



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

Processo nº 134.905.2012-2

Recurso VOL/CRF Nº 210/2016

Recorrente: ANTONIO MARCOS SOARES DE ANDRADE.

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

Preparadora: SUBGERENCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA 1º REGIÃO.

Autuante: JOSÉ WALTER DE SOUSA CARVALHO.

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. SIMPLES NACIONAL. ALÍQUOTA NORMAL DO ICMS. VEDAÇÃO NA APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. AJUSTES REALIZADOS. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO..

Constatada a existência de omissão de vendas diante da diferença no confronto dos valores de faturamento declarados pelo contribuinte do Simples Nacional com aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, faz deflagrar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual. “In casu”, a exigência do ICMS se faz de forma integral, em consonância com a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas, não cabendo qualquer compensação de créditos fiscais por absoluta falta de previsão legal, além de vedação contida no art. 23 da Lei Complementar nº 123/2006. Redução da penalidade procedida na sentença singular por força da 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 do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003000/2012-40 (fl.4), lavrado em 16/11/2012, contra o contribuinte ANTÔNIO MARCOS SOARES DE ANDRADE., CCICMS nº 16.140.130-9, qualificado nos autos, fixando o crédito tributário lançado no montante de R\$ 30.698,04 (trinta mil, seiscentos e noventa e oito reais e quatro centavos), sendo R\$ 15.349,02 (quinze mil, trezentos e quarenta e nove reais e dois 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\$ 15.349,02 (quinze mil, trezentos e quarenta e nove reais e dois centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelada, por indevida, a quantia de R\$ 15.349,02(quinze mil, trezentos e quarenta e nove reais e dois centavos), a título 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 01 de setembro de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto pelo contribuinte nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000000549/2011-00, lavrado em 19/12/2011, (fls. 3), no qual consta a seguinte 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.

Nota Explicativa: Operação cartão de crédito foram verificadas diferenças entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e o faturamento declarado pelo contribuinte.

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, sendo proposta multa por infração, com fulcro no art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96, com exigência de crédito tributário no valor de R\$ 46.047,06, sendo R\$ 15.349,02, de ICMS, e R\$ 30.698,04, de multa por infração.

Encaminhado para citação através de Aviso de Recebimento – AR, datado de 3/12/2012 e decorrido o prazo regulamentar, a autuada se manifestou contrária ao lançamento de ofício nos autos, vindo a demonstrar suas alegações defensivas, conforme se vê às fls. 12/, requerendo a reavaliação da ação fiscal.

Em contestação, a auditoria demanda as razões procedimentais que motivaram a diferença tributária, informando que as arguições defensivas não merecem prosperar, requerendo a procedência do auto de infração.

Com informação de inexistir anotações de antecedentes fiscais ao caso concreto, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, momento em que foi constatada a ocorrência de intempestividade da reclamação fiscal, com retorno dos autos para saneamento contido às fls. 39 dos autos.

Em atendimento, a repartição preparadora notificou o sujeito passivo da intempestividade da peça reclamatória e da possibilidade de recurso de agravo, tendo decorrido prazo previsto sem que manifestação regular da parte.

Após os tramites de praxe, foi lavrado Termo de Revelia, datado de 15/5/2013, e conclusão definitiva a GEJUP, sendo os autos distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que após apreciação e análise exarou sentença (fls. 46/51), julgando o auto de infração parcialmente procedente, reduzindo a penalidade aplicada, diante da edição da Lei nº 10.008/2013.

Com os ajustes, o crédito tributário exigido passou ao montante de R\$ 30.698,04, sendo R\$ 15.349,02, de ICMS, e R\$ 15.349,02, de multa por infração.

Cientificada, regularmente, da decisão singular em 15.6.2016, via Aviso de Recebimento, a autuada manifestou-se através de recurso voluntário, (fls.55 a 59), no prazo regulamentar, vindo apresentar, em síntese, os seguintes argumentos:

- que é optante do simples nacional, entretanto a fiscalização autuou como se a empresa adotasse sistema de apuração do imposto;

- que devem ser considerados os créditos das operações de entrada com os débitos apurados pela fiscalização em respeito ao princípio da não cumulatividade na forma prevista pela LC nº 87/96 e o RICMS/PB;

- que neste cotejo resta comprovado que o contribuinte ainda fica com crédito perante a fazenda estadual em valor superior ao cobrado pela fiscalização;

Por fim, solicita a improcedência do presente auto de infração.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, e distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

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 às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, nos meses de janeiro, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2007; janeiro, fevereiro, abril, setembro e dezembro de 2009 e novembro de 2009, cujo resultado do crédito tributário está demonstrado às folhas 6 a 10 dos autos.

Antes de qualquer discussão, convém registrar que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei. A natureza da infração e a pessoa do infrator estão meridianamente determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte, que apesar da revelia na fase inicial em face de sua intempestividade reclamatória, compareceu nesta fase do presente contencioso, de forma regular e tempestiva com seu recurso.

Faço atestar, ainda, que não vislumbro na relação processual, qualquer vício formal ou material que pudesse motivar medida de nulidade dos atos administrativos e, por consequência, do processo administrativo tributário, conforme nos leciona o art. 16 c/c 17 da Lei nº 10.094/201.

No mérito, vejo plena regularidade na técnica de aferição aplicada na movimentação mercantil do contribuinte, a qual motivou a acusação de omissão de saídas tributáveis alicerçada em presunção legal, diante de diferenças apontadas no confronto entre as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e as saídas tributáveis, efetivamente, declaradas pela recorrente.

Esse confronto visa alcançar àquelas operações de saídas de mercadorias que pagas por meio de cartão de crédito ou débito cujas operações realizadas não foram faturadas ou deixaram de ser, 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, suprimidos 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 nas GIM'S e em seus livros fiscais declarados, 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 c/c 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:

*I - sempre que **promoverem saída de mercadorias**;*

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Neste sentido, confirma-se a ocorrência dos fatos produzidos pela auditoria no comparativo ECF/TEF X GIM, em confronto com os dados repassados pelas Administradoras de Cartão de Crédito, o que fez emergir a ilicitude fiscal prevista na norma legal, onde as informações prestadas encontram-se delineadas através de repasse das operações realizadas pelas administradoras de cartões de crédito, comprovando a fonte de origem material, donde se extraiu os dados das operações realizadas pelo contribuinte, via instituição financeira de crédito, que retratam a realidade e legitimidade dos lançamentos indiciários realizados.

No tocante as alegações recursais, a recorrente afirma ser uma empresa optante do regime tributário do Simples Nacional e que a fiscalização autuou como se a empresa adotasse uma sistemática de apuração do imposto normal, cabendo a consideração dos créditos de ICMS das entradas de mercadorias.

De fato, vejo que a empresa é optante e enquadrada na sistemática de apuração do Simples Nacional, porém a autuação fiscal decorreu de constatação de omissão de vendas, ou seja, de que não ocorreu faturamento por dentro do regime simplificado de tributação e sim a existência de saídas de mercadorias sem emissão documental, não sendo, por esta razão, possível aplicar às alíquotas do Simples Nacional, diante da constatação de irregularidade fiscal que encontra

regramento previsto na Instrução Normativa de nº 09/2013, de 8/11/13, da GSER-PB, dando tratamento semelhante ao das demais pessoas jurídicas, a empresa do citado regime que incorrer em omissões detectadas em ação fiscal, cujo teor transcrevo abaixo:

“Art. 1º Os dispositivos da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, de 27 de agosto de 2012, a seguir anunciados, passam a vigorar com as respectivas redações:

II – o art. 2º:

“Art. 2º No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.” (g.n)

Neste contexto, no que diz respeito aos contribuintes enquadrados no regime do Simples Nacional, importa esclarecer que a acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, a cobrança do ICMS deve ser integral com base na alíquota normal vigente para efeito de cálculo do imposto devido, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme previsão normativa do art. 13, § 1º, XIII, ‘e’ e ‘f’ da LC 123, adiante transcritas:

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 desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

Tal procedimento é disposto, também, na Resolução CGSN nº 94, de 1º/12/2011, que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas pelo regime do Simples Nacional, vigente à época dos fatos, estabelece exceções quanto à aplicação da legislação para as seguintes acusações:

Art. 82 Aplicam-se à 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.

(g.n.)

Por força da legislação supracitada, o ICMS deve ser exigido com observância da 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 123/2006, isto é, devem incidir as alíquotas estabelecidas na legislação tributária estadual do ICMS. Tal fato implicaria na incidência da alíquota normal e não nas alíquotas do Simples Nacional como requer a recorrente.

Em relação ao pedido para serem considerados os créditos das operações de entrada com os débitos apurados pela fiscalização em respeito ao princípio da não cumulatividade, vejo ser precário o direito pleiteado, visto que o contribuinte inserido no regime do Simples Nacional não faz jus a qualquer crédito fiscal em suas operações de aquisição, diante da vedação contida no art. 23 da Lei Complementar nº 123/2006, senão vejamos:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.(grifado)

Portanto, não há como acolher o pleito de compensação de um crédito indevido e inapropriado pela recorrente, haja vista não existir uma sistemática de apuração via conta gráfica do imposto estadual para as empresas inseridas no Simples Nacional, pois, estas, são tributadas pelo faturamento declarado com alíquota reduzida e específica de acordo com o ramo de atividade.

Outrossim, vale ressaltar que, caso a recorrente fosse enquadrada no regime normal de tributação, também não faria jus ao crédito por ventura existente em sua conta gráfica de ICMS, já que os débitos apurados por procedimento fiscal não foram oriundos de operações regulares e sim de constatação de saída de mercadorias sem documentação fiscal, não podendo haver cotejamento entre créditos regulares com débitos não declarados, por irregularidade fiscal.

Este Colegiado já se pronunciou quanto ao tema, quando do julgamento do RecursoHIE nº

206/2013, da lavra da Conselheira Patrícia Márcia de Arruda Barbosa, mantendo a exigência fiscal com base na alíquota normal do ICMS, conforme edição do Acórdão CRF nº 294/2014, adiante transcrito:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. ALTERADA QUANTO OS 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.(grifei)

Diante dessas explanações, conclui-se que, no caso em questão, deve ser confirmada a decisão singular considerando o lançamento de ofício com base na alíquota de 17%, sem possibilidade de compensação de crédito pela vedação constante na legislação de regência, conforme acima fundamentado.

No mais, ainda é de suma importância ressaltar que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que foi 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. Desse modo, o art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96 foi alterado pela Lei 10.008/2013 (DOE 6.6.2013), passando 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; (g.n.)

Portanto, não nos resta outra opção, senão, confirmar a alteração da multa no presente libelo fiscal de 200% para 100%, diante das alterações advindas da Lei nº 10.008/13, fato considerado na sentença monocrática.

Destarte, nada mais resta senão convalidar a decisão singular, diante da liquidez e certeza do crédito tributário devido, ratificando, apenas, o montante da multa por infração aplicada.

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003000/2012-40 (*fl.4*), lavrado em 16/11/2012, contra o contribuinte ANTÔNIO MARCOS SOARES DE ANDRADE., CCICMS nº 16.140.130-9, qualificado nos autos, fixando o crédito tributário lançado no montante de R\$ 30.698,04 (trinta mil, seiscentos e noventa e oito reais e quatro centavos), sendo R\$ 15.349,02 (quinze mil, trezentos e quarenta e nove reais e dois 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\$ 15.349,02 (quinze mil, trezentos e quarenta e nove reais e dois centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea "a", da Lei nº 6.379/96, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelada, por indevida, a quantia de R\$ 15.349,02(quinze mil, trezentos e quarenta e nove reais e dois centavos), a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 1º de setembro de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator