



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

Processo nº000.770.2012-0

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 001/2016

1º RECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1º RECORRIDA:MORGANA DE ALMEIDA SOUZA CAVALCANTE EPP

2º RECORRENTE:MORGANA DE ALMEIDA SOUZA CAVALCANTE EPP

2º RECORRIDA:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PREPARADORA:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE:IZABEL CRISTINA R. L. DE LIMA

RELATORA:CONSª.DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA

#MISSÃO DE VENDAS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. PRESUNÇÃO LEGAL. PARCIALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

A ocorrência de divergência entre as informações financeiras advindas das Administradoras de Cartão de Crédito e Débito, nas quais a declarante operacionalizou o meio de pagamento das vendas de mercadorias, em relação aos valores totais das saídas declarados pelo contribuinte, fez eclodir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Ratificada a redução da multa por infração, em face da vigência 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 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 manter a sentença exarada na instância monocrática, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º

933000008.09.00000008/2012-55, de 4 de janeiro de 2012, lavrado contra a empresa MORGANA DE ALMEIDA SOUZA CAVALCANTE EPP, devidamente qualificada nos autos, obrigando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 173.488,46 (cento e setenta e três reais mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 86.744,23 (oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R\$ 86.744,23 (oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos), nos termos do art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor de R\$ 86.744,23 (oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos), de multa por infração, pelas razões já 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 31 de julho 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, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000008/2012-55 (fl. 7), lavrado em 4 de janeiro de 2012, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, **ipsis litteris**:

“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 das suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.”

Considerando infringidos os arts. 158, I, 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com fulcro nos arts. 9º e 10º da Res. CGSN nº 030 de 7/2/2008, a agente fazendária, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 260.232, 69, sendo R\$ 86.744,23 de ICMS e R\$ 173.488,46 de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a”, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios anexos às fls. 9/43 dos autos.

A auditora fiscal, acima identificada, relata que foi designada, por meio da Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00004085/2011-53, para verificar a solicitação de revisão de notificação referente à operação cartão de crédito, conforme Processo nº 0535522011-8.

Acrescenta que a referida notificação intimou o contribuinte a recolher, em caráter espontâneo, ICMS na quantia de R\$ 99.936,41, relativa aos exercícios de 2009 e 2010. Promovidos os confrontos necessários, foi confirmada a ocorrência de diferença tributável em ambos os exercícios, sendo exigível ICMS no importe de R\$ 44.384,05 em 2009, e R\$ 42.360,16 em 2010, conforme demonstrativos fls. 33 e 34, respectivamente. Diante do exposto, foi indeferido o pedido de revisão, lavrado o auto de infração em apreço.

Regularmente cientificado, por meio de Aviso de Recebimento - AR (RM657219069BR) anexo às fls. 45, em 16/1/2012, o contribuinte apresentou petição reclamatória, às fls. 47/57, por meio de representante legalmente habilitado, consoante instrumento de mandato anexo a fl. 58.

Inicialmente, o defendente protesta pela tempestividade da impugnação. Na sequência, diz que o auto de infração decorre de suposta omissão de receitas de vendas de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS.

Contudo, alega que o contribuinte comercializa mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS, como também presta serviços são tributados pelo ISS, daí afirma ser impossível distinguir se a omissão de receita ora denunciada provém da primeira atividade ou da segunda. Dito isto, afirma ser o auto de infração nulo, por condiserá-lo ilíquido e incerto. Ademais, sugere que a fiscalização faça um confronto entre a movimentação de entradas e saídas de mercadorias sujeitas ao ICMS, que

revelaria a inocorrência de omissão de receitas pretendida pela fiscalização.

Rechaça a aplicação da alíquota de 17% (dezesete por cento) na constituição de crédito tributário, uma vez que o contribuinte é sujeito ao regime de pagamento Simples Nacional para o qual é aplicável as alíquotas próprias fixadas na Lei Complementar 123/2006, Anexo I.

Por fim, reitera o pedido de nulidade do auto de infração ora impugnado assim como dos seus efeitos legais.

Instada a se manifestar (fl. 528), a autora do feito fiscal comparece aos autos (fls. 529/531), dizendo que não assiste razão à impugnante, apesar desta ser contribuinte do ICMS e ISS, isto, por si só, não prova suas alegações, tampouco a reclamante acostou aos autos documentos probatórios de que as operações, saldo de cartão de crédito ou débito, seriam de prestações de serviço, ou seja, não trouxe aos autos cópias de livros fiscais municipais, GIS, notas fiscais de serviço, comprovantes de pagamento de cartão de crédito.

Finaliza dizendo que cabe ao contribuinte provar suas alegações por qualquer meio de prova que demonstre, de forma inequívoca, suas alegações quanto aos saldos das operadoras de cartões de crédito e débito, contudo, isto não ocorreu. Além disso, argumenta a presunção legal ora aplicada estar arrimada no art. 3º, § 8º, da Lei 6.379/96, some-se a isto a falta de comprovação de origem da receita que faz ressurgir as normas do RICMS/PB referente à alíquota, juros ou multas de mora ou de ofício, por isso pleiteia a manutenção do feito em sua plenitude.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 540/541), os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu (fls. 544/551) pela parcial procedência do auto de infração **sub judice**.

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via postal com Aviso de Recebimento JO406114996BR (fls. 553/554), a empresa impetrou recurso voluntário (fls. 556/565).

No recurso voluntário, a empresa repisa a argumentação apresentada à instância prima, assim requer a nulidade do feito por considera-lo ilíquido e incerto, uma vez que é contribuinte do ICMS e ISS, por isso não há como aferir se houve omissão exclusivamente na vendas das mercadorias sujeitas ao ICMS. Além disso, caso seja apurada a omissão de receita da ora recorrente, repete o pedido da aplicação da alíquota própria do Simples Nacional, conforme Lei Complementar 123/2006, Anexo I.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, foram estes distribuídos a esta relatoria, para

apreciação e julgamento, o que passo a fazê-lo nos termos do voto adiante apresentado.

É o relatório.

VOTO

Nestes autos, cuida-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000008/2012-55 (fls. 7/8), lavrado em 4/1/2012, contra a empresa MORGANA DE ALMEIDA SOUZA CAVALCANTE EPP, devidamente qualificada nos autos, cuja acusação foi omissão de vendas de mercadorias tributáveis, por haver declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal administrativo, portanto, descabido o pedido de nulidade do auto de infração pela recorrente.

Apreciando o mérito da lide, vê-se que a auditora fiscal comparou os valores de vendas tributáveis realizadas pelo ECF, notas fiscais de talão, notas fiscais de serviço com os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito (fls. 33/34), detectando diferença tributável nos exercícios de 2009 e 2010, impelindo a cobrança de ICMS nos montantes de R\$ 44.384,05 e R\$ 42.360,16, respectivamente.

Este procedimento fiscal motivou a acusação alicerçada em presunção legal, diante de diferenças apontadas no confronto entre as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito com as saídas totais tributáveis (ECF/Notas Talão/Notas de Serviço), efetivamente,

declaradas pelo contribuinte.

Desse confronto, alcançou-se aquelas operações de venda que foram realizadas por meio de cartão de crédito e débito cujas mercadorias não foram faturadas, materializando, como já assentado, a presunção legal de omissão de vendas, conforme redação do artigo 646 do RICMS/PB, 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.’

Pelos demonstrativos produzidos pela auditoria (fls. 33/34), emergiu a ocorrência da ilicitude fiscal prevista na norma legal, dando conta da ocorrência **de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto**, situação devidamente lastreada nas declarações oficiais fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito e Débito com as quais o contribuinte motivou o meio de pagamento de suas vendas.

Como se denota, as informações prestadas encontram-se delineadas através de repasse das operações realizadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, comprovando a fonte de origem material, donde se extraiu os dados das operações realizadas pelo contribuinte, via instituição financeira de crédito, retratam a realidade e legitimidade dos lançamentos indiciários realizados.

Portanto, verifico regularidade no lançamento indiciário, representativo da omissão de faturamento apurada no confronto das informações advindas das declarações fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito e Débito (fls. 9/32) com as declarações de faturamento de mercadorias e serviços (fls. 33/34) dos autos, confirmando a ocorrência de operações de vendas efetuadas pelo estabelecimento sem emissão documental, sobre aquela movimentação financeira apurada.

Por oportuno, reitero o entendimento do julgador singular, que indicou acertado o procedimento da fiscalização ao comparar os valores informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito e Débito (fls. 9/32) com aqueles referentes às vendas de mercadorias e prestações de serviço realizadas, portanto, não procede a alegação da recorrente de que a omissão de receitas em questão seria decorrente da prestação de serviço, além do que a recorrente não trouxe aos autos nenhum documento probante da sua alegação.

Com relação a esta matéria, importa ressaltar que o entendimento ora exposto é pacífico em nossa corte de Justiça Fiscal, como se verifica do Acórdão CRF nº 334/2015, da lavra da Conselheira MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA, conforme ementa abaixo:

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTAVEIS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. ICMS DEVIDO. NÃO AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO. PENALIDADE. LEI MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- 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, cuja apresentação não fez constar nos autos, dada à sua ausência na relação processual.

- Confirmada a providência da julgadora monocrática que, considerando o princípio da retroatividade da lei mais benigna promoveu ex officio a redução multa por infração inicialmente sugerida no auto infracional, aplicando ao caso a lei posterior que estabelece sanção menos severa que a prevista na norma vigente ao tempo da prática do ato delituoso, providência essa que, por não comportar exceções, foi estendida nesta Instância “ad quem” a período não compreendido no ajuste promovido na decisão singular, o que carreteu redução no valor da penalidade.

Com referência à aplicação da alíquota própria do contribuinte sujeito ao regime de apuração simples nacional, neste caso, é imprescindível esclarecer que a Resolução CGSN nº 30 remete-nos à normatização do art. 13 da LC nº 123/2006, para os casos de omissão de vendas, devendo o lançamento de ofício ser disciplinado pela legislação aplicada às demais pessoas jurídicas, ou seja, que dispõe sobre aplicação da alíquota interna, na época 17%. Assim, evidenciando-se as aludidas omissões, não seria possível a cobrança do imposto utilizando as alíquotas inerentes ao Simples Nacional, em detrimento da pretensão do contribuinte, por determinação legal.

É de bom alvitre citar que este Colegiado já se posicionou em outras decisões, no sentido de manter a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas quando da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, com fulcro no art. 646, do RICMS/PB, conforme Acórdão CRF nº 294/2014, da lavra da Cons.^a Patrícia Márcia de Arruda Barbosa, que assim dispõe:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DE MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERARQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

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, ressalvada à autuada a prova da improcedência da acusação, o que não se vislumbra nestes autos.

Para a acusação em tela, a exigência do ICMS se faz de forma integral, em consonância com a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas.

Redução da penalidade de acordo com o Princípio da Retroatividade Benigna da Lei, disciplinado no CTN. (*grifo nosso*)

Por fim, cabe, ainda, enfatizar que as multas por infração incidentes sobre os fatos apurados sofreram uma redução de sua gradação punitiva, diante das alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 6/6/13), fato considerado na sentença monocrática, diante do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, com redução de 50% do valor original lançado ao tempo da prática do ato delituoso.

Diante do exposto,

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 manter a sentença exarada na instância monocrática, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.00000008/2012-55, de 4 de janeiro de 2012, lavrado contra a empresa MORGANA DE ALMEIDA SOUZA CAVALCANTE EPP, devidamente qualificada nos autos, obrigando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 173.488,46 (cento e setenta e três reais mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 86.744,23 (oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R\$ 86.744,23 (oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos), nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor de R\$ 86.744,23 (oitenta e seis mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos), de multa por infração, elas razões já expendidas.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de julho de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora

