



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

PROCESSO N° 128.322.2012-6

Recurso VOL/CRF N.º 111/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC.FISCAIS - GEJUP

Recorrida: WAGNER DE LIMA BRAGA SILVA

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: LUIZ GUSTAVO DA FONSECA LAPENDA

Relatora: CONS. ROBERTO FARIAS DE ARAUJO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. CARTÃO DE CRÉDITO. AJUSTES REALIZADOS NO PERCENTUAL DA MULTA. REFORMADA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

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 do relator, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para alterar quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002713/2012-97**, lavrado em 31.10.2012, contra **WAGNER DE LIMA BRAGA SILVA.**, CCICMS nº **16.142.585-2**, o crédito tributário exigível para o montante de **R\$ 9.156,82 (nove mil, cento e cinquenta e seis reais, oitenta e dois centavos)**, alterando-se os valores de ICMS para **R\$ 4.578,41 (quatro mil, quinhentos e setenta e oito reais, e quarenta e um centavos)**, por infringência aos art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c o art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e da multa por infração **para R\$ 4.578,41 (quatro mil, quinhentos e setenta e oito reais, e quarenta e um centavos)**, com fulcro no art. 82, inciso V, alínea "a" da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 2.289,22** , 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 20 de março de 2015.

Roberto Farias de Araújo

Cons. Relator

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

Relatório

Cuida-se do **RECURSO HIERÁRQUICO**, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/13,

contra decisão monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002713/2012-97, lavrado em 31.10.2012, contra **WAGNER DE LIMA BRAGA SILVA**, em razão de descumprimento de obrigação principal, assim descrita no libelo basilar:

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 instituição financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Pelo fato, foi enquadrada a infração no **art. 158, inciso I, e no art. 160, inciso I, c/c o art. 646**, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, c/c os **art. 9º e 10º** da Res. CGSN Nº 030, de 07.02.08, e/ou artigos 82 e 84 da Res. CGSN Nº 094/2011, sendo proposta aplicação de multa por infração com fulcro no **art.87, II**, da Res. CGSN nº 030 de 7. 2.2008 e ou nº 094/2011, perfazendo um credito tributário no valor de **R\$ 11.446,04**, sendo **R\$ 4.578,41**, de ICMS, e **R\$ 6.867,63**, de multa.

Cientificada da acusação, por via postal, Aviso de Recebimento- AR, em 13.11.2011, fl.3, a acusada não se manifestou no prazo legal, tendo sido lavrado o Termo de Revelia em 19.12.2012, fl. 11.

Sem informações de antecedentes fiscais, fl. 12, os autos conclusos foram remetidos à instância prima que, em medida de saneamento solicitou ao fiscal atuante, em cumprimento à Portaria nº 113/GSER, publicada no Diário Oficial em 11. 5.2012, que efetuassem a lavratura da REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS, que posteriormente fosse apensada aos autos.

Conforme informação fiscal, em cumprimento à diligência solicitada pela instância “a quo”, o fiscal atuante informa que no auto de infração em comento, a penalidade sugerida refere-se ao art.87, II, da Res. CGSN nº 030 de 7.2.08 e ou nº 94/2011, dispositivos legais não inclusos na Portaria 113/GSER.

Após saneamento, os autos conclusos foram distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que, após a análise, julgou o libelo basilar **PARCIALMENTE PROCEDENTE**.

Com as alterações propostas pela decisão monocrática, o crédito tributário remanescente foi fixado em R\$ 9.158,48, conforme notificação, fl. 30, dos autos.

Cientificada, regularmente, da decisão singular em 2 de janeiro de 2014, fl. 31, via Aviso de Recebimento, a autuada não se manifestou.

Em medida de contra-arrazoado, à fl. 38, o autor da peça acusatória manifestou entendimento concordante com a decisão singular.

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

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

Trata-se de Recurso Hierárquico contra a decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002713/2012-97, lavrado em 31.10.2012, sobre denúncia de descumprimento de obrigação principal, ocasionada por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, verificadas através da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, no período de setembro, novembro e dezembro de 2008, janeiro, fevereiro, abril, julho a outubro de 2009, cujo resultado do crédito tributário está demonstrado às folhas 4 a 10 dos autos.

No caso em apreço, 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:

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

Diante do dispositivo legal supracitado, a ocorrência da infração se verifica por presunção legal *juris tantum* de omissões de saídas. O ônus probante se inverte para a empresa, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham às acusações.

O recorrente não fez uso do seu direito de provar a improcedência da presunção referente a esse lançamento, visto que não apresentou qualquer peça de defesa no presente processo.

É cediço que a revelia do sujeito passivo ratifica seu reconhecimento tácito à acusação imposta na peça vestibular. Inteligência que emerge do artigo 319 do Código de Processo Civil (CPC), perfeitamente aplicado no Processo Administrativo Tributário, que assim dispõe: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

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

Ao perquirirmos as peças dos autos, mormente o demonstrativo acostado pelo autor do feito às folhas 6 e 7 do processo, observamos um equívoco, haja vista ter sido aplicada a alíquota de 1,25% nas operações relativas ao período de setembro de 2008, conforme orientava a Instrução Normativa nº 15/2012/GSER, de 27 de agosto de 2012, tendo a autuação ocorrido em 31.10.2012.

No exame das peças dos autos, no que tange ao julgamento de primeira instância, vislumbramos, que na época, o entendimento dos órgãos julgadores, se embasava na mesma norma supracitada, que em seu art. 2º, I, estabelecia que no primeiro período de ocorrência da irregularidade fiscal, para contribuintes enquadrados no regime de pagamento do Simples Nacional, o respectivo imposto deve ser cobrado dentro do referido regime. Cita-se:

Art. 2º No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será tratado fora do Simples Nacional, com a aplicação da alíquota respectiva para a operação ou prestação definida no

Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997, obedecendo aos critérios a seguir:

I - no primeiro período da ocorrência de falta de emissão de documento fiscal de venda ou prestação de serviço, o imposto relativo à operação ou prestação será cobrado por dentro do Simples Nacional;

Assim sendo, foi mantida a alíquota aplicada sobre a diferença tributável apurada no mês de setembro de 2008, conforme inicialmente imposto na inicial, e sua respectiva penalidade consoante o art. 16, II da Res. CGSN nº 30/2008, *in verbis*, devendo, exclusivamente, ser aplicada a alíquota de 17 % para as demais diferenças apuradas.

Art. 16. O descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

(...)

II - 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964 (art. 44, I e § 1º, da [Lei nº 9.430, de 1996](#), e com a Redação dada pela [Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007](#)), independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis;

Ocorre que, a supramencionada instrução normativa foi alterada pelas IN nº 007/2013 e IN nº 009/2013 da GSER-PB, dando tratamento semelhante ao das demais pessoas jurídicas, àquelas empresas que incorressem em omissões detectadas em ação fiscal.

Partindo dessa premissa, infere-se que o contribuinte autuado por se encontrar inserido no Regime do Simples Nacional, onde importa esclarecer que a acusação de omissão de saídas de mercadorias 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 7/2/2008, 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:

[...]

- a) 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, onde faço necessário invocar a prescrição do art. 144 do CTN, senão vejamos:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (g.n.).

Pois é sabido que este Colegiado já se posicionou em outras decisões, no sentido de manter a observância da legislação aplicáveis as demais pessoas jurídicas quando da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, conforme edição do Acórdão CRF nº 390/2013, da lavra do eminente Cons. Rodrigo Antônio Alves Araújo, que assim dispõe:

RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO -CARTÃO DE CRÉDITO – PRESUNÇÃO

LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS - AJUSTES REALIZADOS NO PERCENTUAL DE MULTA – REFORMADA DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. “*In casu*”, o pagamento já realizado em face da notificação para recolhimento do ICMS teve por cerne a alíquota do simples nacional, cabendo a complementação do imposto em razão do novo critério da Secretaria de Estado da Receita, que determinou através da Instrução Normativa nº 009/2013/GSER a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas. Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

Assim, devo modificar o entendimento exarado no julgamento singular, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o libelo basilar em análise, em virtude da nova dicção do art. 2º da Instrução Normativa 015/2012/GSER-PB, alterada pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 009/13 (DOE de 08.11.13), transcrita abaixo, mantendo intactas às alíquotas aplicadas na exordial.

“**Art. 2º** No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.” (g.n.)

Contudo, no que diz respeito ao crédito tributário referente ao mês de setembro de 2008, onde foi aplicada a alíquota de 1,25%, na impossibilidade legal de ser exigida nos autos do presente recurso a diferença a maior do crédito tributário corretamente apurado, em relação ao valor constante do auto de infração em tela, sob pena de atropelamento dos princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, a exação somente pode se dar através de outro auto de infração, que efetue o lançamento dos créditos tributários de ICMS relativos à diferença em comento, entretanto, o feito não poderá ser realizado pela fiscalização, em razão do instituto da decadência.

No entanto, é de suma importância ressaltar que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, reduzindo-se a multa do percentual de 150% para 100 %, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, necessário se faz a aplicação da redução da multa por infração no percentual de 100%, disciplinada na inteligência emergente do art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito, a partir de 01/09/2013. Desse modo, o art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96 passa 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,

(...)

Desta forma, entendo que se justifica a manutenção da decisão singular no tocante ao valor do ICMS e da multa, com relação aos cálculos elaborados. Ficando assim constituído:

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
OMISSÃO DE VENDAS	01/09/2008	30/09/2008	3,31	3,31	6,62
OMISSÃO DE VENDAS	01/11/2008	30/11/2008	307,53	307,53	615,06
OMISSÃO DE VENDAS	01/12/2008	31/12/2008	3.196,16	3.196,16	6.392,32
OMISSÃO DE VENDAS	01/01/2009	31/01/2009	31,54	31,54	63,08
OMISSÃO DE VENDAS	01/02/2009	28/02/2009	317,89	317,89	635,78
OMISSÃO DE VENDAS	01/04/2009	30/04/2009	440,73	440,73	881,46

OMISSÃO DE VENDAS	01/07/2009	31/07/2009	167,07	167,07	334,14
OMISSÃO DE VENDAS	01/08/2009	31/08/2009	79,95	79,95	159,90
OMISSÃO DE VENDAS	01/09/2009	30/09/2009	16,24	16,24	32,48
OMISSÃO DE VENDAS	01/10/2009	31/10/2009	17,99	17,99	35,98
TOTAL			4.578,41	4.578,41	9.156,82

EX POSITIS,

V O T O – Pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para alterar quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002713/2012-97**, lavrado em 31.10.2012, contra **WAGNER DE LIMA BRAGA SILVA.**, CCICMS nº 16.142.585-2, o crédito tributário exigível para o montante de **R\$ 9.156,82 (nove mil, cento e cinquenta e seis reais, oitenta e dois centavos)**, alterando-se os valores de ICMS para **R\$ 4.578,41 (quatro mil, quinhentos e setenta e oito reais, e quarenta e um centavos)**, por infringência aos art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, c/c o art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e da multa por infração **para R\$ 4.578,41 (quatro mil, quinhentos e setenta e oito reais, e quarenta e um centavos)**, com fulcro no art. 82, inciso V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 2.289,22**, atítulo de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 20 de março de 2015.

ROBERTO FARIAS DE ARAUJO
Conselheiro(a) Relator(a)

Este texto não substitui o publicado oficialmente.