



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 100.561.2009-5

Recurso HIE/CRF Nº 163/2015

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Recorrida: JOSÉ GUIMARÃES TRINDADE BIJUTERIAS EPP

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: ARLINDO LOPES DE AQUINO

Relatora: CONS^aDORICLECIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA. DECADÊNCIA. DIVERGÊNCIAS ENTRE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO E AS INFORMAÇÕES DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE E CONSTANTES NA BASE DE DADOS DA SER-PB. CONFIRMAÇÃO EM PARTE. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. AJUSTES REALIZADOS. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Nos autos, a constatação de divergências entre a diferença tributável apurada a partir das informações fiscais declaradas pelo contribuinte e constantes na base de dados do sistema ATF desta SER-PB, e a diferença tributável apurada pela fiscalização e consignada no auto de infração, fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado. O lançamento complementar de crédito tributário por meio de Termo de Infração Continuada cuja ciência ocorre após cinco anos contados da data da eclosão do fato gerador configura a decadência tributária prevista no art. 150, §4º, do CTN. Redução da penalidade por força de alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros da **2ª Câmara** de Julgamento 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 *desprovemento*, para alterar, quanto aos valores, a decisão singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001294/2009-70, lavrado em 15/09/2009, fl.6, e *improcedente*, por decadência, o respectivo Termo de Infração Continuada, lavrado em 24/2/2011, fls. 494/495, contra o contribuinte JOSÉ GUIMARÃES TRINDADE BIJUTERIAS EPP, CCICMS nº 16.141.715-9, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 1.499,68 (um mil, quatrocentos e noventa e nove reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 749,84 (setecentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), 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 R\$ 749,84 (setecentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 48.236,21 (quarenta e oito mil, duzentos e trinta e seis reais e vinte e um centavos), sendo R\$ 19.144,51 (dezenove mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, e R\$ 29.091,70 (vinte e nove mil, noventa e um reais e setenta centavos), 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.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em
12 de maio de 2017.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO (Suplente) e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso hierárquico interposto nos

moldes dos arts. 80 da Lei nº 10.094/2013, em razão da decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001294/2009-70, lavrado em 15/09/2009, fl.6, e *improcedente* o respectivo Termo de Infração Continuada, lavrado em 24/2/2011, fls. 494/495, no qual o contribuinte acima identificado é acusado da(s) irregularidade(s) e/ou infração(ões) descrita(s) na forma abaixo:

“Descrição da Infração

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.”

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, c/ fulcro nos arts. 9º e 10 da Resolução CGSN nº 30, de 7/2/2008, sendo proposta multa por infração com fulcro no art. 16, II, da mesma Resolução, com exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 49.735,89, sendo R\$ 19.894,35, de ICMS, e R\$ 29.841,54, de multa por infração.

Instruem os autos, documentos de fls. 2 a 5 e 7 a 522, possuindo três volumes.

Notificado pessoalmente da peça vestibular, em 29/9/2009, o contribuinte apresentou reclamação, tempestivamente, em 28/10/2009, sob os argumentos, em síntese, de que:

- a) a empresa é estritamente varejista e sempre emitiu Cupom Fiscal, não estando obrigada a emitir Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A;
- b) o Auditor Fiscal no levantamento somente considerou as vendas emitidas por Cupom Fiscal; não considerou todos os equipamentos Emissor de Cupom Fiscal da empresa e, quando questionado, limitou-se a declarar que desconsiderou os Cupons Fiscais que não constavam como emitidos pelo TEF;
- c) a empresa possui três equipamentos ECF e é natural que nem todos atendam ao TEF;
- d) a empresa não infringiu o dispositivo legal imputado no auto de infração;
- e) não procede a acusação pelo fato de as vendas reais da empresa superarem muito as vendas apontadas pelo Auditor Fiscal que não considerou todas as vendas efetivamente realizadas com Cupons Fiscais;
- f) é ilegal a utilização do art. 646, parágrafo único, do Decreto nº 18.930/97, por não estar autorizado pela Lei do ICMS;
- g) ao final, requer:
 - 1) seja citado o advogado, Dr. José Carlos Scortecchi – OAB/PB 8007, para sustentação oral no dia do julgamento, provando assim que a empresa cometeu as infrações imputadas nos autos;
 - 2) provar o alegado, por todos os meios de provas em direito admitidas, inclusive com apresentação de novos documentos que se fizerem necessários, e
 - 3) que seja julgado improcedente o auto de infração.

Na instância singular, foi solicitada diligência para saneamento quanto a complementação do crédito tributário por meio de Termo de Infração Continuada, lavrado em 24/2/2011, no valor total de R\$ 272.466,24, sendo R\$ 90.822,08, de ICMS, e R\$ 181.644,16, de multa por infração, fls. 494/495, uma vez que a fiscalização fez aplicar no auto de infração alíquotas próprias do Simples Nacional, quando o correto seria a aplicação da alíquota de 17%, aplicável às demais pessoas jurídicas, por se tratar de hipótese de omissão de receitas.

Notificado do Termo de Infração Continuada por via postal, em 28/3/2011, AR nº RJ748591898BR, e encaminhados à instância singular, foi mais uma vez solicitada diligência, fl. 500, desta feita para ciência ao sujeito passivo da lavratura do referido Termo de Infração Continuada por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, nos termos do art. 46, §1º, da Lei nº 10.094/2013, saneado com a publicação do Edital nº 068/2014, D.O.E. de 27/11/2014, fl. 505, dos autos.

Retornados os autos à instância singular, o julgador monocrático, Petrônio Rodrigues Lima, exarou sentença, fls. 507 a 517, julgando o Auto de Infração *parcialmente procedente*, conforme ementa:

“OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE.

- 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 a prova da improcedência da acusação. In casu, o contribuinte apresentou argumentos incapazes de desconstituir a denúncia imposta na exordial.

- O fenômeno da decadência tributária fez sucumbir a parte da acusação constituída por meio de Termo de Infração Continuada, sob o fundamento no artigo 173, I, do CTN.

- Cabe aos Órgãos Julgadores a aplicação real da penalidade, corrigindo eventuais erros em sua propositura na peça vestibular, em obediência aos Princípios da Legalidade e da Vinculabilidade Tributária. In casu, houve redução da penalidade em razão da correção da fundamentação legal proposta na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE”

Com a decisão singular, o crédito tributário exigido passou ao montante de R\$ 39.788,70, sendo R\$ 19.894,35, de ICMS, e R\$ 19.894,35, de multa por infração, sendo cancelado a parte do crédito tributário no valor total de R\$ 282.413,42, sendo R\$ 90.822,08, de ICMS, e R\$ 191.591,34, de multa por infração.

Recurso hierárquico obrigatório, nos termos da legislação vigente, foi interposto pelo julgador singular.

Notificado da decisão singular, por meio do Edital nº 007/2015, D.O.E. de 17/4/2015, fl. 521, o contribuinte não compareceu aos autos, sendo estes encaminhados a esta Corte Fiscal que, seguindo critério regimental previsto, foram distribuídos a esta relatoria, para análise e decisão.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso hierárquico decorre da decisão da autoridade julgadora singular que entendeu pela *parcial procedência* do crédito tributário lançado, ao reconhecer procedente o lançamento do imposto efetuado de ofício, acolhendo, como indevida, a parte do crédito tributário relativa ao percentual da penalidade excedente a 100% nos períodos autuados, por força de seu valor previsto no art. 82, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, determinado pelo art. 1º, inciso XII, da Lei nº 10.008/2013.

A acusação descrita na peça basilar consiste na constatação, pela fiscalização de estabelecimentos, de divergências verificadas entre as vendas declaradas pelo contribuinte à Receita Estadual e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito relativas às operações realizadas nos períodos autuados, divergências essas que indicam, presumivelmente, a falta de recolhimento do imposto, conforme disposições dos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, nos termos 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;

(...)

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.(...)

(...)”.

Em sua inicial, alega o contribuinte, entre outras, que a *fiscalização deixou de considerar as saídas acobertadas pela emissão de notas fiscais eletrônicas, que a primeira instância parece não ter*

percebido referidas Notas Fiscais, tendo dado importância apenas ao ECF, que os equipamentos de cartões de créditos são todos vinculados ao CNPJ e Inscrição Estadual do estabelecimento matriz e as notas fiscais emitidas pela filial foram desprezadas por completo e que os valores apontados como omissão de receitas foram devidamente tributados.

Não obstante as razões do recurso hierárquico com fundamento na redução da penalidade em decorrência da Lei nº 10.008/2013, esta relatoria, objetivando aferir a liquidez e certeza do crédito tributário lançado, observa, perscrutando os autos, e em consulta ao sistema ATF, desta SER-PB, neles constar elementos que ilidem parcialmente a acusação feita ao contribuinte, a partir da análise do confronto entre os valores declarados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e os valores das vendas tributáveis declaradas pelo contribuinte nos exercícios 2007 e 2008, nos períodos autuados.

De fato, à exceção dos períodos 11/2007, 12/2007, 1/2008, 4/2008 e 6/2008, o contribuinte apresentou, nos demais períodos autuados, vendas tributáveis declaradas em valores superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, o que faz reduzir o crédito tributário no lançamento indiciário, conforme extratos do sistema ATF, fls. 523 a 526, e demonstrativo abaixo:

AUTO DE INFRAÇÃO 93300008.09.00001294/2009-70

PERÍODO	VENDAS DECLARADAS X INFORMAÇÕES			ICMS	DEVIDO	Valor (R\$)
	ADM	CARTÃO	CRÉDITO			
	TOTAL DE VENDAS	CARTÃO CRÉDITO/ DÉBITO	DIFERENÇA TRIBUTÁVEL	Alíq (%)		
1º a 31/10/2007	79.438,80	48.980,63	0,00 (1)	-		0,00
1º a 30/11/2007	70.985,52	95.799,48	24.813,96	2,82	(2)	699,75
1º a 31/12/2007	147.939,44	148.311,27	371,83	2,84	(2)	10,56
1º a 31/01/2008	55.996,32	56.270,77	274,45	2,84	(2)	7,79
1º a 28/02/2008	34.785,26	34.585,88	0,00 (1)	-		0,00

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

1º a 31/03/2008	36.365,21	34.841,98	0,00	(1)	-		0,00
1º a 30/04/2008	35.592,72	36.611,06	1.018,34		2,84	(2)	28,92
1º a 31/05/2008	43.302,73	42.778,48	0,00	(1)	-		0,00
1º a 30/06/2010	51.066,69	51.165,75	99,06		2,84	(2)	2,81
1º a 31/07/2008	40.821,62	38.226,35	0,00	(1)	-		0,00
1º a 31/08/2008	73.860,74	49.673,98	0,00	(1)	-		0,00
1º a 30/09/2008	59.557,66	51.748,50	0,00	(1)	-		0,00
1º a 31/10/2008	55.294,28	54.652,59	0,00	(1)	-		0,00
1º a 30/11/2008	56.832,16	55.791,14	0,00	(1)	-		0,00
1º a 31/12/2008	81.909,42	73.018,56	0,00	(1)	-		0,00
TOTAL	923.748,57	872.456,42	26.577,64		-		749,84

(1) Os valores das vendas declaradas pelo contribuinte superaram os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

(2) Alíquota aplicada no lançamento original, em razão do reconhecimento de decadência do lançamento complementar pelo Termo de Infração Continuada.

Por essas razões, devem sofrer alterações para os valores acima citados, as diferenças mensais

tributáveis apuradas que serviram para determinação da base de cálculo e do imposto lançado.

Ademais, resta a apreciação e a análise sobre a penalidade consignada na peça basilar.

Em se tratando de omissão de receitas, a penalidade a ser aplicada decorre das disposições da legislação estadual contida na Lei nº 6.379/96, e não da Resolução CGSN nº 30/2008, e, nesse aspecto, com a edição da Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2013, data posterior à lavratura do auto de infração, o art. 82, V, “a”, da referida Lei nº 6.379/96, passou a vigorar com a redação, com efeito legal a partir de 1º/9/2013, nos seguintes termos:

“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;

(...)”

Por sua vez, a Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, arts. 105 e 106, inciso II, assim determinam:

“Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

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

Assim, nos termos dos referidos dispositivos legais, cabível se torna a redução da multa a ser aplicada em todos os períodos consignados no lançamento indiciário, de forma a ser devida no percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido em cada período de apuração.

Pelas razões acima descritas, deve a composição do crédito tributário lançado configurar, no libelo acusatório, na seguinte forma:

Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001294/2009-70

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR OMISSÃO DE VENDAS

Valores em R\$

PERÍODO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO		VALORES EXCLUÍDOS		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
		ICMS	Multa	ICMS	Multa	ICMS	Multa	
1º/10/2 a 007	31/10/2007	980,92	1.471,38	980,92	1.471,38	0,00	0,00	0,00
1º/11/2 a 007	30/11/2007	2.451,54	3.677,31	1.751,79	2.977,56	699,75	699,75	1.399,56
1º/12/2 a 007	31/12/2007	4.024,52	6.036,78	4.013,96	6.026,22	10,56	10,56	21,12
1º/01/2 a 008	31/01/2008	1.552,06	2.328,09	1.544,27	2.320,30	7,79	7,79	15,59
1º/02/2 a 008	28/02/2008	972,78	1.459,17	972,78	1.459,17	0,00	0,00	0,00
1º/03/2 a 008	31/03/2008	772,01	1.158,02	772,01	1.158,02	0,00	0,00	0,00
1º/04/2 a 008	30/04/2008	755,93	1.133,89	727,01	1.104,97	28,92	28,92	57,84
1º/05/2 a 008	31/05/2008	855,70	1.283,55	855,70	1.283,55	0,00	0,00	0,00
1º/06/2 a 010	30/06/2008	1.056,70	1.585,05	1.053,89	1.582,24	2,81	2,81	5,63
1º/07/2 a 008	31/07/2008	707,61	1.061,42	707,61	1.061,42	0,00	0,00	0,00

1º/08/2 a 008	31/08/ 2008	1.086, 77	1.630,16	1.086, 77	1.630,16	0,00	0,00	0,00
1º/09/2 a 008	30/09/ 2008	960,27	1.440,41	960,27	1.440,41	0,00	0,00	0,00
1º/10/2 a 008	31/10/ 2008	1.077, 37	1.616,05	1.077, 37	1.616,05	0,00	0,00	0,00
1º/11/2 a 008	30/11/ 2008	1.124, 05	1.686,08	1.124, 05	1.686,08	0,00	0,00	0,00
1º/12/2 a 008	31/12/ 2008	1.516, 12	2.274,18	1.516, 12	2.274,18	0,00	0,00	0,00
TOTAL		19.894, ,35	29.841,54	19.144, ,51	29.091,70	749,84	749,84	1.499,68

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e no mérito, pelo seu *desprovemento*, para alterar, quanto aos valores, a decisão singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001294/2009-70, lavrado em 15/09/2009, fl.6, e *improcedente*, por decadência, o respectivo Termo de Infração Continuada, lavrado em 24/2/2011, fls. 494/495, contra o contribuinte JOSE GUIMARAES TRINDADE BIJUTERIAS EPP, CCICMS nº 16.141.715-9, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 1.499,68 (um mil, quatrocentos e noventa e nove reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 749,84 (setecentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), 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 R\$ 749,84 (setecentos e quarenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea "a", da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 48.236,21 (quarenta e oito mil, duzentos e trinta e seis reais e vinte e um centavos), sendo R\$ 19.144,51 (dezenove mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, e R\$ 29.091,70 (vinte e nove mil, noventa e um reais e setenta centavos), de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de maio de 2017.

DORICLECIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora