



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

Processo nº 009.882.2013-0

Acórdão nº 334/2015

Recurso HIE/CRF-312/2014

RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

RECORRIDA: ALBERTO MARQUES DE SANTANA.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

AUTUANTE: SIMPLÍCIO V. DO NASCIMENTO JUNIOR.

RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. 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

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

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para alterar quanto aos valores a sentença prolatada na primeira instância, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003387/2012-35** (fls. 5 e 6), lavrado em 18 de dezembro de 2012, em que foi autuado o contribuinte **ALBERTO MARQUES DE SANTANA (ME)**, com inscrição estadual nº 16.150.362-4, já qualificado nos autos, e fixar o crédito tributário no montante de **R\$ 102.342,84** (cento e dois mil, trezentos e quarenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), sendo **R\$ 51.171,42** (cinquenta e um mil, cento e setenta e um reais e quarenta 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 o mesmo valor de multa por infração, consoante previsão do art. 82, V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013 (DOE de 06/06/2013).

Ao tempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, cancelo, por irregular, o montante de **R\$ 51.150,17**, correspondente à multa por infração.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 03 de julho de 2015.

**Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora**

**Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

Recurso HIE /CRF N.º 312/2014

**RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
RECORRIDA: ALBERTO MARQUES DE SANTANA.
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.
AUTUANTE: SIMPLÍCIO V. DO NASCIMENTO JUNIOR.
RELATORA: CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.**

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.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo etc.

RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso Hierárquico** interposto contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003387-2012-35, de fls. 5 e 6, lavrado em 18/12/2012, em que o contribuinte acima identificado é acusado do cometimento das práticas irregulares assim denunciadas:

- **OMISSÃO DE VENDAS.** *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples*

Nacional omitiu 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.

- **OMISSÃO DE VENDAS.** *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples nacional omitiu 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.*

Em Nota Explicativa a Fiscalização fez constar que a seguinte observação: “Operação programada, tomando-se como base o demonstrativo de omissões e inadimplentes e Consolidação ECF/TEF x GIM”.

Segundo o entendimento acima, a autuante constituiu o crédito tributário na quantia total de R\$ 153.493,01, sendo R\$ 51.171,42 de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, bem como ao arts. 9º e 10º da Res. CGSN nº 030/2008, e aos arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, e R\$ 102.321,59 de multa por infração, com fundamento no artigo 82, V, “a”, da Lei Estadual nº 6.379/96, e ao art. 16, II das Res. CGSN nº 030/2008, além do art. 87 da Res. CGSN nº 094/2011.

Documentos instrutórios constam às fls. 3, 4 e 2 a 12: Ordem de Serviço Simplificada, Consulta de Contribuintes Omissos/Inadimplentes, Notificação dirigida ao autuado para regularização de pendência fiscais, assinada pelo receptor, em 15/11/2012, Histórico do Contribuinte, e Detalhamento da Consolidação EXF/TEF x GIM.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, mediante o Aviso de Recebimento de nº RA 15919136 0 BR, de fl. 13, assinado por seu receptor, em 20/2/2013, o autuado deixou de exercer o direito de defesa, fazendo-se revel, consoante atesta o Termo de Revelia, de fl. 14, datado de 2/4/2013.

Conclusos os autos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, após a informação de haver antecedentes fiscais (fl. 15) do acusado, porém, sem recidiva, estes foram distribuídos à Julgadora Singular, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ao reduzir de ofício a multa por infração originalmente sugerida no libelo basilar, ao fundamento do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, II, “c” do CTN, ocasião em que aplicou a previsão ínsita na lei posterior que estabelece penalidade menos gravosa (Lei nº 10.008/2013). Em face do que, o crédito tributário passou a ser constituído do montante de R\$ 102.364,09, distribuído entre R\$ 51.171,42 de ICMS e R\$ 51.192,67 de multa infracional, consoante se infere da decisão monocrática, de fls. 18 a 20.

Procedida a interposição de recurso hierárquico e cientificado, o autuado, da decisão singular, mediante o Aviso de Recebimento nº JG 88934090 6 BR, de fl. 23, assinado por seu receptor, em 3/1/2014, para que, querendo, interpusesse recurso a este Colegiado. Ainda assim, o denunciado manteve-se inerte, ao não integrar a relação processual.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, onde me foram distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora para proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto concluiu como indevida a exação de parte do crédito tributário, relativamente à penalidade sugerida no auto infracional, ante o advento de lei posterior que estabelece sanção mais branda aos que cometem a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada mediante a diferença tributável oriunda das declarações da autuada sobre as saídas de mercadorias com valor inferior ao informado pelas administradoras de cartões de crédito e débito com a quais opera.

Isto considerando, a autoridade julgadora promoveu à redução do valor da multa por infração, com amparo no Princípio da Retroatividade da Lei mais Benigna, insculpido no Código Tributário Nacional (art. 106, II, "c").

Passo, pois, ao exame da questão.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, posto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação da operações providas (saídas de mercadorias), base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Quanto ao mérito, analisando os elementos que instruem os autos, cumpre reconhecer a

regularidade do procedimento de apuração da falta, exceto no que toca ao fato de haver sido aplicada a alíquota do Simples Nacional sobre a base de cálculo referente ao período de janeiro de 2009, com o que concordou a julgadora monocrática.

Com efeito, não obstante a aplicação da alíquota do Simples Nacional sobre a diferença tributável referente ao mês acima citado, entendo que a alíquota correta é de 17%, isto é, a mesma prevista para as demais pessoas jurídicas.

Quanto a esse aspecto, esclareço que, apesar de o autuando se encontrar inserido 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, 'e' e "f" c/c 32, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, bem como nas disposições sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas por esse regime de tributação, dadas pela Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, adiante transcritas:

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:

[...]

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

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008:

Art. 82. Aplicam-se a 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

[...]

§ 2º. Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a 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, de 14 de dezembro de 2006.

Além disso, é necessário entender que o lançamento de ofício se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional em face da ocorrência de omissões de mercadorias tributáveis por observância a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado.

Todavia, a diferença do ICMS decorrente da complementação da alíquota sobre o período de janeiro/2009 não se faz possível, nem nestes autos – por não comportar a lavratura de Termo Complementar de Infração - nem mediante outro auto de infração, em face da decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento de ofício correspondente (Aplicação do art. 173, I, do CTN), razão por que, mantenho a exigência fiscal concernente ao ICMS nos limites da lide.

Assim, resta mantido o resultado do procedimento de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregado pela Fiscalização para demonstrar a realidade das vendas realizadas pela empresa

autuada em confronto as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito, no que se refere ao valor das vendas pagas através de cartão de crédito/débito, posto que encontra suporte no art. 646 do RICMS/PB, que teve sua vigência a partir de 13 de junho de 2007, com a publicação do Dec. nº 28.259, de 13/06/2007, 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”.

Por último, impõe-se corroborar a providência da Primeira Instância, que aplicou as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13), com efeitos a partir de 01/04/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício, e cujo processo está pendente de decisão definitiva, devem se reger pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Providência que, por não comportar exclusão, alcança o período de janeiro/2009, em relação ao qual a Fiscalização equivocadamente aplicou a penalidade estabelecida nas Res. CGSN nºs 030/2008 e 094/2011 e a instância preliminar, todavia, decidiu manter.

Portanto, promovo os ajustes necessários à aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que o valor da penalidade passa a ser calculado com base no percentual de 100%.

Trata-se de pensamento uniforme, neste Conselho de Recursos Fiscais, conforme precedente que teve a relatoria do Cons. João Lincoln Diniz Borges, e deu origem ao Acórdão CRF/PB nº 226/2015, cuja ementa transcrevo:

“OMISSÃO DE VENDAS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. PRESUNÇÃO LEGAL. MULTA REDUZIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. REFORMADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A divergência entre as informações financeiras advinda das Administradoras de Cartão de Débito e

Crédito, nas quais a declarante operacionalizou o meio de pagamento das vendas de mercadorias, em relação às saídas declaradas pelo contribuinte, fez eclodir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Nos autos, comprova-se a parcialidade da exigência fiscal, diante da redução da multa por infração, em face da vigência da Lei nº 10.008/2013.”

Isto considerando, fixo o crédito tributário consoante os valores abaixo:

Infração	Exerc.	Período	ICMS (R\$)	M. por Infr. (R\$)	Total (R\$)
Omiss. Vendas	2009	Fev.	1.782,28	1.782,28	3.564,56
Omiss. Vendas	2009	Mar.	645,83	645,83	1.291,66
Omiss. Vendas	2009	Abr..	893,86	893,86	1.787,72
Omiss. Vendas	2009	Mai.	1.88,42	1.88,42	2.176,84
Omiss. Vendas	2009	Jun.	2.308,09	2.308,09	4.616,18
Omiss. Vendas	2009	Jul.	972,40	972,40	1.944,80
Omiss. Vendas	2009	Ago.	1.171,64	1.171,64	2.343,28
			1.015,41	1.015,41	
Omiss. Vendas	2009	Set.			2.030,82
Omiss. Vendas	2009	Out.	1.248,31	1.248,31	2.496,62
Omiss. Vendas	2009	Nov.	1.666,85	1.666,85	3.333,70
Omiss. Vendas	2009	Dez.	7.637,76	7.637,76	15.275,52
Omiss. Vendas	2010	Jan.	1.239,98	1.239,98	2.479,96

Omiss. Vendas 2010	Fev.	2.338,35	2.338,35	4.676,70
Omiss. Vendas 2010	Mar.	1.962,99	1.962,99	3.925,98
Omiss. Vendas 2010	Abr..	774,01	774,01	1.548,02
Omiss. Vendas 2010	Mai.	2.564,75	2.564,75	5.129,50
Omiss. Vendas 2010	Jun.	5.159,33	5.159,33	10.318,66
Omiss. Vendas 2010	Jul.	1.499,74	1.499,74	2.999,48
Omiss. Vendas 2010	Ago.	2.083,54	2.083,54	4.167,08
Omiss. Vendas 2010	Out.	1.265,48	1.265,48	2.530,96
Omiss. Vendas 2010	Nov..	1.972,34	1.972,34	3.944,68
Omiss. Vendas 2010	Dez.	9.837,56	9.837,56	19.675,12
Omiss. Vendas 2009	Jan.	42,50	42,50	85,00

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para alterar quanto aos valores a sentença prolatada na primeira instância, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003387/2012-35** (fls. 5 e 6), lavrado em 18 de dezembro de 2012, em que foi autuado o contribuinte **ALBERTO MARQUES DE SANTANA (ME)**, com inscrição estadual nº 16.150.362-4, já qualificado nos autos, efixar o crédito tributário no montante de **R\$ 102.342,84** (cento e dois mil, trezentos e quarenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), sendo **R\$ 51.171,42** (cinquenta e um mil, cento e setenta e um reais e quarenta 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 o mesmo valor de multa por infração, consoante previsão do art. 82, V, alínea "a" da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013 (DOE de 06/06/2013).

Ao tempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, cancelo, por irregular, o montante de **R\$ 51.150,17**, correspondente à multa por infração.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 3 de julho de 2015.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.
Conselheira Relatora