



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 071.727.2009-1

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 144/2015

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

2ª Recorrente: ONILDO CENTRO ESTÉTICO LTDA

1ª Recorrida: ONILDO CENTRO ESTÉTICO LTDA

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

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: LUIZ OTÁVIO NOVAIS DA COSTA

Relator(a): CONSª. THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CARTÃO DE CRÉDITO. AJUSTES REALIZADOS. AUTO DE INFRAÇÃO E TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA PARCIALMENTE PROCEDENTES. ALTERADA A DECISÃO SINGULAR QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

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 contribuinte ofereceu provas que proporcionaram a redução do crédito tributário.

No caso em comento, 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.

Confirmadas as adequações aos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento 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 quanto ao mérito, pelo *desproimento* do primeiro e *provimento parcial* do segundo, para alterar, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000781/2009-16 (fl. 3), lavrado em 3/7/2009, e Termo de Infração Continuada (fl. 384/385), lavrado em 27/4/2011, em nome da empresa ONILDO CENTRO ESTÉTICO LTDA, Inscrição Estadual nº 16.139.021-9, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 38.200,22 (trinta e oito mil, duzentos reais e vinte e dois centavos), sendo os valores, de ICMS, R\$ 19.100,11 (dezenove mil, cem reais e onze centavos), por infringência aos art. 158, I, art. 160, I, c/c o art. 646, V, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e da multa por infração, R\$ 19.100,11 (dezenove mil, cem reais e onze centavos), com fulcro no art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, *cancelo*, por indevida, a quantia de R\$ 194.031,80 (cento e noventa e quatro mil, trinta e um reais e oitenta centavos), sendo R\$ 60.073,08 (sessenta mil, setenta e três reais e oito centavos) de ICMS e R\$ 133.958,72 (cento e trinta e três mil, novecentos e cinquenta e oito reais e setenta e dois centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de junho de 2017.

Thaís Guimarães Teixeira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO (Suplente) e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

#RELATÓRIO

Cuida-se dos *recursos hierárquico e voluntário*, interpostos nos moldes do art. 77 e 80, ambos da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000781/2009-16 (fl. 3), lavrado em 3/7/2009, e Termo de Infração Continuada (fl. 384/385), lavrado em 27/4/2011, em nome da empresa ONILDO CENTRO ESTÉTICO LTDA, em razão de descumprimento de obrigação principal, assim descrita:

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. Exercícios de 2007 (julho a dezembro) e 2008.

Pelo fato, foi enquadrada a infração no art. 158, I, e no art. 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, c/ fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030, de 7/2/2008 sendo proposta aplicação de multa por infração com fulcro no art. 16, II, da Res. CGSN nº 030 de

7/2/2008, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 26.437,93 (vinte e seis mil, quatrocentos e trinta e sete reais e noventa e três centavos), sendo R\$ 10.575,16 (dez mil, quinhentos e setenta e cinco reais e dezesseis centavos) de ICMS e R\$ 15.862,77 (quinze mil, oitocentos e sessenta e dois reais e setenta e sete centavos) de multa.

Cientificada pessoalmente da acusação, mediante aposição de assinatura no Auto de Infração, a autuada, inconformada com a ação fiscal, apresentou impugnação às fls. 342/347, a qual foi considerada intempestiva em julgamento do Recurso de Agravo, consoante Acórdão de fls. 366, razão pela qual foi lavrado o Termo de Revelia (fl. 375).

Sem informações de antecedentes fiscais, fls. 376/378, os autos conclusos foram remetidos à instância prima, onde foi determinada a realização de diligência pela Auditora Jurídica, Vima Bezerra de Aquino, fazendo retornar os autos à repartição preparadora a fim de retificar a alíquota aplicada na acusação.

Lavrado o Termo de Infração Continuada (fls. 384/385), constituindo o crédito tributário no montante de R\$ 205.794,09 (duzentos e cinco mil, setecentos e noventa e quatro reais e nove centavos), sendo R\$ 68.598,03 (sessenta e oito mil, quinhentos e noventa e oito reais e três centavos), de ICMS, e R\$ 137.196,06 (cento e trinta e sete mil, cento e noventa e oito reais e seis centavos) de multa, a autuada foi notificada em 10/5/2011, tendo apresentado impugnação às fls. 393/396, aduzindo, em síntese, que seria prestadora de serviços e, portanto, não poderia ter sido tributada pelo referido imposto estadual.

Na contestação, fl. 410, o autuante alegou que, diante dos elementos documentais apresentados pelo contribuinte por meio de notificação enviada (AR nº RJ 74859809 1 BR – fl. 412), especialmente as PGDAS e DAS, foi verificado que a autuada não pagou o ISS sobre o valor total informado pelas administradoras de cartões de crédito, motivo pelo qual, pugnou, ao final, pela exigência dos valores constituídos no Auto de Infração, além das diferenças constatadas no “Demonstrativo das diferenças de base de cálculo apuradas”, constante às fls. 413.

Remetidos os autos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais estes, conclusos, foram remetidos à instância prima, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que, após a análise, determinou diligência a ser cumprida no sentido de que fossem consideradas as informações prestadas pelo contribuinte às fls. 414/439.

Diligência cumprida às fls. 445/446.

Remetidos os autos à instância a quo, o feito foi julgado *parcialmente procedente*, por entender a julgadora singular que considerou que no caso em tela não houve provas suficientes de que “a diferença tributável apurada teria sido decorrente de receitas afetadas tão-somente à atividade de cabelereiros, pagas por meio de cartões de crédito/débito”, consignando um crédito tributário, no montante de R\$ 158.346,38 (cento e cinquenta e oito mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e oito centavos), sendo os valores, de ICMS, R\$ 79.173,19 (setenta e nove mil, cento e setenta e três reais e dezenove centavos) e igual valor, de multa por infração.

Interposto recurso de ofício, a autuada foi cientificada, regularmente, da decisão singular em 16/4/2015, via Aviso de Recebimento (fl. 460), e apresentou recurso voluntário às fls. 462/468, reiterando as razões já apresentadas na defesa.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *recursos hierárquico e voluntário* contra a decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000781/2009-16 e Termo de Infração Continuada (fl. 384/385), sobre denúncia de descumprimento de obrigação principal, ocasionada por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, verificadas através da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Em primeiro plano, observa-se que a peça basilar preenche os pressupostos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, estando preenchidos todos os requisitos necessários à sua lavratura, conforme os ditames do art. 692 do RICMS/PB, sendo determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator, conforme art. 105, § 1º, da Lei nº 6.379/96.

No caso em apreço, vislumbra-se ainda 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, V, 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.

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, I, art. 160, 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:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Por se tratar de uma presunção *juris tantum*, o ônus probante se inverte para a empresa, que através de provas materiais, das quais é detentora, poderá ilidir a presunção do fato ocorrido.

Instada a se pronunciar, a autuada aduziu ser apenas prestadora de serviços e informou serem desprezíveis os valores de repasses de produtos aos seus clientes, motivo pelo qual não seria possível a sua autuação por não recolhimento do imposto estadual referente à circulação de mercadoria (ICMS).

Contudo, há que se considerar que a empresa possui inscrição estadual e consta nos Dados Cadastrais com **atividade principal** de “COMÉRCIO VAREJISTA DE COSMÉTICOS, PRODUTOS DE PERFUMARIA E DE HIGIENE PESSOAL”, conforme relatório constante às fls. 172/174.

Assim, diante da constatação de que a autuada realiza operações com circulação de mercadorias, fato esse, repita-se, informado pela própria nos dados cadastrais do Estado, torna-se cabível a presunção insculpida no já mencionado art. 646, V, do RICMS e infundada a alegação da defesa acerca da exclusiva prestação de serviços.

Acerca dos valores apurados no Auto de Infração, bem como do Termo de Infração Continuada, verifico que necessitam de ajustes, vez que o contribuinte apresentou provas (demonstrativos PGDAS e DAS – fls. 414/439), as quais fizeram sucumbir parcialmente a diferença levantada nos períodos de apuração.

No caso, ao contrário do que foi decidido na instância *a quo*, entendo que foi constatado que o contribuinte pagou ISS em parte do montante apurado, mas não sobre a totalidade dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, o que ensejou a cobrança do ICMS apenas pela diferença apurada, conforme demonstrativo às fls. 413, já que esta seria referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Resta, portanto, fixada a base de cálculo do referido tributo.

No tocante à alegação da empresa concernente à impossibilidade de aplicação da alíquota de 17%, por estar enquadrada no Simples Nacional, vislumbramos não ser possível sua acolhida, haja vista a disposição legal para que seja aplicada a legislação imposta às demais pessoas jurídicas, conforme prescrito nos artigos 13, § 1º, XIII, “f” c/c 32, ambos da Lei Complementar nº 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:

[...]

XIII - ICMS devido:

[...]

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](#).

Diante da informação da fiscalização e das provas documentais trazidas aos autos, cabe apenas corroborar com os ajustes necessários, realizados pela fiscalização, constituindo o crédito tributário, referente ao ICMS, no montante de R\$ 19.100,11 (dezenove mil, cem reais e onze centavos).

Acerca da diminuição da multa realizada em primeira instância, que reduziu a multa do percentual de 200% para 100 %, a fim de adequar aos novos parâmetros impostos pela Lei nº 10.008/2013, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, necessário se faz confirmar a redução do percentual aplicado ao caso concreto e lançado no libelo acusatório, nos termos do art. 82, V, "a" do mencionado diploma normativo, alterando apenas os valores, devido aos ajustes realizados na decisão ora recorrida.

Feitas as considerações, o crédito tributário resta assim constituído:

Por oportuno, resta por fim consignar que o contribuinte afirma que realizou parcelamento do crédito tributário em questão, estando devidamente quitado, conforme relatório constante às fls. 403. Todavia, há que se esclarecer que, conforme se vislumbra das informações constantes em consulta no sistema ATF – Arrecadação, ao contrário do aduzido pela autuada, o crédito tributário em questão encontra-se "EM ABERTO", sendo o aludido parcelamento referente a outro lançamento, não havendo qualquer ligação com a lide ora debatida.

EX POSITIS,

V O T O – Pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e *provimento parcial* do segundo, para alterar, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000781/2009-16 (fl. 3), lavrado em 3/7/2009, e Termo de Infração Continuada (fl. 384/385), lavrado em 27/4/2011, em nome da empresa ONILDO CENTRO ESTÉTICO LTDA, Inscrição Estadual nº 16.139.021-9, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 38.200,22 (trinta e oito mil, duzentos reais e vinte e dois centavos), sendo os valores, de ICMS, R\$ 19.100,11 (dezenove mil, cem reais e onze centavos), por infringência aos art. 158, I, art. 160, I, c/c o art. 646, V, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e da multa por infração, R\$ 19.100,11 (dezenove mil, cem reais e onze centavos), com fulcro no art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, *cancelo*, por indevida, a quantia de R\$ 194.031,80 (cento e noventa e quatro mil, trinta e um reais e oitenta centavos), sendo R\$ 60.073,08 (sessenta mil, setenta e três reais e oito centavos) de ICMS e R\$ 133.958,72 (cento e trinta e três mil, novecentos e cinquenta e oito reais e setenta e dois centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 9 de junho de 2017.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora