



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

Processo nº 062.935.2009-2

Acórdão nº 362/2015

Recursos HIE/VOL/CRF-038/2014

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: ELDER CHAVES VICTOR COM. DE GAMES EIRELI -ME. (L & R GAMES LTDA. - EPP)

2ª Recorrente: ELDER CHAVES VICTOR COM. DE GAMES EIRELI -ME. L & R GAMES LTDA. - EPP)

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO GERVAL P FURTADO

Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

**OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE
CRÉDITO E DÉBITO. MANTIDA A DECISÃO
RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE
PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRUICO
DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO**

Não há qualquer óbice na lavratura da peça complementar pelo fato de ter havido a quitação da peça original. No caso, houve a necessidade de complementação do crédito tributário, em decorrência do aumento deste valor. Respeitados os princípios a ampla defesa e do contraditório. É devida 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, fato este que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvada à autuada a prova da improcedência da acusação.

Considerando os valores extraídos da Consolidação ECF- TEF X GIM, por esta relatoria, foi constatada um decréscimo na diferença inicialmente apontada na exordial.

Redução da penalidade aplicada por força do disposto na Lei nº 10.008/2013

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

Relatório

A C O R D A Mos membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos Recursos Hierárquico, por regular, e Voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO de ambos**, para alterar quanto os valores a decisão recorrida, mantendo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00000711/2009-68**, de 5 de junho de 2009 (*fls. 2*), complementado pelo Termo de Infração Continuada *de fls. 393 e 394*, de 5 de abril de 2010, lavrados contra a empresa **ELDER CHAVES VICTOR COMÉRCIO DE GAMES EIRELI - ME. (L & R GAMES LTDA. - EPP)**, *CCICMS nº 16.138.556-7*, fixando o crédito tributário exigível no importe de **R\$ 327.660,94** (trezentos e vinte e sete mil seiscentos e sessenta reais e noventa e quatro centavos)

sendo **R\$ 163.830,47** (cento e sessenta e três mil, oitocentos e trinta reais e quarenta e sete centavos), de ICMS, por infringência aos **art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c art. 646**, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração de igual quantia, com fulcro no **art. 82, inciso V, alínea “a”** da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que CANCELO, por indevida, a quantia de R\$ 259.490,16, sendo R\$ 38.322,41, de ICMS, e R\$ 221.167,75, de multa por infração.

Registre-se que parte do crédito tributário foi pago conforme

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 24 de julho de 2015.

**Patrícia Márcia de Arruda Barbosa
Cons^a. Relatora**

**Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Presidente**

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, GLAUCO CAVALCATI MONTENEGRO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Assessora Jurídica

RECURSO HIE/VOL CRF nº 038/2014

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: ELDER CHAVES VICTOR COM. DE GAMES EIRELI -ME. (L & R GAMES LTDA. - EPP)

2ª Recorrente: ELDER CHAVES VICTOR COM. DE GAMES EIRELI -ME. L & R GAMES LTDA. - EPP)

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO GERVAL P FURTADO

Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há qualquer óbice na lavratura da peça complementar pelo fato de ter havido a quitação da peça original. No caso, houve a necessidade de complementação do crédito tributário, em decorrência do aumento deste valor. Respeitados os princípios a ampla defesa e do contraditório.

É devida 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, fato este que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvada à autuada a prova da improcedência da acusação.

Considerando os valores extraídos da Consolidação ECF- TEF X GIM, por esta relatoria, foi constatada um decréscimo na diferença inicialmente apontada na exordial.

Redução da penalidade aplicada por força do disposto na Lei nº 10.008/2013.

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

R E L A T O R I O

Examina-se neste Colegiado recurso voluntário nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2010, tendo como peça basilar o Auto de Infração de Estabelecimento nº 9330008.09.00000711/2009-68,

lavrado em 5 de junho de 2009, que denuncia a empresa autuada pela seguinte irregularidade:

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.

Pelo fato foi incurso a epigrafada como infrigente ao art. 158, inciso I c/c art. 160, inciso I c/c o art. 646, do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, c/fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. do CGSN nº 030, de 7.2.2008, sendo proposta aplicação de multa por infração, com supedâneo no art. 16, II da Res. do CGSN nº 030, de 7.2.2008, constituindo um crédito tributário de R\$ 96.537,91, sendo R\$ 38.615,15, de ICMS, e R\$ 57.1922,76, de multa por infração.

Instruem a peça acusatória os documentos de fls. 3 a 264.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, a autuada apresentou peça reclamatória, onde de início faz um breve relato desde o recebimento da Notificação de nº 00031268/2014 até a lavratura da peça basilar. Adita que protocolou junto à repartição Fiscal expediente discordando dos fatos e valores apontados na mencionada notificação, porém nada foi levado em consideração.

Alega que não foram juntadas aos autos as supostas informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito, o que afronta a Constituição Federal, cerceando a sua defesa, restando provado a ilegalidade do auto de infração.

Argui ainda que o auto de infração afronta a Lei nº 6.379/96, em razão da inexistência do fato gerador do imposto, bem como a ausência de previsão na mencionada lei para a suposição. Adita que vários são os fatores que demonstram não poder prosperar a presunção de vendas, dentre eles: não se pode afirmar que tais valores constantes das informações das operadoras de crédito são de vendas realizadas, não se pode afirmar que se referem a produtos ou a mão de obra, ou se estes são tributados ou isentos, bem como que não foram levadas em conta as vendas realizadas por meio de Notas Fiscais, Modelo 1, ou Modelo D (consumidor).

Na sequência, infere contra o percentual de multa aplicado, alegando ser a mesma de cunho confiscatório.

No mais, alega que as vendas de mercadorias declaradas divergem do valor levantado pelo autuante, pelo que correlaciona os valores das vendas reais declaradas nas GIM's e os valores

constantes do anexo elaborado pelo auditor, sendo estes desfavoráveis ao contribuinte, não procedendo a presunção de vendas mencionada no auto de infração.

Em conclusão requer: a) que seja julgado nulo o auto de infração, por clara demonstração de cerceamento de defesa, o que afronta a Constituição Federal e fere o Princípio da Ampla Defesa, pois não pode contestar detalhadamente os valores apresentados pela operadora, e, tampouco confrontá-los com a real venda de mercadorias;

b) provar o alegado por todos os meios de provas admitidos; c) que seja julgado improcedente o auto de infração, uma vez que as informações fornecidas pelo cartão de crédito e débito não são fatos geradores de ICMS e tampouco podem gerar presunção de fato gerador do imposto.

Instruem a peça reclamatória os documentos de fls. 279 a 375.

Em pronunciamento o autuante reafirma os trabalhos de fiscalização, uma vez que realizados em conformidade com o RICMS-PB, máxime seus arts. 646 e 389.

Seguindo a marcha processual, sem informações de reincidência, conforme se verifica na informação constante das folhas 92 do processo, os autos foram conclusos para a Gerência de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP. Porém, houve necessidade de se adequar o feito fiscal às exigências dos arts. 18 a 20 da Lei Complementar nº 123/06, para as infrações tipificadas no art. 13, §1º, inciso XIII, alíneas “e” e “f” da mencionada Lei, providenciando a lavratura do Termo de Infração Continuada para a complementação do crédito tributário ensejando a reabertura do prazo para a reclamação.

Em consequência foi lavrada em 5.4.2010 à peça complementar de fl. 393/394, sendo constituído o crédito tributário de R\$ 490.613,19, sendo R\$ 163.537,73 de ICMS, e R\$ 327.075,46 de multa por infração, cujas diferenças estão dispostas no despacho de saneamento de fls. 395/396.

Devidamente notificado, conforme Aviso de Recebimento Postal de fl. 397, a empresa apresentou peça reclamatória a mencionada peça, conforme fls. 401 a 403.

Nesta informa que liquidou a pendência em 4.3.2010, no importe de R\$ 60.267,09, sendo R\$ 38.515,15, de principal, R\$ 4.275,11 de correção monetária, e R\$ 17.376,83 de multa por infração, conforme DAR de fls. 404, pelo que se impõe que seja decretada pela instância julgadora o arquivamento das peças acusatórias.

Contestando a peça reclamatória aditiva o autuante informa que conforme entendimento pacificado pelos órgãos julgadores de que em relação aos processos de contribuintes enquadrados no Simples Nacional, a legislação a ser aplicada

seria à referente às demais pessoas jurídicas, procedeu-se assim, o saneamento do autos através do Termo de Infração Continuada com o complemento do crédito tributário em razão da errônea aplicação da alíquota.

Por fim, aduz que o procedimento fiscal tem clareza indiscutível no que diz respeito ao Termo de Infração Continuada, pelo que se impõe sua manutenção.

Em retorno à instância monocrática, os autos foram distribuídos ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que proferiu sentença (fls. 414/423), julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração, mediante o seguinte entendimento:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA. CORREÇÃO DA ALÍQUOTA E DA PENALIDADE APLICADA.

Informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, em confronto com a operações declaradas pelo sujeito passivo, autorizam a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS. *In casu*, o contribuinte não apresentou provas materiais capazes de elidir a acusação incerta na inicial. As reduções das multas decorrentes da legislação em vigor, bem como correção da alíquota aplicada para o cálculo do ICMS, no primeiro período da irregularidade para o contribuinte optante do Simples Nacional, sucumbiram parte de crédito tributário.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Com as alterações o crédito tributário perfaz a monta de R\$ 383.937,44, sendo R\$ 191.431,11, de ICMS, e R\$ 192.506,33, de multa por infração.

Devidamente notificada da decisão singular, conforme Aviso de Recebimento Postal de fl. 426, a acusada laborou petição recursal de fls. 431 a 440, na qual faz um sucinto relato dos fatos

acontecidos na presente lide desde o recebimento da Notificação de nº 0031268/2004, até a sentença de primeiro grau.

Em seguimento argui, em preliminar, a extinção do crédito tributário pelo pagamento ocorrido em 3.3.2010, conforme determina o art. 156, I do CTN, perdendo assim seu objeto.

Em questão de mérito alega a impossibilidade de se manter o lançamento realizado através do auto de infração complementar após a homologação e quitação do auto de infração anterior.

Aduz que fiscalização ao concluir os trabalhos emitiu o Termo de Encerramento e lavrou o auto de infração tendo cumprido procedimentos legais. Em contrapartida, o contribuinte procedeu a sua defesa administrativa e antes do julgamento optou por quitar o auto de infração, e, por consequência o lançamento do referido imposto. Complementa que não se admite, após o pagamento do imposto, novo lançamento por meio de auto de infração continuada sem ter dado ao contribuinte e sequer a ciência prévia da reabertura do procedimento, sem os quais é totalmente nulo, o que afronta os princípios da segurança jurídico tributária, da irretroatividade, da anterioridade e da certeza jurídica.

Alega ainda que o imposto lançado, e a alíquota aplicada advieram de lançamentos do representante legal do Estado, que deu por homologado o período fiscalizado. No caso em apreço a homologação só se concretizou após o pagamento do tributo, que ocorreu no dia 3.3.2010.

Destaca também que a imputação de novo lançamento após ter sido quitado o imposto e a infração imposta, representa um verdadeiro confisco, além de representar uma forma de coação para que o contribuinte não se defenda de suas arbitrariedades, uma ofensa ao art. 150, IV da CF.

Ao final requer a) que seja a primeira preliminar dada como procedente, determinando de imediato nulo o termo de infração continuada, por não existir na data de sua aplicação o auto de infração principal que poderia lhe dar sustentação em razão da extinção do mesmo com o pagamento; b) o arquivamento dos autos pela perda de seu objeto, em razão de ter se operado o pagamento do auto de infração emitido em 5.6.2009; c) a insubsistência do auto de infração continuada, determinando seu arquivamento.

Instado a se pronunciar em forma de contra-arrazoado, o autuante se mostra concordante com o auto de infração continuada.

Este é o RELATÓRIO.

V O T O

A presente contenda motivou-se pela constatação de divergências entre as vendas realizadas através dos cartões de crédito e débito e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito, caracterizando a acusação de omissão de vendas, nos períodos de outubro a dezembro de 2007; janeiro a dezembro de 2008, conforme planilhas de fls. 3, em anexo.

Ab initio resolveremos questão preliminar suscitada pela recorrente, no que diz respeito da extinção do crédito tributário.

Em entendimento esposado pelo GOFÉ e por ambas as Casas julgadoras, em reunião conjunta, e por unanimidade, tornou pacífico a equalização das alíquotas aplicadas pelos diferentes regimes adotados ao longo do período infracional. Instruindo, inclusive, a lavratura de Termo de Auto de Infração Continuada nos casos de necessidade de complementação do crédito tributário, em decorrência do aumento deste valor.

Por esta razão, visando sanar tal vício, foi solicitada a complementação do crédito tributário, mediante a lavratura de Termo de Infração Continuada (fls. 393/394), uma vez que a fiscalização procedeu aos ajustes necessários segundo orientações da GOFÉ, quanto a alíquota aplicada, alterando por consequência o crédito tributário.

Não restam dúvidas que antes da lavratura da peça aditiva, houve o reconhecimento expresso do contribuinte, consoante atesta o documento de fl.404, extinguindo pelo pagamento, os lançamentos apontados na peça basilar inicial, de acordo com o estabelecido no art. 156, I do Código Tributário Nacional.

Todavia, cabe ainda ressaltar que, não obstante o reconhecimento do contribuinte, ao tempo em que quitou o crédito tributário relativo à peça inicial, a diferença em relação à complementação da alíquota do ICMS, nos períodos de julho a dezembro de 2007 e de janeiro a dezembro de 2008, bem como o percentual da multa aplicada, pode ser apurada e exigida, como de fato o foi, através da lavratura do termo de infração continuada, consoante previsão do art. 696, III, do RICMS, respeitando-se, assim, com esta providência o percentual da alíquota adotado para as pessoas jurídicas não optantes pelo regime do Simples Nacional.

Art. 696. Quando, através de exames posteriores à lavratura do auto de infração ou de representação, ou por qualquer diligência no curso da ação fiscal, verificarem-se irregularidades, lavrar-se-á:

I – auto de infração específico, na hipótese de outras irregularidades encontradas diversas da inicial;

II - termo de conluio, quando se constatar como responsável pela infração outra pessoa além da originalmente acusada;

III – termo de infração continuada, nos demais casos. (g.n)

Parágrafo único. As hipóteses dos incisos II e III deste artigo ensejam a reabertura do prazo de reclamação. (g.n)

Como se vê, por meio de exames posteriores à lavratura do auto de infração foi verificado pelo órgão julgador singular, porém, antes da prolação da sentença, que alíquota a ser aplicada para a denúncia em apreço não seria àquela de percentual diferenciado, por incorrer o contribuinte autuado em omissão de saídas. Adite-se que a providência contida no parágrafo único da norma supracitada, foi cumprida, tanto

assim que, após a lavratura da peça aditiva, houve a ciência ao contribuinte, fl. 400, e a interposição de peça defensual.

Assim sendo, não há qualquer óbice da lavratura da peça complementar, pelo fato de ter havido a quitação da peça original. Sendo, apenas a primeira, extinta pelo pagamento. E, as duas, objeto de apreciação por esta instância.

Aqui, faço então um aparte para ressaltar outra vertente, utilizada pelos órgãos julgadores. Caso a constatação da diferença a ser exigida tivesse sido observada após a prolação da sentença singular, restaria à lavratura de outra peça acusatória, com a exigência da diferença constatada, e, não, o Termo de Infração Continuada, como foi feito neste processo, havendo determinação no julgado da lavratura de auto de infração específico para a exigência da diferença encontrada a *posteriori*. Porém, para o caso que se aprecia esta providência foi tomada antes da prolação da

sentença singular, sendo perfeitamente válida.

Infere destacar, para o caso em apreço, que a Lei Complementar n.º 123/06, ao estabelecer tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, preceitua que, nos casos em que as empresas optantes pelo Simples deixam de cumprir suas obrigações com a correta emissão de notas fiscais, não será aplicada as regras diferenciadas. Por esta razão, foi lavrada a peça complementar. Neste sentido, veja-se o que determina a Lei Complementar n.º 123/06, e a Resolução CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008, adiante transcritas:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal,

mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos

e

contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de

Serviços de Transporte Interestadual e

Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(....

§ 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 dem

ais pessoas jurídicas: (...)

XIII - ICMS devido: (....)

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.

Portanto, em operações em que não ocorre a emissão de notas fiscais não se aplica o tratamento diferenciado e beneficiado de que trata a legislação do Simples Nacional. Nestes casos, a alíquota aplicada é aquela a que estão sujeitas as pessoas jurídicas não optantes ao mencionado regime. Assim, verifica-se que a própria legislação exclui da modalidade de pagamento prevista para o Simples as operações desacobertadas de documentos fiscais.

Diante destas considerações tenho como válida a lavratura da peça complementar, mesmo diante do pagamento da peça acusatória inicial, não representando tal providência qualquer prática de Confisco como entende a autuada.

Quanto à questão meritória propriamente dita, a infração descrita na peça basilar, cujo crédito tributário foi complementado pelo Termo de Infração Continuada, consiste na realização de um confronto entre as vendas declaradas à Receita Estadual pelo próprio contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, identificando divergências que indicam, **presumivelmente**, a falta de recolhimento do imposto, conforme entendimento dos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646 do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, transcritos 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;

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos 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.” (g.n)

Registre-se que esta técnica de auditoria é amplamente utilizada pelo fisco paraibano, e a realização dos trabalhos tomaram como referência as informações que tiveram como lastro as operações realizadas pela própria recorrente, e àquelas fornecidas pelas operadoras de cartões de crédito/débito.

Para a apuração dessas diferenças, o fisco não carece empreender grandes análises ou exames documentais: basta cotejar vendas declaradas pelo sujeito passivo, com as informações das operações de cartões de crédito e/ou débito fornecidas pela operadoras, e, resultando maior estas últimas, decerto que a diferença foi intencionalmente omitida ao fisco.

Informe-se que as planilhas de fls. 2, 9 a 23, materializam a constituição do crédito tributário, cuja denúncia se verifica por presunção legal *juris tantum* de ocorrência de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, ficando a cargo do contribuinte a prova da improcedência da acusação, o que não se vislumbra nestes autos.

Impele ainda ressaltar que a auditoria objeto do presente contencioso foi objeto de várias orientações por parte da Gerência de Fiscalização de Estabelecimentos, porém visando uniformizar os procedimentos inerentes a acusação de omissão de vendas detectadas através de operação Cartão e Crédito foram recomendados que a feitura dos levantamentos fosse realizada mediante o confronto das vendas declaradas pelo contribuinte com os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito considerando-se em conjunto, os valores do ECF e dos talonários série “D”. Assim sendo, tem-se que confrontar o Detalhamento da Consolidação ECF/TEF x GIM com as vendas realizadas no ECF e no talonário série “D” destinados a consumidores finais (pessoa física), de modo a se obter um certo grau de liquidez e certeza do crédito tributário apurado, tendo resultado das diferenças tributáveis conforme planilha abaixo demonstrada.

Diante do exposto não tem guarida o entendimento do contribuinte de que as informações fornecidas pelo cartão de crédito e débito não são fatos geradores de ICMS, e tampouco podem gerar presunção de fato gerador do imposto.

Também considero despiciendas as alegações da peça de defesa de ter havido cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por não ter sido juntado aos autos às supostas informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito.

Em verdade não há previsão regulamentar para que sejam enviadas planilhas que embasem a acusação ao autuado, apenas se estabelece a obrigatoriedade de o Fisco notificar o contribuinte da autuação que lhe está sendo imputada. Então, depois de cientificado, o acusado tem trinta dias para exercer o seu direito de defesa. Nesse prazo, estão incluídos os procedimentos necessários à confecção da peça defensiva. Os autos do processo administrativo tributário ficam à disposição dos interessados para a extração de cópias necessárias à elaboração da peça reclamatória ou recursal, cabendo a eles buscar os meios de instruir sua defesa.

Ora, como acima mencionado, havendo qualquer questionamento acerca das provas que embasaram a acusação, poderia a autuada ter solicitado vistas aos autos, com base na inteligência emergente do art. 700, inciso II do RICMS/PB, abaixo transcrito, que dá oportunidade para a empresa a ter acesso aos autos, direito este exercido apenas após a prolação da decisão singular, por meio do Processo nº 1518732013-0 – fls. 427.

“Art. 700. O preparo dos processos é atribuído à repartição arrecadadora da localidade em que ocorrer a sua instauração, compreendendo:

II - a "vista" do processo aos acusados e aos autores do procedimento;”

Ademais, de acordo com as disposições do parágrafo único, do art. 389, abaixo transcrito, o qual dispõe como obrigações das operadoras de cartão de crédito prestar informações a esta Secretaria das operações e prestações ocorridas com seus clientes, por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

“Art. 389. As Administradoras de cartões de crédito ou de débito deverão informar ao Fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto, através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Parágrafo único. Portaria do Secretário de Estado da Receita disporá sobre o prazo e a forma de apresentação das informações de que trata o caput deste artigo.”

Tal matéria foi disciplinada pela Portaria n° 088/GSER, de 23.11.2001, e, posteriormente pela Portaria n° 163/GSER, de 10 de julho de 2007, que assim se reporta:

Art. 1º *A partir de 1º de agosto de 2007, as administradoras decartões de crédito ou débito entregarão, até o décimo quinto dia de cada mês, arquivos eletrônicos contendo as informações sumarizadas (registro 66) e detalhadas (registro 65), relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado.*

Como se vê, tratando-se de informações (consideradas documentos fiscais) cuja obrigatoriedade das administradoras em prestá-las à SER encontra-se prevista em normas estaduais, sendo válidas tais informações para embasar a ação fiscal.

No mais, constatei, ainda, que o julgador monocrático, seguindo a antiga dicção da citada Instrução Normativa n° 015/2012/GSER-PB, modificou o primeiro período da exordial (outubro de 2007) para enquadrá-lo na alíquota referente ao regime do Simples Nacional (2,84%), tendo em vista ser o contribuinte beneficiário deste regime. Contudo, devo modificar o entendimento exarado no julgamento singular, que afastou a

diferença exigida para a competência de outubro de 2007, via Termo de Infração Continuada, mantendo para esta competência a diferença também exigida, na peça complementar, por força da legislação acima mencionada (Lei Complementar n.º 123/06, e

a Resolução CGSN N° 30, de 07 de fevereiro de 2008).

Por consequência, impõe-se a correção da alíquota aplicada sobre a diferença tributável de R\$ 63.703,01, referente ao mês de outubro/2007, de modo que o valor do ICMS, desse período, perfaz a monta de R\$ 10.829,51.

Outrossim, este Colegiado já se pronunciou quanto ao tema, mantendo, conforme edição do acórdão adiante transcrito:

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. DECLARAÇÃO

DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Fica autorizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, quando se constatar 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. Insuficiente às argumentações recursais resta mantida a acusação original.

**Recurso VOL/CRF N.º 288/2011
CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES**

Quanto à alegação defensiva de que a multa proposta tem caráter confiscatório, devem-se analisar os dispositivos legais vigentes.

A nossa Constituição Federal de 1988 prevê:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;”(grifo nosso)

Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)

estabelece que:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”(grifo nosso)

As multas não são tributos, mas sim penalidades pecuniárias que representam sanções a atos

ilícitos, cuja função primordial é punir os infratores da lei e

desestimular a prática reiterada de atos lesivos ao Estado. Sua gradação varia conforme a gravidade do ato praticado. Sendo assim, as multas não estão sujeitas à limitação imposta pela Carta Magna.

Além disso, os fiscais estão adstritos aos mandamentos da Lei do ICMS (Lei nº 6.379/96), que comina o *quantum* das multas aplicáveis às infrações relativas ao ICMS no Estado da Paraíba. Desrespeitar essa lei seria uma afronta ao ordenamento jurídico-administrativo, salvo se ela fosse julgada inconstitucional. E, conforme o art. 99 dessa mencionada lei (cujo texto é repetido no art. 687 do RICMS/PB):

“Art. 99. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

No entanto, é de suma importância ressaltar que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, já usada em benefício do contribuinte, desde o julgamento singular, 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 foram alterado pela Lei nº 10.008/2013 (DOE 6/6/2013, com efeito legal a partir de 1º/9/2013), 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.)

Neste toar, resta-me demonstrar abaixo novos valores para o crédito tributário, considerando o comparativo realizado entre os valores declarados pelo contribuinte e os valores de vendas declarados pelas operadoras de cartões de créditos e débitos conforme extraído do Relatório ECF X

Gim X TEF do sistema ATF, bem como, alterar o percentual atribuído à multa do presente libelo fiscal de 150% para 100%, conforme nova redação do artigo supracitado, demonstrando abaixo o crédito tributário remanescente:

periodo	vlDeclarado	vlVendaTotal	vlDiferenca	ICMS	MULTA	TOTAL
out/07	26.737,45	90.440,46	63.703,01	10.829,51	10.829,51	21.659,02
nov/07	24.947,55	59.343,46	34.395,91	5.847,30	5.847,30	11.694,61
dez/07	37.635,76	146.149,14	108.513,38	18.447,27	18.447,27	36.894,55
jan/08	34.830,30	87.268,24	52.437,94	8.914,45	8.914,45	17.828,90
fev/08	27.558,40	58.425,49	30.867,09	5.247,41	5.247,41	10.494,81
mar/08	42.878,88	79.104,00	36.225,12	6.158,27	6.158,27	12.316,54
abr/08	45.751,20	93.844,94	48.093,74	8.175,94	8.175,94	16.351,87
mai/08	53.190,55	122.091,29	68.900,74	11.713,13	11.713,13	23.426,25
jun/08	48.91 2,20	111.4 38,62	62.52 6,42	10.62 9,49	10.629,49	21.25 8,98
jul/08	65.58 4,90	149.0 99,57	83.51 4,67	14.19 7,49	14.197,49	28.39 4,99
ago/08	78.97 9,25	153.0 30,66	74.05 1,41	12.58 8,74	12.588,74	25.17 7,48

set/08	58.30 2,45	120.6 09,51	62.30 7,06	10.59 2,20	10.592,20	21.18 4,40
out/08	69.46 0,65	165.5 25,80	96.06 5,15	16.33 1,08	16.331,08	32.66 2,15
nov/08	55.38 7,35	104.9 90,10	49.60 2,75	8.432, 47	8.432,47	16.86 4,94
dez/08	88.98 5,25	181.4 89,50	92.50 4,25	15.72 5,72	15.725,72	31.45 1,45
	crédito tributário			163.8 30,47	163.830,47	327.6 60,94

Ex positis,

V O T O – Pelo recebimento dos Recursos Hierárquico, porregular, e Voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO de ambos**, para alterar quanto os valores a decisão recorrida, mantendo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 9330008.09.00000711/2009-68, de 5 de junho de 2009 (*fls. 2*), complementado pelo Termo de Infração Continuada *de fls. 393 e 394*, de 5 de abril de 2010, lavrados contra a empresa **ELDER CHAVES VICTOR COMÉRCIO DE GAMES EIRELI - ME. (L &**

R GAMES LTDA. - EPP), CCICMS nº 16.138.556-7, fixando o crédito tributário exigível no importe de **R\$ 327.660,94** (trezentos e vinte e sete mil seiscentos e sessenta reais e noventa e quatro centavos) sendo **R\$ 163.830,47** (cento e sessenta e três mil, oitocentos e trinta reais e quarenta e sete centavos), de ICMS, por infringência aos **art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c art. 646**, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração de igual quantia, com fulcro no **art. 82, inciso V, alínea “a”** da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que CANCELO, por indevida, a quantia de R\$ 259.490,16, sendo R\$ 38.322,41, de ICMS, e R\$ 221.167,75, de multa por infração.

Registre-se que parte do crédito tributário foi pago conforme DAR

de fl.404.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de julho de 2015.

PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA
Conselheira Relatora