



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº001.878.2013-9

Recurso HIE/CRF nº 330/2016

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.

Recorrida:MÁRIO SÉRGIO SOLANO DE MACEDO.

Preparadora:SUBG.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG.DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuante:TARCIANA MUNIZ CARNEIRO.

Relatora:CONSª.NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. CARTÃO DE CRÉDITO. SIMPLES NACIONAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA E PENALIDADE, CONFORME A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DAS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO. TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL IMPROCEDENTE.

A acusação de omissão de saídas tributáveis decorrente das vendas declaradas pelo contribuinte serem inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito encontra amparo na legislação de regência.

Sendo apurada omissão de receitas, devem ser aplicadas as alíquotas e penalidades previstas na legislação de regência das demais pessoas jurídicas.

Ajustes realizados e a redução da multa acarretaram a sucumbência de parte do crédito tributário.

Não cabe a exclusão do regime do Simples Nacional, quando não for verificada prática reiterada da infração de falta de emissão de documento fiscal.

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 manter, integralmente, a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000021/2013-95, lavrado em 7/1/2013, contra a empresa MÁRIO SÉRGIO SOLANO DE MACEDO, inscrição estadual nº 16.124.047-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.649,28 (dois mil, seiscentos e quarenta e nove reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 1.324,64 (mil, trezentos e vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 158, I e 160, I; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, "f" e "g", da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 1.324,64 (mil, trezentos e vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013, bem como, ratificando a improcedência do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 56.252,14 (cinquenta e seis mil, duzentos e cinquenta e dois reais e quatorze centavos), sendo R\$ 18.312,11 (dezoito mil, trezentos e doze reais e onze centavos), de ICMS, e R\$ 37.940,03 (trinta e sete mil, novecentos e quarenta reais e três centavos), referentes à multa por infração.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, GILVIA DANTAS MACEDO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA e THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000021/2013-95, lavrado em 7/1/2013, contra a empresa MÁRIO SÉRGIO SOLANO DE MACEDO, inscrição estadual nº 16.124.047-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/2/2008 e 31/12/2011, constam as seguintes denúncias:

- 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

instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

- 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 instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Foram dados como infringidos: os arts. 158, I e 160, I c/c art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030 de 7/2/2008, com proposição da penalidade prevista no art. 82, “a” da Lei nº 6.379/96 e art. 16, da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II da Res. CGSN nº 094/2011, sendo apurado um crédito tributário de R\$ 58.901,42, composto de R\$ 19.636,75, de ICMS, e R\$ 39.264,67, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 23/1/2013, conforme AR (fl. 17), a autuada apresentou reclamação, tempestiva, em 20/2/2013 (fl. 19).

Lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional, em 9/1/2013 (fl. 3, vol II), com notificação ao contribuinte, por via postal, em 15/1/2013, conforme AR (fl. 4).

Na sua defesa, alega que é empresa de Pet Shop onde atua na venda de produtos e prestação de serviços de banho, tosa, assistência veterinária e outros. E que mediante os documentos apresentados, afirma que não omitiu vendas.

Ao final, requer a improcedência do auto de infração.

Por sua vez, a fazendária opôs contestação onde, após análise dos documentos apresentados, informa que o crédito tributário devido é de R\$ 4.967,94, de ICMS, sendo R\$ 1.655,98, e R\$ 3.311,96 de multa por infração (fls. 300-302).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 304), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Francisco Alessandro Alves, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 2.649,28, sendo R\$ 1.324,64, de ICMS, e R\$ 1.324,64, de multa por infração, com indicativo de recurso hierárquico para o Conselho de Recursos Fiscais (fls.306-321).

Na mesma sentença, o julgador singular se manifestou pela improcedência do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Notificado da decisão de primeira instância por via postal, em 2/8/2016, conforme AR (fl. 323), a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso hierárquico interposto contra decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o nº 93300008.09.00000021/2013-95, lavrado em 7/1/2013, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Omissão de Vendas Cartão de Crédito

Nesta acusação a fiscalização autuou o contribuinte ao constatar diferenças tributáveis entre as vendas por ele declaradas e as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito no período de 2/2008 a 12/2011, ensejando a presunção de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, conforme prevê o artigo 646 do RICMS/PB, *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 declaração 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 tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação.

Com efeito, a acusação descrita na peça basilar consiste na realização de um confronto entre as vendas declaradas à Receita Estadual pelo contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, identificando divergências que remetem à presunção de falta de recolhimento do imposto, por falta de emissão da correspondente nota fiscal, conforme entendimento dos artigos 158, I, e 160, I, 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; (g.n.).

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham à acusação.

No caso em comento, o procedimento fiscal baseou-se no relatório de Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM (fl. 8-10), onde se constata que as vendas informadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito foram superiores às vendas declaradas pelo contribuinte, evidenciando-se a realização de vendas sem emissão de documento fiscal e presumindo-se, na forma do art. 646 do RICMS/PB, saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Em primeira instância, diante da documentação apresentada pela reclamante e as alterações procedidas pela auditoria na contestação (fls. 300-302), o julgador singular exclui os valores dos períodos que foram objeto de parcelamento anterior, conforme relatório de saldo de parcelamento (fls. 12 a 15). Também foram excluídas as parcelas dos períodos onde foi demonstrada que as receitas do estabelecimento, respaldada nas Notas Fiscais (fls. 162-173) e valores expressos nos DASNs, superaram os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito, bem como, os valores representados pelas Notas Fiscais de Serviços (fls. 193, 195, 201-297).

Também, efetuou o ajuste da penalidade, conforme os novos patamares estabelecidos no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Portanto, ratifico a decisão de primeira instância, que se procedeu, conforme as provas constantes dos autos e os termos da legislação tributária em vigor.

Empresa Optante do Simples Nacional

Destaque-se que a fiscalização aplicou, corretamente, a alíquota de 17% (dezessete por cento), tendo em vista que as empresas integrantes do Simples Nacional, quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal, devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, como prevê o art. 13, §1º, XIII, “f”, da Lei Complementar 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: (g.n.).***

(...)

XIII - ICMS devido:

(..)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal. (g.n.).

No caso em análise, foi apurado que o contribuinte omitiu vendas em operações realizadas com cartão de crédito/débito, denotando operação realizada sem a emissão de documento fiscal. Logo, com base no dispositivo acima transcrito, deve se submeter à legislação de regência das demais pessoas jurídicas, não comportando a aplicação de alíquotas do próprio regime de tributação, conforme disciplina o art. 82, § 2º, da Resolução CGSN nº 094/2011, abaixo transcrito:

Art. 82. *Aplicam-se à 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. ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 34)*

§ 1º A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federado não desobrigará:

*I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias; ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 18, **caput** e § 3º)*

II - da emissão de documento fiscal previsto no art. 57, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos do inciso II do art. 97. ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 26, inciso I e § 1º)

§ 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, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da [Lei Complementar nº 123, de 2006](#). ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º).

Ressalte-se que, no mês de janeiro de 2008, foi, incorretamente, aplicada a alíquota de 1,25% (um inteiro e vinte e cinco por cento), no entanto, em razão da decadência, o respectivo crédito tributário não pode mais ser constituído.

Da Multa Aplicada

Também, no tocante a multa, deve ser aplicada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, sendo correta a cominação da penalidade prevista no art. 82, II, "a", com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/13, como se segue:

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;

Termo de Exclusão do Simples Nacional

A exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional baseou-se no fato de o contribuinte ter infringido os arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, do RICMS/PB.

Há que se ressaltar que os referidos dispositivos remetem à ocorrência de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Neste sentido, as empresas optantes do Simples Nacional estão obrigadas a emitir documento fiscal quando realizarem vendas, como determina o art. 26 da Lei Complementar 123/06, verbis:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor.

Com efeito, o descumprimento de preceito da legislação tributária sujeita o contribuinte à exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, desde que haja prática reiterada, como nos ensina o art. 29 da LC nº 123/06, abaixo transcrito:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

O mesmo disciplinamento é seguido pela Resolução CGSN nº 94/11, que, no seu art. 76, prevê as hipóteses de exclusão do regime, como se segue:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

*IV - a partir do próprio mês em que incorridas, **impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:** (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)*

(...)

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Como se pode observar, a exclusão do Simples Nacional por falta de emissão de documento fiscal, que foi a infração praticada pela autuada, só se opera quando for verificada a prática reiterada, que no caso presente não se constatou, tendo em vista a informação que o contribuinte não possui antecedentes fiscais.

Dessa forma, ratifico os termos da decisão singular que se procedeu dentro dos parâmetros da legislação tributária do Estado da Paraíba.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter, integralmente, a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000021/2013-95, lavrado em 7/1/2013, contra a empresa MÁRIO SÉRGIO SOLANO DE MACEDO, inscrição estadual nº 16.124.047-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.649,28 (dois mil, seiscentos e quarenta e nove reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 1.324,64 (mil, trezentos e vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 158,

I e 160, I; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, 'f' e "g", da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 1.324,64 (mil, trezentos e vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013, bem como, ratificando a improcedência do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 56.252,14 (cinquenta e seis mil, duzentos e cinquenta e dois reais e quatorze centavos), sendo R\$ 18.312,11 (dezoito mil, trezentos e doze reais e onze centavos), de ICMS, e R\$ 37.940,03 (trinta e sete mil, novecentos e quarenta reais e três centavos), referentes à multa por infração.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora