



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

PROCESSO Nº1285722012-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:VERA LUCIA DINIZ DE ALBUQUERQUE

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA TERCEIRA REGIÃO

Autuante:HELIO VASCONCELOS

Relatora:CONS.^a SUPLENTE MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

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. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. IMPROCEDENTE.

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. Ratificada a redução da multa por infração, em face da vigência da Lei nº 10.008/2013, por força da aplicação do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, II, "c", do CTN. Acertada a declaração de improcedência do Termo de Exclusão do Simples Nacional por não se subsumir o fato à norma de regência.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002719/2012-64 (fls. 4), lavrado em 31/10/2012, contra a empresa VERA LÚCIA DINIZ DE ALBUQUERQUE, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.046.339-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 18.017,34 (dezoito mil e dezessete reais e trinta e quatro centavos), sendo R\$ 9.008,67 (nove mil, oito reais e sessenta e sete centavos), de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, V, do RICMS/PB e R\$ 9.008,67 (nove mil, oito reais e sessenta e sete centavo), de multa por

infração, nos termos do artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantém cancelado, por indevido, o valor de R\$ 4.504,41 (quatro mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e um centavos), pelas razões expendidas neste voto.

Ratifica a declaração de *improcedência* do Termo de Exclusão do Simples Nacional, de acordo com os fundamentos exarados neste voto.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de outubro de 2018.

MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS
Conselheira Suplente Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, GÍLVIA DANTAS MACEDO, THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA E ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO

Assessora Jurídica

#

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 parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002719/2012-64 (fls. 4), lavrado em 31 de outubro 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 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 arrimo no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/c os arts. 9º e 10º da Res CGSN nº 030/2008 e/ou art. 82 e 84 da Res CGSN nº 094/2011, o agente fazendário, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 22.251,75, sendo R\$ 9.008,68, de ICMS e R\$ 13.513,07, de multa por infração, com supedâneo no art. 16, II, da Res.do CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II, da Res CGSN nº 094/2011.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 5 a 11 dos autos.

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração em análise, via postal, com Aviso de Recebimento – AR anexo às fls. 3, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 14) em tempo hábil.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 15 a 17 dos autos.

Na reclamação (fls. 14), o contribuinte se insurge contra o libelo basilar e o Termo de Exclusão Simples Nacional, argumenta que não concorda com aplicação da alíquota de 17%, porque seu regime de tributação é o simples nacional, cujo contencioso fiscal é regido pela Lei Complementar nº 123/2006 e resoluções do CGSN.

Nesse norte, afirma que o auto de infração está em desacordo com a legislação de regência, pois não observou a orientação da Resolução CGSN nº 030/2008 aletrada pela Resolução CGSN nº 032/2008, por isso requer a improcedência da cobrança do ICMS em questão como também que o Termo de Exclusão do Simples Nacional seja tornado sem efeito.

Instado (fls. 19) a apresentar contestação, o auditor fiscal esclarece que a imposição da alíquota própria do Simples Nacional somente ao primeiro período do auto de infração decorreu de decisão do Grupo Gestor da Receita Estadual, o qual determinou que os autos de infração deveriam ser lavrados com a adoção da alíquota interna dos Estados, quando os contribuintes inscritos no simples nacional cometessem irregularidades fiscais, conforme art. 13, § 1º, da LC nº 123/2006.

Quanto à Notificação nº 00098045/2012, o auditor fiscal explicou que tratou-se de uma tentativa para que o contribuinte buscasse regularizar a situação junto ao Fisco espontaneamente, no entanto, não obteve êxito.

Por fim, o autor requer a manutenção do feito fiscal por considerar questão de justiça.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 22), os autos foram conclusos (fls. 23) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Alexandre Souza Pitta Lima, que decidiu pela parcial procedência do auto de infração em comento, em conformidade com a sentença acostada às fls. 25 a 30.

Ciente da decisão proferida pela instância *a quo*, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 35), a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 36 e 37.

No recurso voluntário (fls. 36 e 37), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, o contribuinte reprisa os fundamentos da impugnação, reiterando o pedido de improcedência da acusação em tela.

Documentos instrutórios, anexos aos autos às fls. 40 a 58 dos autos.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a Conselheira Nayla Coeli Costa Brito Carvalho, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento, que proferiu voto (fls. 59 a 62) pela nulidade da sentença singular, em virtude de está omissa no seu teor, vez que não se manifestou acerca do Termo de Exclusão do Simples Nacional, conforme Acórdão nº 152/2017 (fls. 63 e 64) cuja ementa transcrevo a seguir, *litteris*:

“OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. NOTIFICAÇÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SENTENÇA OMISSA. NULIDADE.

Reputa-se omissa a sentença de primeiro grau que decide sobre Auto de Infração e não se pronuncia sobre o consequente Termo de Exclusão do Simples Nacional lavrado contra o contribuinte na mesma ação fiscal. A decisão que assim se apresenta deve ser declarada nula, para que os autos retornem à instância prima, com vistas à prolatação de nova sentença que atenda aos ditames da lei.”

Desse modo, o contribuinte foi cientificado do decisório do órgão colegiado, segundo documentos acostados às fls. 69 a 70 dos autos, motivo pelo qual protocolou nova peça impugnatória, às fls. 72, na qual renova os fundamentos defensivos previamente apresentados, requerendo que o auto de infração seja julgado improcedente e o Termo de Exclusão do Simples Nacional seja tornado inócuo.

Novamente, o processo foi encaminhado à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde o julgador fiscal Paulo Eduardo Figueiredo Chacon examinou os autos, exarando sentença pela parcial procedência do crédito tributário, de acordo com o entendimento exarado na ementa abaixo transcrita, litteris:

“OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO – DENÚNCIA CONFIGURADA

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 a prova da improcedência da acusação.

Retroatividade da Lei nº 10.008/2013, uma vez que cominou penalidade pecuniária mais favorável ao infrator.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE”

Na sentença acostada às fls. 75 a 84 dos autos, o julgador monocrático também se pronunciou acerca da improcedência do Termo de Exclusão do Simples Nacional, em conformidade com o fragmento a seguir trasladado: “Assim, como não existe correlação entre a capitulação do fato elencada pela Secretaria de Estado da Receita e as hipóteses legais da Lei nº 123/06, inexistente justificativa para ser acatada a procedência do Termo de Exclusão do Simples Nacional.” (fls. 84).

Observando o trâmite regular, o sujeito passivo foi notificado do teor da sentença singular, conforme documentos acostados às fls. 86 e 87, motivo pelo qual impetrou novo recurso voluntário, consoante fls. 88 a 90 dos autos.

No recurso voluntário (fls. 89 e 90), o contribuinte narra o conteúdo ao auto de infração como também da sentença singular, para, em seguida, expor sua contrariedade com o feito fiscal, alegando que:

- seu regime de tributação é simples nacional, todavia, a cobrança ora exigida é a mesma de uma empresa sujeita à tributação normal;

- foi aplicada alíquota cheia de 17%, quando os produtos comercializados são sujeitos à substituição tributária, ou seja, o ICMS foi retido na origem ou pago na entrada, por isso considera uma injustiça;

- afirma que atualmente as empresas estão sendo chamadas a regularizar estas situações espontaneamente;

- reitera que houve uma descaracterização do regime simples nacional, portanto, uma violação das LC nºs 123 e 128 como também das resoluções CGSN nº 32 e 34.

Por fim, roga aos membros deste Colegiado a apreciação dos seus fundamentos recursais a fim de ser reformulado o auto de infração em análise.

Registre-se que segue apenso a estes autos o Processo nº 1306302012-5, o qual comporta o Termo de Exclusão do Simples Nacional, ora analisado.

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, nos exercícios de 2009 e 2010, conforme AI às fls. 4.

No mérito, 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 meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e dezembro//2009 como também fevereiro, abril, junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro/2010*. Neste caso, a recorrente não apresentou os valores de saídas, haja vista os demonstrativos fiscais às fls. 6 e 7.

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)

Ao perscrutarmos os autos, 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 reste 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.

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)

No tocante ao uso de alíquota de ICMS de 0,50% para o período de janeiro de 2009, entendo ser plenamente equivocada, conforme fundamentos supracitados, todavia, com base no art. 173, I, do CTN, este período já foi alcançado pela decadência não cabendo mais a lavratura de Termo Complementar de Infração.

Por derradeiro, ratifico a redução da multa por infração aplicada, promovida pelo Julgador **a quo**, em face das alterações advindas da Lei nº 10.008/13, em conformidade ao disciplinamento estampado no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Quanto ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, embora a instância singular tenha se arrimado no princípio da eventualidade para analisá-lo por entender que esta matéria não está abarcada pelo princípio duplo grau de jurisdição, conforme normativo processual administrativo deste Estado, corroboro integralmente a declaração de improcedência do referido Termo (Processo nº 1306302012-5, fls. 2), vez que a justificativa de exclusão OMISSÃO DE VENDAS, nele posta, não estar elencada como hipótese excludente do regime de tributação simples nacional, mais especificamente, no art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Com estes esclarecimentos, remanesce exigível o crédito tributário abaixo discriminado:

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002719/2012-64 (fls. 4), lavrado em 31/10/2012, contra a empresa VERA LÚCIA DINIZ DE ALBUQUERQUE, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.046.339-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 18.017,34 (dezoito mil e dezessete reais e trinta e quatro centavos), sendo R\$ 9.008,67 (nove mil, oito reais e sessenta e sete centavos), de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, V, do RICMS/PB e R\$ 9.008,67 (nove mil, oito reais e sessenta e sete centavo), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 4.504,41 (quatro mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e um centavos), pelas razões expendidas neste voto.

Ratifico a declaração de *improcedência* do Termo de Exclusão do Simples Nacional, de acordo com os fundamentos exarados neste voto.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de outubro de 2018.

Mônica Oliveira Coelho de Lemos
Conselheira Relatora