Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 071.707.2013-2
Recurso /HIE/CRF-644/2014
RECORRENTE: GERÊNCIA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP
RECORRIDO: RESTAURANTE SABOR GAUCHO LTDA.
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
AUTUANTE: ANTÔNIO ANDRADE MOURA.
RELATORA: CONS.ª DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. OMISSÃO DE VENDAS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. MANTIDA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. REDUÇÃO DA PENALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O procedimento de auditoria utilizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte fez confirmar a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do levantamento da Conta Mercadorias.
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.
Confirma-se a providência da instância monocrática que, considerando o princípio da retroatividade da lei mais benigna, promoveu “ex officio” a redução da 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.

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

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, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO,** para manter a sentença prolatada na instância singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000780/2013-58**, lavrado em 31 de maio de 2013 (fl. 3), contra a empresa **RESTAURANTE SABOR GAUCHO LTDA.,** CCICMS nº 16.140.422-7, declarando devido o crédito tributário, no montante de **R$ 26.037,52 (vinte e seis mil, trinta e sete reais, cinquenta e dois centavos),** sendo os valores, de ICMS, **R$ 13.018,76 (treze mil, dezoito reais, setenta e seis centavos),** por infringência aos artigos 158, I, e 160, I c/c os art. 643, §4º, II e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e da multa por infração, **R$ 13.018,76 (treze mil,**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

dezoito reais, setenta e seis centavos), com fulcro no art. 82, inciso V, “a” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho **CANCELADA,** por indevida, a quantia de **R$ 13.018,76,** atítulo de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

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 22 de julho de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENGRO, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

Relatório

Trata-se de Recurso Hierárquico interposto, conforme previsão do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou **parcialmente procedente** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000780/2013-58, lavrado em 31 de maio de 2013 (fl. 3), contra a empresa RESTAURANTE SABOR GAUCHO LTDA.,CCICMS nº 16.140.422-7, nos autos, devidamente qualificada, em razão das seguintes infrações:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

· **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS** >>> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias. Exercício 2011.

· **OMISSÃO DE VENDAS**>>Contrariando dispositivos legais, o contribuinte 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 decorrência da acusação, foi constituído, na peça acusatória (fl. 3), o crédito tributário, no valor de **R$ 39.056,28**, sendo **R$ 13.018,76,** de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, e 160, I c/c os art. 643, §4º, II e art. 646, todos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R$ 26.037,52,** de multa, por infração estabelecida no artigo 82, V, "a" da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 4 a 19, dos autos.

A citação do autuado foi feita pessoalmente, em 11 de junho de 2013, fl.4. O contribuinte tornou-se revel, consoante Termo de Revelia, lavrado em 16 de julho de 2013, fl. 20, dos autos.

Após informação fornecida pela autoridade preparadora de haver antecedentes fiscais, fl.21, com informação de reincidência, os autos foram conclusos e remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, que, em medida de saneamento, solicitou a juntada aos autos do procedimento fiscal – Levantamento Financeiro, exercício 2011, fl. 23, dos autos.

Após saneamento, os autos retornaram à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuídos à julgadora monocrática, Gílvia Dantas Macedo, que, após análise do libelo basilar, julgou-o PARCIALMENTE PROCEDENTE, informando que a lei específica que cuida da penalidade, ao caso em comento, sofreu alteração, cuja circunstância resultou em redução do quantum a ser exigido do contribuinte, mais favorável ao contribuinte, desde que não esteja definitivamente julgado.

Traz, em sua decisão, um ajuste no valor do credito tributário para **R$ 26.037,52**, sendo **R$ 13.018,76,** de ICMS, e **R$ 13.018,76,** de multa.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Cientificada, regularmente, da decisão singular, fl. 38, via Edital nº 033-2014- NCCDI/RRJP, publicado no DOE, em 18.5.2014, a autuada não se manifestou.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, foram estes distribuídos, a mim, para apreciação e julgamento.

Este 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 oficio, porquanto assim concluiu, ao fundamento que a revelia tem o efeito de confissão tácita diante da acusação, e também reduziu de ofício a multa por infração originalmente sugerida no libelo basilar, ao amparo 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 º 10.008/2013).

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13**,** não ensejando nulidade, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos:

"Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no "caput", não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas (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.

Em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar as razões meritórias e motivadoras da decisão proferida pela instância *a quo*, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões em que se pretende fundamentar a decisão deste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais acerca do recurso hierárquico em análise.

É cediço que a revelia do sujeito passivo ratifica seu reconhecimento tácito à acusação imposta na peça vestibular. Inteligência que emerge do artigo 344 do Código de Processo Civil (CPC), perfeitamente aplicado no Processo Administrativo Tributário, que assim dispõe: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Entretanto, tomando como base o Princípio da Oficialidade, que determina à Administração Tributária o **poder-dever** de proceder *ex-officio* os ajustes necessários para corrigir seus atos, sempre que estes estejam eivados de vícios, resta-nos a apreciação e a análise sobre as infrações, consignadas na peça basilar.

Em relação ao mérito da ação, a fiscalização efetuou o levantamento Conta Mercadorias- exercício 2011.

A acusação em análise versa sobre diferença tributável levantada em Conta Mercadorias, onde o contribuinte, por não apresentar escrita contábil regular, ficou impossibilitado de apurar o lucro real, ficando, nos termos da legislação em vigor, obrigado a guardar uma margem de vendas num percentual de 30% sobre os valores obtidos para o CMV.

Mediante o arbitramento do lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas, a fiscalização efetuou o confronto deste com a Receita de Vendas, apontando uma diferença tributável, representativa de **que ocorreu saídas de mercadorias tributáveis**, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, §§3ºe 4º, inciso II, do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, abaixo transcritos:

“Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

§3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não esteja obrigado ao regime de tributação com base no lucro real e tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

(...)

II- o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular.” (g.n.)

Como se observa, o contribuinte, que não esteja obrigado ao regime de tributação pelo lucro real, deve guardar uma margem de vendas, em um percentual mínimo de 30% sobre o CMV, para fazer frente às despesas do estabelecimento.

Dessa forma, infere-se que o contribuinte omitiu saídas tributáveis e, consequentemente, deixou de efetuar o pagamento do imposto devido, contrariando o que determinam os arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

“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;”

In casu, depois de procedida a análise das provas do processo, não foram encontrados nenhuns vícios aparentes que viessem a macular o feito fiscal. Assim, quanto ao exercício fiscalizado, por essa técnica, os valores detectados na peça basilar mostram-se intactos, não havendo alterações e ajustes a serem feitos.

No caso em tela, verifica-se que, por se tratar de uma presunção *juris tantum*, o ônus probante se inverte para a empresa, que através de provas materiais, das quais é detentora, pode ilidir a acusação, fato não ocorrido, haja vista que o contribuinte tornou-se revel, sem exercer seu direito de defesa, conforme o art. 708 do RICMS.

Registre-se, ainda, que a matéria em apreço tem entendimento consubstanciado em posicionamento já firmado por esta Colenda Corte Fiscal, a exemplo do Acórdão infracitado:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

“RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – CONTA MERCADORIAS - MANTIDA A DECISÃO SINGULAR – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

A Conta Mercadorias é uma aferição matemática que tem como resultado, após o arbitramento do lucro bruto com lastro no confronto entre os estoques, entradas, saídas e CMV, em face da diferença tributável verificada, a constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis -Procedência da acusação.

Acórdão 396/2012. Recurso VOL/CRF- nº 236/2011.

Relator: Cons. Rodrigo Antônio Alves de Araújo.”

Dessa forma, esta relatoria entende que a técnica aplicada pelo autuante é legítima e os lançamentos efetuados são verdadeiros.

No caso da segunda delação, **omissão de vendas**, verificada nos meses de dezembro de 2008, janeiro a setembro de 2009 e março de 2010, vislumbra-se a legitimidade e legalidade da técnica aplicada pela fiscalização, a qual enseja a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis lastreada na presunção legal esculpida no **art. 646** do RICMS/PB*, in verbis*:

“**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. “(grifo nosso)

Assim, quando da constatação de diferença no confronto realizado entre as informações das administradoras de cartões de crédito com o valor informado e declarado pela empresa, faz-se materializar a ocorrência de omissão de saídas tributáveis derivadas de vendas realizadas através de cartão de crédito sem a competente emissão documental para efeito de registro do valor da operação para tributação, ensejando assim infração aos ***art. 158, inciso I, art. 160, inciso I,*** ambos do RICMS/PB, conforme transcrição *ipsis litteris* abaixo:

“**Art. 158**. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

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

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I **- antes de iniciada a saída das mercadorias**;”

No que tange a esta acusação, verifica-se que, por se tratar de uma presunção *juris tantum*, o ônus probante se inverte para a empresa, que através de provas materiais, das quais é detentora, poderá ilidir a presunção, fato não ocorrido.

Caracteriza-se regular a ação fiscal atinente, pelo que, nada há a reparar relativamente aos valores do ICMS levantados, principalmente diante dos documentos acostados, pois se tratam de valores fiscais de apuração declarados em – GIM, que oferecem suporte legal à exação fiscal em pauta, e da falta de provas da sua improcedência.

Dessa forma, confirma-se 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, visto 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.

Por último, impõe-se corroborar a iniciativa da primeira instância, que aplicou as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13), com efeitos a partir de 1/9/2013, 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, 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 Acordão 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 valores de 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

da redução da multa por infração, em face da vigência da Lei n° 10.008/2013.”

Logo, está-se ante a um procedimento legalmente embasado e com instrumentos probantes suficientes, de forma que ratifico a decisão proferida pela instância monocrática que manteve a procedência parcial desta acusação, resultando nos seguintes valores:

EX POSITIS,

V O T O – Pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO,** para manter a sentença prolatada na instância singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000780/2013-58**, lavrado em 31 de maio de 2013 (fl. 3), contra a empresa RESTAURANTE SABOR GAUCHO LTDA**.,** CCICMS nº 16.140.422-7, declarando devido o crédito tributário, no montante de **R$ 26.037,52 (vinte e seis mil, trinta e sete reais, cinquenta e dois centavos),** sendo os valores, de ICMS, **R$ 13.018,76 (treze mil, dezoito reais, setenta e seis centavos),** por infringência aos artigos 158, I, e 160, I c/c os art. 643, §4º, II e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e da multa por infração, **R$ 13.018,76 (treze mil, dezoito reais, setenta e seis centavos)**, com fulcro no art. 82, inciso V, “a” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho **CANCELADA,** por indevida, a quantia de **R$ 13.018,76,** atítulo de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de julho de 2016.

DOMÊNICA COUTINHO DE S. FURTADO
Conselheira Relatora

Phoca PDF