



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

Processo nº 102.234.2013-1

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 807/2014

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

2ª Recorrente: FRANCISCO R. O. AGUIAR FILHO

1ª Recorrida: FRANCISCO R. O. AGUIAR FILHO

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE C. GRANDE.

Autuante: NARA SILVA.

Relatora: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA.

ACUSAÇÕES DIVERSAS. PRELIMINARES REJEITADAS. CRÉDITO INEXISTENTE. FALTA DE AMPARO DOCUMENTAL. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. CONTA MERCADORIAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. OMISSÃO DE VENDAS. PRESUNÇÃO RELATIVA NÃO ELIDIDA. CONFIRMAÇÃO DAS INFRAÇÕES. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MENOS SEVERA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS HIERÁRQUICO VOLUNTÁRIO.

- Confere-se rejeição às preliminares suscitadas, visto que o fato de as administradoras e operadoras de cartões de crédito informarem ao Fisco o valor das operações de vendas por este realizadas consiste de procedimento legal de natureza puramente operacional que, devido à sua previsão na legislação de regência, não caracteriza quebra de sigilo bancário. Noutra seara, verifica-se inexistência de cerceamento do direito de defesa, dado que, além de terem sido abertas à autuada as oportunidades legalmente estabelecidas para exercício desse direito, o lançamento de ofício se fez acompanhar da documentação instrutória apta a proporcionar conhecimento dos fatos apurados.

- Reputa-se devido pagamento do ICMS decorrente da apropriação de créditos inexistentes, porque efetuada sem amparo documental. - Confirmado que as aquisições de mercadorias em operações interestaduais se verificou com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas presumidas mediante a falta de registro das respectivas notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente a contraprova nos autos. - A diferença tributável constatada no Levantamento da Conta Mercadorias repercute omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cuja prova da improcedência, que compete ao acusado, em decorrência da inversão desse ônus, por este não foi efetuada. Mantida a acusação fiscal baseada nesse procedimento de apuração da falta. - 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 relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a qual restou inafastada ante insuficiência das provas da sua improcedência. - Confirmada a redução da penalidade, em face a retroatividade da lei posterior mais benigna.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento 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 *desprovemento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.00001212/2013-74, de fl. 12, lavrado em 31/7/2013, contra o contribuinte autuado, FRANCISCO R. O. AGUIAR FILHO, inscrito no CCICMS sob nº 16.125.381-4, devidamente qualificado nos autos, e declarar como devido o ICMS no valor de R\$ 208.569,86 (duzentos e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos), por infração aos artigos 72 e 73, c/c o art. 77, além dos arts. 158, I e 160, I, c/c os arts. 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R\$ 208.569,86 (duzentos e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos), nos termos dos arts. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008.2013, perfazendo um crédito tributário no total de R\$ 417.139,72 (quatrocentos e dezessete mil, cento e trinta e nove reais e setenta e dois centavos).

Ao mesmo tempo mantenho cancelado, por irregular, o montante de R\$ 208.569,86 (duzentos e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração, pelos fundamentos acima expedidos.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de maio de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, ÁUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente) e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os Recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001212/2013-74 (fls. 12), lavrado em 31 de julho de 2013, onde o contribuinte autuado, FRANCISCO R. O. AGUIAR FILHO, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

- CRÉDITO INEXISTENTE - Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou credito(s) de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa – O contribuinte utilizou crédito de ICMS Antecipado (Garantido), cujo pagamento não consta informação de recolhimento no sistema da Secretaria.

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa – Cobrança de ICMS por falta de lançamento de notas fiscais caracterizando omissões de saídas pretéritas.

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 de levantamento da Conta Mercadorias.

Nota Explicativa – Levantada diferença tributável com base nas informações do sistema ATF.

- *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.*

Nota Explicativa – Foi realizado o confronto considerando as informações das operações com relação à matriz e à filial, sendo a filial inscrita como depósito fechado, somamos o valor das informações da matriz com o da filial.

De acordo com a referida peça acusatória, as irregularidades teriam acontecido no durante os exercícios de 2008 e 2009.

Por considerar infringido o art. 73 c/c o art. 77, além dos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 208.569,86, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 417.139,72, nos termos dos arts. 82, V, “a”, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 3 a 11 e 13 a 48: Ordem de Serviço Normal, Informação Fiscal, Termo de Início de Fiscalização, Notificação nº 23733/2013, emissão em 21/6/2013, e seu correspondente Aviso de Recebimento (RM 76877077 4 BR), demonstrativos dos procedimentos de fiscalização aplicados (Conta Mercadorias/2008/2009, Levantamento Financeiro e seu Detalhamento/2008/2009, Reconstituição da Conta Corrente/2008/2009, Recibo Oficial de Entrega/GIM Dados Anuais/2007/2008/2009, Extrato de Pagamento por Contribuinte, Frente GIM/Normal (períodos de fev, e mar./2008), relação de valores correspondentes a entradas e saídas de mercadorias com as respectivas bases de cálculo e valor do imposto/2008/2009, Relação de Notas Fiscais de Entradas Não Lançadas, Demonstrativo de Pagamentos Mediante Cartão de Crédito/Débito, Detalhamento da Consolidação ECF/TEF x GIM, referente à atuada (matriz) e à sua filial (depósito fechado), Demonstrativo de Inconsistência nas Declarações GIM e DASN, Declaração de Nota Fiscal de Saída, procuração por instrumento particular e Termo de Encerramento de Fiscalização.

Cientificada do resultado da ação fiscal, em 12/8/2013, conforme atesta o Aviso de Recebimento nº RM 76877578 5 BR, anexado ao auto infracional, a atuada apresenta defesa tempestiva, (fls. 50 – 70), em 11/9/2013, onde requer inicialmente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao fundamento da sua interposição reclamatória, e na sequência, alegando as razões da sua discordância do lançamento de ofício, requer a anulação do libelo basilar.

Junta documentos às fls. 71 – 200: Contrato Social, comprovante de inscrição no CNPJ, RG e CPF de seu representante legal (sócio), Procuração, comprovante de recolhimento do ICMS/Fevereiro/2008, livros Registro de Saída, Registro de Entradas e Registro de Apuração do

ICMS.

Instado a se pronunciar, o autuante o faz, às fls. 202 – 207, registrando, inicialmente, que a autuada não apresentou a documentação solicitada mediante Termo de Início de Fiscalização, assinado por esta em 30/4/2013, tampouco requerida por meio de notificação posterior (Notificação nº 23733, fls. 10, 11 e 167), recebida pela destinatária em 12/6/2013, o que deu causa à autuação do contribuinte sob o fundamento de este ter cometido embaraço à Fiscalização, e motivou a realização dos trabalhos de auditoria, para verificação do cumprimento das demais obrigações da reclamante, com base nas informações contidas nos sistema ATF, desta Secretaria.

Acresce que os livros fiscais – Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração – emitidos em processamento de dados, o que é permitido desde que se obedecem às normas fixadas no RICMS/PB, verificou-se que estes livros não exibem os respectivos Termos – Abertura e Encerramento -, onde deveria constar a autenticação da repartição do seu domicílio fiscal, mas em consulta ao ATF (fls. 168 – 170), ficou evidenciada a inexistência da referida autenticação, caracterizando, assim, inobservância ao disciplinamento dos arts. 119, III, 322 e 323.

Aduz, ainda, que:

- o resultado apurado mediante a operação cartão de crédito foram computadas as diferenças tributáveis da matriz e da sua filial, que está inscrita como depósito fechado;

- quanto ao crédito inexistente, foi promovida a conferência dos créditos utilizados pelo contribuinte, na sua GIM referente ao mês 2/2008, onde se constatou que foi utilizado um crédito no valor de R\$ 4.855,30, que corresponde a ICMS Garantido Recolhido em 15/2/2008, e também se observou que este valor foi utilizado em “Outros Créditos”, em 3/2008, porém analisando o extrato de pagamento (fl. 19) não encontramos nenhum novo pagamento nesse montante, donde se conclui que ocorreu duplicidade na apropriação desse crédito, isto é, em fevereiro e março/2008.

Ao final, ressaltando que a reclamante não apresenta provas capazes de infirmar ou modificar o feito fiscal, pugna pela manutenção deste.

Após a prestação de informação sobre a existência de antecedentes fiscais (fl. 210), os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 211), onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela regularidade formal do auto infracional, por entender que o lançamento de ofício preenche os requisitos legais de constituição e validade, e quanto ao mérito concluiu pela inexistência de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal, a qual decidiu por manter parcialmente, ao reduzir de ofício a penalidade aplicada, acostando o decisório no princípio da retroatividade da lei mais benigna, ante o advento de

lei posterior que estabelece sanção mais branda aplicável ao caso.

Assim, julgou parcialmente procedente o auto de infração, passando, o crédito tributário a se constituir do montante de R\$ 417.139,72 (quatrocentos e dezessete mil, cento e trinta e nove reais e setenta e dois centavos), dividido em valores iguais de ICMS e multa infracional.

Seguindo os trâmites processuais, deu-se a interposição de recurso hierárquico (fl. 220) e à autuada foi efetuada a regular ciência da decisão monocrática (conforme atesta a notificação e o Aviso de Recebimento, de fls. 223 e 224), a autuada recorre tempestivamente a esta Corte de Julgamento (peça recursal de fl. 226), requerendo o cancelamento do auto de infração, em face dos seguintes fatos que alega:

- preliminar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao fundamento do art. 151, III do CTN.

- quanto ao mérito, que há impossibilidade de se apurar créditos tributários visto que sua apuração se fez mediante quebra ilegal de sigilo bancário, vez que se procedeu sem autorização judicial, ferindo os direitos previstos no art. 5º, X e XI da Constituição Federal/1988, o inquina de vício de inconstitucionalidade a acusação fiscal;

- apesar da redução da penalidade efetuada na instância preliminar, esta ainda padece de caráter confiscatório, visto que continuam sendo claramente excessivas e, por isso, pede que se digne de excluí-la, decretando a nulidade do auto de infração;

- cerceamento do seu direito de defesa, haja vista a ausência de informações e de elementos fundamentais, gerando incerteza quanto à autuação, acarretando o desconhecimento sobre a forma de apuração dos números apresentados nas planilhas, bem como culminando na falta de clareza quanto ao critério utilizado para caracterização do momento de saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal e de onde foram extraídos os valores apontados pela Fiscalização como supostamente omitidos;

- inexistência de omissão de saídas por falta de lançamento de nota fiscais, tendo em vista a comprovação da sua escrituração e a apuração do imposto;

- inexistência de omissão de receitas, uma vez que a incidência do imposto somente ocorre no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, independentemente da forma de pagamento, no caso, devido ao objeto da atividade comercial, que se constitui na venda de móveis, “o cartão é

passado na hora de fechamento da venda e a nota só é emitida no ato da entrega”;

- existência de ilegalidade e inconstitucionalidade na cobrança do ICMS sobre a taxa administrativa cobrada pela administradora de cartões de crédito/débito sobre as vendas pagas mediante esse meio.

Com essas considerações, pede que seja anulado o auto de infração e junta documentos às fls. 243 – 354: contrato societário; comprovante de inscrição no CNPJ, documentos de identificação do representante legal (RG e CPF/MF), Procuração por instrumento particular e livros fiscais (Reg. de Saídas, Reg. de e Reg. de Apuração do ICMS).

Remetidos os Autos a esta Casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria para apreciação e decisão.

Está relatado.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de práticas ilegais cuja análise passo a efetuar conforme a sequência das acusações postas na peça vestibular.

Antes, porém, de debruçar-me sobre as questões de mérito, cumpre 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 (Aplicação do art. 142 do CTN).

Cumpr, ainda, declarar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013. Diante do que, reputa-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário em questão (Aplicação do art. 151, III, do CTN).

No tocante à preliminar manejada, segundo a qual o auto de infracional estaria viciado por se fundamentar em prova ilícita, que assim se caracterizaria devido a quebra irregular do sigilo bancário da recorrente, visto que obtida sem autorização judicial, o que suscitaria, liminarmente, sua nulidade, rejeito-a de plano, posto não se tratar de quebra do sigilo bancário do contribuinte o fato de as administradoras e operadoras de cartões de crédito informarem ao Fisco o valor das operações de vendas por este realizadas, cujo pagamento se efetuou mediante cartões de crédito ou de débito com as quais opera.

Trata-se de procedimento legal de natureza puramente operacional, porque correlacionada ao faturamento da empresa, previsto no RICMS/PB, no *caput* do art. 389, *in verbis*:

“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 (Decreto nº 28.259/07)”.

Por tais fundamentos, reputa-se legítimo o procedimento objeto da preliminar aventada.

No que concerne ao argumento sobre cerceamento do direito de defesa, manejado pela recorrente, concluo que este não encontra respaldo nos fatos. Conforme bem observou a instância preliminar, em seus fundamentos de decidir, *“a autuada foi cientificada pessoalmente, em 30 de abril de 2013, do início do procedimento de fiscalização através do Termo de Início, às fls. 8, o qual solicitava entre outros a apresentação dos livros fiscais, bem como a convidava para participar dos trabalhos de auditoria, ou, ainda, a indicar pessoa para fazê-lo. Entretanto, não consta dos autos qualquer manifestação sua nos trabalhos realizados”.*

Além disso, a recorrente teve respeitado seu direito de defesa e o exerceu plenamente, tanto que apresentou reclamação na primeira instância e recorreu voluntariamente a esta egrégia Corte de Julgamento de Recursos Fiscais.

Em face desses fundamentos, improcedo o argumento recursal em referência.

Passemos ao mérito das questões.

CRÉDITO INEXISTENTE - Falta de amparo documental. Falta de recolhimento do ICMS. Período de fevereiro de 2008.

Trata-se do valor de R\$ 4.855,30, apropriado a título de crédito fiscal, consoante informação na GIM/Normal (fl. 21) referente ao período de 3/2008, sob a rubrica “Outros Créditos”, sem lastro comprobatório da ocorrência do fato que dá suporte.

Diversamente do crédito de ICMS/Garantido, que havia sido apropriado no mesmo valor, pago em 12/2007 (fl. 19) e legitimamente apropriado em 2/2008, dado que efetuado à luz da legislação de regência, o crédito objeto do libelo basilar não reúne os atributos aptos a lhe conferir regularidade.

Com efeito, o Resumo da Apuração do Imposto (fl. 116), do período de 3/2008, confirma a apropriação de crédito referente ao imposto antecipado, no valor de R\$ 4.855,30, enquanto o ICMS/Garantido, no valor de R\$ 4.590,87, cujo pagamento a autuada afirma ter realizado, na conformidade dos documentos de fls. 80 a 82, a fim de excluir o lançamento de ofício, não tem correlação com o imposto objeto da acusação fiscal.

O valor de R\$ 4.590,87, referente ao ICMS/Garantido e pago, conforme afirmativa recursal, foi apropriado no período de 4/2008, consoante comprova o Resumo de Apuração do Imposto, de fl. 118, nada tem a ver com o ICMS objeto da acusação fiscal. Observe-se a distinção entre o número da fatura, indicado do Extrato de Pagamento, de fl. 19, e o constante no comprovante de pagamento, cuja cópia consta na fl. 81.

Portanto, confirmo a decisão “a quo”, que manteve a correspondente exação fiscal contra a qual a recorrente não se manifestou especificamente na sua peça recursal.

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS TRIBUTÁVEIS – Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição/entradas de mercadorias. Períodos de março, outubro e novembro/2008.

Sobre essa acusação, também corroboro o decisório da instância singular, inclusive quanto ao fundamento que a levou a decidir pela manutenção da delação fiscal, isto é, o de que os livros fiscais apresentados pela autuada não se prestam para excluir a ação fiscal, devido a falta de autenticação destes.

Aliás, a própria autuante teve o cuidado de consultar o sistema ATF, em 23/9/2013, a fim de verificar a existência ou não de requerimento de autenticação dos livros fiscais apresentados pela empresa. Todavia, a resposta à referida consulta indicou que até à citada data que, inclusive, sucede a da ciência do auto infracional em tela, somente havia requerimento de autenticação para livros referentes a 2005 e 2006, conforme atestam os documentos de fls. 168 – 170.

Aliás, qualquer autenticação nos livros fiscais existente após a ciência do auto infracional caracteriza falta de espontaneidade da recorrente e, assim sendo, não surte o efeito por esta pretendido, quanto à acusação fiscal em exame.

Diante do que, não há como aceitar como prova do lançamento das notas fiscais de entradas, relacionadas nas fl. 32 e com cópia nas fls. 177 - 200, os livros fiscais apresentados pela recorrente.

CONTA MERCADORIAS. Saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais. Exercício de 2009.

A Fiscalização realizou o levantamento da Conta Mercadorias, arbitrando o lucro de 30% (trinta por cento) sobre o custo das mercadorias vendidas, que resultou em diferença tributável, alicerçada em presunção de saídas sem pagamento do imposto, conforme determina o Regulamento, nos seus artigos 643, § 4º, II, 158, I, 160, I, ***in verbis***:

"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.

.....

§ 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, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular."

"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;"

É sabido, pois, que o Levantamento da Conta Mercadorias com arbitramento do lucro bruto é uma técnica de auditoria absolutamente legítima de que se vale a fiscalização para aferição da movimentação mercantil das empresas que possuem apenas escrita fiscal.

As diferenças apuradas na citada conta suportam o lançamento indiciário do ICMS devido, posto que firmam presunção de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Porém, como se trata de presunção relativa, admite a prova em contrário a cargo do contribuinte, uma vez que este é o possuidor de toda a documentação fiscal do estabelecimento que lhe pertence.

Todavia, identicamente à situação anterior, não há como aceitar como prova capaz de afastar a delação fiscal em referência os livros fiscais apresentados pela recorrente, dado ao fato da falta de autenticação destes ao até à data do seu recebimento do Termo de Início de Fiscalização.

Portanto, confirmo a decisão singular que manteve o lançamento de ofício em comento.

OMISSÃO DE VENDAS TRIBUTÁVEIS – Operação cartão de Crédito. Períodos de janeiro, maio, junho e dezembro de 2008.

Como se observa, a exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito, relativamente aos períodos acima citados.

Inicialmente, importa realçar a regularidade na técnica de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregada pela autoridade fiscal que demonstrou uma diferença tributável nos períodos acima citados, configurando a legitimidade da exigência sob a acusação de vendas de mercadorias sem

nota fiscal.

Efetivamente, considerando que na situação de depósito fechado da filial da autuada, somente a esta, matriz, compete a obrigação de emitir nota fiscal de venda, enquanto aquela – filial e depósito fechado - se restringe a emissão de nota fiscal de simples remessa, que deve fazer referência à nota fiscal de venda, a fim de acompanhar a mercadoria até o seu adquirente, então reputa-se correta a providência da Fiscalização quando no procedimento fiscal esta adicionou ao comparativo, de fl. 36, o valor informado pela operadora e o declarado pelo estabelecimento que operou as vendas efetuadas por ambos os estabelecimentos (matriz e filial, esta inscrita como depósito fechado), conforme atesta o Detalhamento da Consolidação ECF/TWEF X GIM, de fls. 37 – 40.

Desse resultado, alcançaram-se àquelas operações de venda que foram pagas por meio de cartão de crédito ou débito cujas mercadorias não foram faturadas, materializando a presunção legal de omissão de vendas, conforme redação do artigo 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, 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”.

Considerando a inversão do ônus da prova e, nesse cenário, ao perscrutar os elementos trazidos aos autos pela recorrente que, no intuito de excluir a acusação, afirma que não omitiu vendas, pois o ICMS somente incide no momento da saída da mercadoria do estabelecimento e, no caso da sua atividade mercantil (comercialização de móveis), a venda é efetuada e apenas 30 dias após, na saída da mercadoria, é emitida a nota respectiva fiscal, haja vista que o bem vendido vem de fora do Estado da Paraíba.

Todavia, a recorrente não apresenta provas do recolhimento do ICMS incidente sobre as vendas, cujo pagamento se verificou mediante cartão de crédito/débito, tampouco declarou ao Fisco os valores detectados nas informações prestadas pelas operadoras desse meio de pagamento. Nesse sentido, a instância preliminar procedeu a pertinente observação, com a qual corroboro:

“... esclareço que os valores detectados nas informações prestadas pelas operadoras deveriam ter sido informados à Secretaria de Estado da Receita e recolhido o imposto correspondente à operação comercial realizada. Não houve qualquer demonstração da empresa que o valor tenha sido recolhido posteriormente quando da suposta saída da mercadoria”.

Pois bem. Considerando que a recorrente não se desincumbiu *in totum* da responsabilidade da prova da improcedência da presunção, resta mantido, pois, o lançamento de ofício, no que toca ao ICMS devido.

Por oportunidade do julgamento de questão semelhante, este Conselho de Recursos Fiscais acolheu à unanimidade o voto da relatoria do Cons. Roberto Farias de Araújo, decidindo pelo desprovimento do Recurso Hierárquico nº 073/2011, conforme se constata no Acórdão nº 548/2015, cuja ementa transcrevo:

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DECLARAÇÃO DE VENDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. PRELIMINARES. NÃO ACOLHIMENTO. NÃO APRESENTAÇÃO DE ELEMENTOS CAPAZES DE DESCONSTITUIR A ACUSAÇÃO. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Aplica-se o Princípio da Aparência para se reputar válida a citação feita na pessoa de quem, na sede da empresa, apresenta-se como representante desta, recebendo a citação sem qualquer ressalva.

- Conjunto probatório suficiente para embasar a acusação e desta dar a conhecer para exercício do direito de defesa.

- 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. A apresentação de elementos incapazes de afastar a presunção acarretam a manutenção da delação fiscal.

- *Confirmada a redução da penalidade por força de lei posterior mais benigna.*”

No tocante ao argumento recursal de que a cobrança de ICMS incluiu a taxa administrativa cobrada pelas administradoras de cartão de crédito, esclareço que assertiva não encontra suporte de fato, porquanto o valor das vendas informado pelas administradoras de pagamento efetuado por esse meio consiste apenas do valor bruto da operação realizada, isto é, o valor que compõe a base de cálculo do ICMS.

PENALIDADE PECUNIÁRIA

Quanto à alegação de confisco manejada no recurso em foco, creio que a mesma não possui força para prosperar, visto que o agente administrativo, categoria onde se insere este órgão de julgamento, está adstrito ao princípio da legalidade administrativa. Portanto, somente pode agir nos limites da lei. Esta, enquanto válida e vigente, deve ser aplicada aos casos que a se adequam, como no caso em tela.

Assim, considerando a questão ainda não definitivamente julgada nesta Corte, impõe-se confirmar a decisão “a quo”, que nesse aspecto aplicou ao fato as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13) com efeitos a partir de 01/0/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício 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.

Nesse sentido, é cabível 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 multa por infração passa a ser calculado com base no percentual de 100%.

Desse modo, fixa-se o crédito tributário devido consoante os valores abaixo:

Crédito tributário devido

Infração	Exerc.	ICMS (R\$)	M. por Infr. R\$)	Total (R\$)
Créd. Inexistente	2/2008	4.855,30	4.855,30	9.710,60
Omiss. Saíd. (NF Ent. Não Lanç.	3/2008	1.723,55	1.723,55	3.447,10
Omiss. Saíd. (NF Ent. Não Lanç.	10/2008	725,56	725,56	1.451,12
Omiss. Saíd. (NF Ent. Não Lanç.	11/2008	570,30	570,30	1.140,60

Omiss. Saíd.(C. Merc.)	1/1 a 31/12/2009	188.882,27	188.882,27	377.764,54
Omissão de Vendas	1/2008	2.237,90	2.237,90	4.475,80
Omissão de Vendas	5/2008	1.418,42	1.418,42	2.836,84
Omissão de Vendas	6/2008	2.149,10	2.149,10	4.298,20
Omissão de Vendas	12/2008	6.007,46	6.007,46	12.014,92
Totais	-----	208.569,86	208.569,86	417.139,72

Diante do exposto,

VOTO pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento **n.º 933000008.09.00001212/2013-74**, de fl. 12, lavrado em 31/7/2013, contra o contribuinte autuado, FRANCISCO R. O. AGUIAR FILHO, inscrito no CCICMS sob nº 16.125.381-4, devidamente qualificado nos autos, e declarar como devido o ICMS no valor de R\$ 208.569,86(duzentos e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos), por infração aos artigos 72 e 73, c/c o art. 77, além dos arts. 158, I e 160, I, c/c os arts. 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R\$ 208.569,86(duzentos e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos), nos termos dos arts. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008.2013, perfazendo um crédito tributário no total de R\$ 417.139,72 (quatrocentos e dezessete mil, cento e trinta e nove reais e setenta e dois centavos).

Ao mesmo tempo mantenho cancelado, por irregular, o montante de R\$ 208.569,86 (duzentos e oito mil, quinhentos e sessenta e nove reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração, pelos fundamentos acima expedidos.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de
maio de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora