LTDA. - EPP, CCICMS** *nº* 16.151.195-3, porém alterando, quanto aos valores devidos, o crédito tributário exigível para o montante de **R$ 14.673,46,** sendo **R$ 7.336,73** de ICMS, por infringência aos ***art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c o art. 646***, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R$ 7.337,73**, de multa por infração com fulcro no ***art. 82, inciso V, alínea "f"*** da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO** por indevida a quantia de **R$ 15.625,00** de ICMS e de **R$ 38.132,82,** a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto, perquirindo um crédito tributário no total de **R$ 53.757,82.**

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de janeiro de 2014.

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO
Conselheiro Relator

Phoca PDF