



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

Recrprocesso nº 127.420.2012-8

Recurso HIE/CRF Nº 084/2016

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Recorrida: ANDRESSA XAVIER BATISTA E SILVA

Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Autuante: GERALDO FERREIRA DOS SANTOS FILHO

Relator: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

POMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. SIMPLES NACIONAL. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

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 as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso.

Redução das multas por força da Lei nº 10.008/13, em obediência ao Princípio da Retroatividade Benéfica.

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 do relator, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002510/2012-09, lavrado em 23 de outubro de 2012, contra a empresa ANDRESSA XAVIER BATISTA E SILVA (CCICMS: 16.137.801-3), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 49.392,06 (quarenta e nove mil, trezentos e noventa e dois reais e seis centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 24.696,03 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e seis reais e três centavos), por infringência aos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 24.696,03 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e seis reais e três centavos), com fulcro no art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 24.652,06 (vinte e quatro mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e seis centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Após tornar-se definitiva esta decisão, remetam-se os autos à Gerência de Arrecadação e Informações Econômico-Fiscais, Coordenadoria do Simples Nacional, para as providências cabíveis acerca do Termo de Exclusão do Simples Nacional (Processo nº 1274222012-7, que tramita em apenso).

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 18 de agosto de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA. Ausência Justificada da Conselheira DOMÊNICA COUTINHO DO SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002510/2012-09, lavrado em 23 de outubro de 2012 contra a empresa ANDRESSA XAVIER BATISTA E SILVA (CCICMS: 16.141.382-0), em razão das seguintes irregularidades identificadas nos períodos de janeiro/2009 a março/2009, junho/2019 a dezembro/2009, janeiro/2010 a março/2010 e maio/2010 a dezembro/2010, conforme a descrição

dos fatos, abaixo transcritos:

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 instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

NOTA EXPLICATIVA:

A notificação nº 00096599/2012 exigiu o recolhimento do imposto devido nos períodos da reincidência de fevereiro, março e junho a dezembro de 2009; janeiro, fevereiro, março, maio a dezembro de 2010 a que se referem à operação cartão de crédito, conforme relatório de omissos e inadimplentes do sistema de controle fiscal ATF.

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 instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

NOTA EXPLICATIVA:

A notificação nº 00096599/2012 exigiu o recolhimento do imposto devido no período inicial de janeiro de 2009 a que se refere à operação cartão de crédito, conforme relatório de omissos e inadimplentes do sistema de controle fiscal ATF.

Pelo fato, foram enquadradas as infrações nos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, com fulcro nos artigos 9º e 10 da Resolução CGSN nº 030/2008, e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011 sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96, e art. 87, II, da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou Res. CGSN nº 094/2011, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 74.044,12, sendo R\$ 24.696,03, de ICMS, e R\$ 49.348,09, de multa por infração.

Documentos instrutórios constam às fls. 5 a 21.

Cientificada da acusação por meio de Aviso de Recebimento Postal, AR à fl. 22, recepcionado em 21/11/2012, a autuada se manifestou de forma tempestiva em 21/11/2012, apresentando peça reclamatória, fls. 23 a 33, em que alega, em suma, não ter deixado de emitir nota fiscal sempre que promoveu saídas de mercadoria, o que de fato, descaracterizaria qualquer infração aos artigos 158 e 160 do RICMS/PB, e se defende contra acusações de insuficiência de caixa, insere no Auto de Infração nº 93300008.09.00000059/2010-15, além de discorrer sobre as multas aplicadas, taxando-as de confiscatórias, desarrazoadas e desproporcionais às supostas infrações cometidas, rogando,

ao final, pela improcedência da autuação.

A fiscalização, em manifestação de fls. 40/41, refutou as alegações da peça de defesa, e destacou que a reclamação foi de infração não relacionada com a presente autuação, tratando-se da denúncia de insuficiência de caixa relacionada ao Auto de Infração nº 93300008.09.00000059/2010-15. Ao final, pede a procedência do lançamento.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 42, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, sendo distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que, após apreciação e análise, fls. 45 a 56, decidiu pela procedência parcial da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA.

Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas nos extratos do Simples Nacional e o somatório das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, acrescido do montante das vendas efetivadas por meio de dinheiro ou cheque. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, encontrando amparo no RICMS-PB.

Restou comprovado no Auto de Infração nº 93300008.09.00002510/2012-09, que o Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Essa conduta é caracterizada como motivo de exclusão do Regime Simplificado do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 6º da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Correto o Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado pela Fiscalização.

Redução da multa por infração em face da Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Em sua decisão, a julgadora singular condenou o contribuinte ao crédito tributário de R\$ 49.392,06, sendo R\$ 24.696,03 de ICMS, e R\$ 24.696,03, de multa por infração.

Cientificada da decisão singular por via postal, por meio do Aviso de Recebimento – AR, fl. 59, recepcionado pela mesma em 11/2/2016, a autuada não se manifestou no prazo regulamentar.

Em apenso, segue o Processo nº 1274222012-7 relacionado ao Termo de Exclusão de Ofício do Simples Nacional, devidamente notificado em 21/11/2012, por meio do AR nº RM 66056120 8 BR, não havendo impugnação ao aludido Termo.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram, a mim, distribuídos, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular para proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto entendeu ser necessária a correção das multas aplicadas, em razão da vigência de lei nova mais benéfica ao contribuinte, em relação à acusação atinente aos meses denunciados dos exercícios de 2009 e 2010.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator e a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, 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, reiteramos 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, oportunizou-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

Pois bem, é cediço que as ocorrências das infrações por omissão de saídas de mercadorias tributáveis se verificam por presunção legal *juris tantum*, nos termos do art. 646, do RICMS/PB. O ônus probante se inverte para a empresa, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham às acusações.

Ressalve-se que no presente caso o sujeito passivo não apresentou recurso voluntário, abdicando de seu direito de defesa em relação à decisão da instância prima, ou seja, de provar a improcedência da presunção de omissão vendas, perante esta Corte, o que ratifica seu reconhecimento tácito da sentença proferida pelo julgador monocrático.

Assim, diante dos fatos constatados e da clareza das provas apresentadas pela fiscalização, detalhamento da consolidação ECF/TEF x GIM e demonstrativos às fls. 15 a 21, ficou evidente a certeza do crédito tributário, conforme avaliação e análise do julgador *a quo*, já que a atuada não apresentou provas materiais na sua impugnação, capazes de ilidir a denúncia ora em questão.

Quanto à alíquota do Simples Nacional (2,56%), aplicada sobre a base de cálculo apurada no período de janeiro/2009, concordo também com a decisão preliminar, que foi equivocada a aplicação de tal alíquota, pois deveria ter sido aplicada a alíquota de 17%, atribuída às demais pessoas jurídicas, conforme dispõe o artigo 13, § 1º, XIII, da Lei Complementar nº 123/2006, não podendo mais a diferença ser recuperada pela Fazenda Pública, em função do alcance da decadência tributária, nos termos do art. 173, I, do CTN. Vejamos:

LC 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:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

No tocante à aplicação das multas, objeto do recurso hierárquico, agiu também corretamente a instância singular, que reduziu as multas por infração para 100%, em relação à denúncia inserida na inicial, considerando as alterações advindas da Lei nº 10.008/13, particularmente do art. 82, da Lei nº 6.379/96, com efeitos a partir de 1º/9/2013, bem como a correção na sanção proposta em relação ao período de janeiro/2009, de 150% para 100%, pois esta deve ser regida pelas normas atinentes às demais pessoas jurídicas, e não pelo Simples Nacional, pela razão acima já evidenciada. Tal correção beneficiando o sujeito passivo, tem por fundamento o princípio da retroatividade da lei mais benigna, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN^[1].

Assim, diante das considerações acima evidenciadas, deve recair sobre o sujeito passivo o ônus da condenação, constituindo o objeto da denúncia a infringência aos art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, devendo sofrer reparo o crédito tributário lançado inicialmente quanto à sanção aplicada, em harmonia aos Princípios da Legalidade e da Retroatividade Benéfica, reduzindo as multas propostas para 100%.

Em relação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, devidamente notificado, não houve impugnação contra este, não se instaurando o contraditório. Levando em conta a caracterização das infrações de omissões de vendas (saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais) denunciadas no presente processo, em diversos períodos, comungo com a decisão *a quo*, que, apesar da revelia, analisou e acatou o Termo de Exclusão, fls. 47 a 50, devendo seus efeitos serem a partir de fevereiro de 2009, que equivale ao segundo período em que ocorreu o delito em questão, evidenciando a prática reiterada deste, em conformidade com o art. 76, IV, “d”, “j”, §6º, I, com fulcro no art. 75, §5º, todos da Resolução CGSN nº 94/11.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002510/2012-09, lavrado em 23 de outubro de 2012, contra a empresa ANDRESSA XAVIER BATISTA E SILVA (CCICMS: 16.137.801-3), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 49.392,06 (quarenta e nove mil, trezentos e noventa e dois reais e seis centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 24.696,03 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e seis reais e três centavos), por infringência aos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 24.696,03 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e seis reais e três centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 24.652,06 (vinte e quatro mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e seis centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Após tornar-se definitiva esta decisão, remetam-se os autos à Gerência de Arrecadação e Informações Econômico-Fiscais, Coordenadoria do Simples Nacional, para as providências cabíveis acerca do Termo de Exclusão do Simples Nacional (Processo nº 1274222012-7, que tramita em apenso).

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de agosto de 2017

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator