



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

PROCESSO Nº 0835642015-6

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: JOAQUIM MARCOLINO FILHO ME

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: ALBERTO NUNES DE OLIVEIRA

Relator: SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. SIMPLES NACIONAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA E PENALIDADE CONFORME A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DAS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO RECONHECIDA. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Configura omissão de saídas de mercadorias tributáveis o contribuinte declarar ao Fisco vendas em valores inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, de acordo com a legislação de regência.

Todavia, é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação. In casu, a recorrente não trouxe aos autos documentos fiscais elidentes da denúncia inicial.

Assim, constatada a referida omissão de receitas, devem ser aplicadas as alíquotas e penalidades previstas na legislação de regência das demais pessoas jurídicas.

Imperiosa a redução da base de cálculo do ICMS, por se tratar de restaurante, conforme preconiza o art. 34, IV, do RICMS. Inexistência de fundamento legal para exclusão do benefício em tela, ainda que verificada omissão de saída de mercadorias tributáveis.

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

A C O R D A M os membros da Segunda 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, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, reformo, de ofício, a sentença exarada na instância monocrática, declarando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000920/2015-50 (fls. 3 e 4), lavrado em 11/6/2015, contra a empresa JOAQUIM MARCOLINO FILHO ME, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.220.168-0, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 210.527,10 (duzentos e dez mil, quinhentos e vinte e sete reais e dez centavos), sendo R\$ 105.263,55 (cento e cinco mil, duzentos e sessenta e três reais e cinquenta e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, V, do RICMS/PB e R\$ 105.263,55 (cento

e cinco mil, duzentos e sessenta e três reais e cinquenta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancela, por indevido, o valor de R\$ 90.225,88 (noventa mil, duzentos e vinte e cinco reais e oitenta e oito centavos), sendo R\$ 45.112,94 (quarenta e cinco mil, cento e doze reais e noventa e quatro centavos) de ICMS e R\$ 45.112,94 (quarenta e cinco mil, cento e doze reais e noventa e quatro centavos), a título de multa.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de julho de 2018.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

Assessor Jurídico

Relatório

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000920/2015-50 (fls. 3 e 4), lavrado em 11 de junho de 2015, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> 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.

Considerando infringidos os art. 158, I, 160, I, com fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o agente fazendário, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 300.752,98, sendo R\$ 150.376,49, de ICMS e R\$ 150.376,49, de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 5 a 13 dos autos.

Regularmente cientificado da lavratura do auto de infração em análise, via postal, com Aviso de Recebimento – AR anexo às fls. 14, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 16 a 20) em tempo hábil.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 77 a 95 dos autos.

Em preliminar, a impugnante (fls. 16) argui a nulidade do libelo basilar, por entender que a fiscalização não observou os critérios estabelecidos na legislação tributária para composição do feito fiscal, como também não indicou quais as notas fiscais foram alvo da autuação, violando o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, incorrendo em cerceamento ao exercício do direito de defesa.

No mérito (fls. 18), narra os fatos que antecederam a lavratura do auto de infração sub examine, pleiteia novamente a nulidade da exordial, desta feita, alegando transgressão aos princípios do não confisco e ofensa ao direito de propriedade, em conformidade com o art. 5º, XXII e art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988.

Reporta-se ainda à Portaria nº 171/GSER, de 1º/7/2015, a fim de embasar seu pedido de nulidade da peça inicial, pois, no seu entender, o referido instrumento normativo gerou uma instabilidade no mundo fático, vez que “(...) pela sua ilegitimidade ao determinarem aos auditores a obrigatoriedade, nas suas fiscalizações, terão que ser finalizadas com recolhimento de imposto ou lavratura de auto de infração, ou seja, com a punição do contribuinte.”

Ao final, requer (fls. 19) a juntada aos autos de documentos, a produção de todos os meios de prova admitidos em direito, assim como reitera o pedido de nulidade já posto.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 29), os autos foram conclusos (fls. 30) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde o Auditor Jurídico, Ramiro Antônio Alves Araújo, retornou-os à repartição preparadora para saneamento a fim de que fosse apresentado instrumento de procuração (fls. 31).

Assim, atendido o apelo do órgão julgador, o processo retornou à GEJUP, onde foi distribuído ao julgador fiscal Leonardo do Egito Pessoa, que decidiu pela procedência do auto de infração em comento, em conformidade com a sentença acostada às fls. 36 a 42, cuja ementa reproduzo abaixo, *litteris*:

OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO – INFRAÇÃO CARACTERIZADA

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 em pagamento do ICMS, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB, ressalvado ao sujeito passivo a prova da improcedência da acusação.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Ciente da decisão proferida pela instância *a quo*, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 45), a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 47 a 51, por meio de advogado legalmente habilitado, conforme documento às fls. 52.

No recurso voluntário (fls. 47 a 51), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, a ora recorrente repete os fundamentos defensivos já expostos à instância singular, aditando (fls. 50) que a infração denunciada de OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO deve ser modificada por completo, vez que, no seu entender, não foi lhe dada oportunidade para demonstrar a improcedência da acusação fiscal, conforme faculdade preconizada no art. 646 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, violando a segurança jurídica.

Por último, requer a juntada aos autos da procuração, a reforma da decisão singular em sua totalidade para tornar nulo o auto de infração em tela, o cancelamento da exigência do crédito tributário, e o arquivamento do presente processo.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a mim, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido apresentado dentro do prazo legalmente estabelecido (art. 77 da Lei nº 10.094/13).

Impõe-se declarar, ainda, que o lançamento de ofício em questão está de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, visto que este observa as especificações previstas na legislação de regência (art. 142 do CTN), inclusive no que concerne aos elementos necessários à perfeita identificação da natureza da infração: *“OMISSÃO DE VENDAS [...] 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”*.

Portanto, sob o aspecto formal, revela-se regular o lançamento de ofício em tela. Distintamente do que é aventado pela recorrente, não vislumbro causa de nulidade do auto de infração em apreço, vez que estão meridianamente determinadas a pessoa do infrator e a natureza da infração, em conformidade com a legislação de regência.

Como se observa, trata-se de libelo basilar constitutivo de delação fiscal consistente de omissão de

saídas tributáveis, constatada mediante cotejo entre as declarações de vendas de mercadorias tributáveis prestadas pela autuada e as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, consoante o qual aquelas se verificaram com valores inferiores aos informados por estas, no período de 1º/9/2013 a 30/4/2015.

Quanto ao recurso voluntário, o objeto deste, a ser discutido por esta relatoria, diz respeito ao fato de a recorrente requerer a nulidade do auto de infração, ao fundamento de haverem sido desrespeitados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e não confisco, como também não haver sido ofertada oportunidade para comprovar a improcedência da denúncia em tela.

No tocante a estas reclamações, não merecem guarida neste Colegiado, visto que o contribuinte foi notificado da lavratura do auto de infração ora analisado, assim como lhe foi dada oportunidade de interpor peça reclamatória e recurso voluntário, por isso entendo que não está configurado cerceamento ao exercício do direito de defesa.

Por outro lado, ficou evidenciado que a recorrente não trouxe aos autos documentos fiscais que comprovassem ser o seu faturamento superior aos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Como se observa, a exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de omissão de saídas 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, relativamente aos períodos acima citados. Neste caso, a recorrente não apresentou os valores de saídas, haja vista os demonstrativos fiscais às fls. 6 a 8.

Prosseguindo, importa realçar a regularidade na técnica de aferição da situação fiscal do contribuinte empregada pela autoridade fiscal, que demonstrou uma diferença tributável nos períodos acima citados, configurando a legitimidade da exigência sob a acusação de vendas de mercadorias sem nota fiscal.

Desse resultado, alcançaram-se àquelas operações de venda que foram realizadas por meio de cartão de crédito ou débito cujas mercadorias não foram faturadas, materializando a presunção legal de omissão de vendas, conforme nova redação do artigo 646 do RICMS/PB, que teve sua vigência a partir de 23 de junho de 2012, com a publicação do Decreto nº 33.047, de 22/06/2012, senão vejamos:

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:

(...)

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.” (RICMS/PB – grifos nossos)

Considerando a inversão do ônus da prova, reclamada pela ora recorrente, ao perscrutar os autos, simplesmente verificamos que não existem elementos probatórios colacionados pelo contribuinte aptos a desconstituir a infração, apenas argumentos desprovidos de provas.

Assim, a ausência de prova da improcedência da presunção fixada no art. 646 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, é suficiente para que configurada a infração ora denunciada, visto que está apoiada no normativo próprio e nas informações prestadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Neste ponto, apesar da inépcia do recurso voluntário que não arguiu a questão, vislumbro ser imperiosa a necessidade de aplicação da redução na base de cálculo do ICMS ora exigido por se tratar de restaurante, que faz jus ao benefício em comento, de acordo com o art. 34, IV, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, abaixo transcrito, *litteris*:

Art. 34. **A base de cálculo do imposto será reduzida:**

(...)

IV - até 30 de abril de 2000, **30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares**, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98 e 05/99).” (RICMS/PB)

Prorrogado até 30.09.19 o prazo do inciso IV do art. 34 pela alínea “d” do inciso II do art. 1º do Decreto nº 37.365/17 - DOE de 29.04.17 (Convênio ICMS 49/17).

Importante ainda assinalar que o benefício fiscal, previsto no art. 34, IV, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, não está condicionado a nenhum critério pela legislação de regência, bastando ser suficiente para sua fruição o estabelecimento realizar **o fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares**, por isso compreendo que ainda na hipótese de constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, como no caso dos autos, o contribuinte deve usufruir da redução de base de cálculo em questão.

Quanto à alíquota do ICMS aplicada pela Fiscalização, cumpre observar que, não obstante a recorrente se encontrar inserida no Simples Nacional, a acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, da Lei Complementar nº 123/2006:

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.”

(Grifos não constantes dos originais)

Por consequência, impõe-se declarar regularidade na aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo do ICMS, conforme efetuado no lançamento de ofício em tela.

No intuito de demonstrar que o entendimento retromencionado encontra ressonância em decisões pretéritas deste Colegiado, colaciono aos autos julgamento de questão semelhante, na qual este Conselho de Recursos Fiscais acolheu à unanimidade o voto da relatoria da Cons^a. Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho, decidindo pelo desprovisionamento do Recurso Hierárquico nº 330/2016 no que se refere à operação cartão de crédito, conforme se constata no Acórdão nº 505/2017, cuja ementa transcrevo, *ipsis litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. CARTÃO DE CRÉDITO. SIMPLES NACIONAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA E PENALIDADE, CONFORME A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DAS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL IMPROCEDENTE.

A acusação de omissão de saídas tributáveis decorrente das vendas declaradas pelo contribuinte serem inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito encontra amparo na legislação de regência.

Sendo apurada omissão de receitas, devem ser aplicadas as alíquotas e penalidades previstas na legislação de regência das demais pessoas jurídicas.

Ajustes realizados e a redução da multa acarretaram a sucumbência de parte do crédito tributário.

Não cabe a exclusão do regime do Simples Nacional, quando não for verificada prática reiterada da infração de falta de emissão de documento fiscal. (Grifos nossos)

Adite-se também decisão pretérita deste Colegiado, na qual se acolheu a aplicação da redução da base de cálculo do ICMS, quando se tratar do fornecimento de refeições por bares e restaurantes, ainda que verificada omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto estadual, como neste caso concreto. Nesse norte, decidiu esta Corte, à maioria, em conformidade com o Acórdão nº 242/2018, da lavra da Cons^a Máira Catão da Cunha Cavalcanti Simões, ementa a seguir transcrita, *in verbis*:

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM 30% PARA FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES POR BARES E RESTAURANTES. REFORMADA A SENTENÇA RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

- A ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis verificada nas Contas Mercadorias e Levantamento Financeiro enseja a presunção de não recolhimento do ICMS, em conformidade com a legislação correlata.

- Fiscalização que procedeu corretamente com os lançamentos, nos termos da do art. 142 do Código Tributário Nacional. Não ocorrência de prejuízos à defesa do contribuinte.

- Benefício fiscal do art. 34, IV, do RICMS aplicável à espécie. Inexistência de fundamento legal para sua exclusão, ainda que verificada omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Com estes esclarecimentos, procedidos os ajustes na base de cálculo e mantida a alíquota de 17% do ICMS, remanesce exigível o crédito tributário abaixo discriminado:

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, reformo, de ofício, a sentença exarada na instância monocrática, declarando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000920/2015-50 (fls. 3 e 4), lavrado em 11/6/2015, contra a empresa JOAQUIM MARCOLINO FILHO ME, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.220.168-0, devidamente qualificada nos

autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 210.527,10 (duzentos e dez mil, quinhentos e vinte e sete reais e dez centavos), sendo R\$ 105.263,55 (cento e cinco mil, duzentos e sessenta e três reais e cinquenta e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, V, do RICMS/PB e R\$ 105.263,55 (cento e cinco mil, duzentos e sessenta e três reais e cinquenta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelo, por indevido, o valor de R\$ 90.225,88 (noventa mil, duzentos e vinte e cinco reais e oitenta e oito centavos), sendo R\$ 45.112,94 (quarenta e cinco mil, cento e doze reais e noventa e quatro centavos) de ICMS e R\$ 45.112,94 (quarenta e cinco mil, cento e doze reais e noventa e quatro centavos), a título de multa.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de julho de 2018.

Fagundes da Silva

Relator

Sidney Watson

Conselheiro