



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

Processo Nº 007.515.2013-6

Recurso AGR/CRF nº303/2016

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: E F E B INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA

2ª Recorrente: E F E B INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA

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

Preparadora: SUB. DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DATERCEIRA REGIÃO

Autuante: HELIO VASCONCELOS

Relator (a): CONS.ª THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONFIRMAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Configurada a regularidade da exigência do ICMS oriundo da delação que tem suporte no Levantamento da Conta Mercadorias.

Mantida a exigência do ICMS detectado por meio do Levantamento Financeiro, tendo em vista falta de provas capazes de excluir o resultado do procedimento de apuração da falta.

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

Não configurada a reincidência necessária para fins de exclusão do Simples Nacional.

Confirmada a redução das sanções aplicadas, devido às inovações legislativas introduzidas pela Lei nº 10.008/2013.

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 desprovisionamento de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000110/2013-31, lavrado em 29/1/2013, e Termo Complementar de Infração (fl. 591), lavrado em 16/3/2016, contra E F E B INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA, contribuinte devidamente qualificado nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 420.530,02 (quatrocentos e vinte mil, quinhentos e trinta reais e dois centavos), sendo R\$ 210.265,01 (duzentos e dez mil, duzentos e sessenta e cinco reais e um centavo), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c os arts. 643, § 4º, I e II, e 646,

parágrafo único, do RICMS/PB, e R\$ 210.265,01 (duzentos e dez mil, duzentos e sessenta e cinco reais e um centavo), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96, com nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008, de 5/6/2013.

Em tempo, mantendo cancelado, por irregular, o valor de R\$ 122.785,19 (cento e vinte e dois mil, setecentos e oitenta e cinco reais e dezenove centavos), de multa por infração, pelos motivos acima expendidos.

No que tange ao TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, mantenho a sentença exarada pela primeira instância, que julgou pela sua improcedência, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

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 30 de outubro de 2017.

Thaís Guimarães Teixeira
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 NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

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 93300008.09.00000110/2013-31, lavrado em 29/1/2013, segundo o qual, a autuada, E F E B INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista a constatação que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS –
Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através de levantamento da Conta Mercadorias.

Por considerar infringidos os arts. 158, I, e 160, I, c/c os arts. 643, § 4º, II, e 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 122.785,19, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária em igual valor, isto é, na quantia de R\$ 245.570,38, nos termos dos arts. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 368.355,57.

Na mesma oportunidade foi lavrado o Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 2 – Processo nº 007.599.2013-3).

Documentos instrutórios constam nas fls. 4-39.

Lavratura dos Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 40-41).

Cientificada pessoalmente do resultado da ação fiscal, mediante Aviso de Recebimento (fl. 4), a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 30/7/2014 (protocolo à fl. 43), por meio da qual suscita a improcedência das acusações, ao fundamento de que os procedimentos fiscais não consideraram o fato de a autuada ser mera prestadora de serviços, atuando, prioritariamente, como assistência técnica.

Aduz, ainda, que a Samsung envia peças para utilização em garantia e, para tal, utiliza notas fiscais com CFOP 6102 (VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA DE TERCEIROS), ao invés de utilizar notas fiscais com o CFOP 6949 (REMESSA PARA SUBSTITUIÇÃO EM GARANTIA), para os casos em que é enviado novo equipamento por não conseguir solucionar os problemas por meio da assistência técnica.

Em Contestação, o autor do feito alega que a empresa autuada teria como atividade, principal e secundária, o comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática, eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo e a reparação e manutenção de equipamentos eletrônicos, conforme cadastro da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba.

Argumenta também que os registros que geraram o Auto de Infração originaram-se de notas fiscais

com CFOP de compra para comercialização e de venda de mercadorias, bem como que o equívoco da Samsung em relação aos CFOP's não afastaria a obrigação do contribuinte de registrar as operações.

Por fim, considera que as provas apresentadas pela defesa não são suficientes para a descaracterização da infração, vez que não foi possível fazer a vinculação entre os produtos descritos nas notas fiscais de entrada e a sua efetiva utilização na prestação dos serviços. Assim, requer a manutenção integral do feito.

Após a prestação de informação sobre a inexistência de antecedentes fiscais da autuada (fl. 583), os autos foram conclusos e remetidos à GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, e convertidos em diligência (fl. 586), para que fossem realizados ajustes com a inclusão dos valores auferidos pela empresa a título de receitas operacionais de prestação de serviços.

Além disso, solicitou a verificação da aplicação da alíquota de 17% quanto ao exercício de 2011, vez que constaria no Auto de Infração o percentual de 2%.

Cumprida a diligência à fl. 590, foi lavrado Termo Complementar de Infração (fl. 591) no montante de R\$ 174.959,64, sendo R\$ 87.479,82, de ICMS, e R\$ 87.479,82 de multa por infração.

Regularmente notificada (fl. 594-595), a autuada apresentou impugnação às fls. 596-598.

Remetidos os autos à GEJUP, o julgador singular proferiu decisão pela *parcial procedência* do auto de infração, ao realizar ajustes nos valores apurados a título de multa, devido às inovações legislativas introduzidas pela Lei nº 10.008/2013, e pela *improcedência* do Termo de Exclusão do Simples Nacional, por não vislumbrar a reincidência para tal fim.

Diante disso, o crédito tributário ficou restrito ao valor de R\$ 420.530,02, sendo R\$ 210.265,01, de ICMS, e R\$ 210.265,01, a título de multa por infração, ao tempo em que cancelou, por indevido, o valor de R\$ 122.785,19, consoante sentença exarada às fls. 248-261.

Interposto o recurso hierárquico e, cientificada da decisão monocrática, em 26/8/2016 (fl. 6267), a autuada interpõe recurso voluntário, na data de 16/9/2016 (fl. 6268-6270) reiterando os argumentos contestatórios.

Aportados os autos nesta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento da matéria de que dispõem.

Está relatado.

VOTO

Em exame, acusações sobre a prática irregular de omissão de saídas tributáveis detectadas mediante Levantamento Financeiro, referente aos exercícios de 2009 a 2011, e Levantamento da Conta Mercadorias, correspondente ao exercício de 2008.

Em primeiro plano, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. Observa-se, contudo, que a peça basilar preenche os pressupostos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, estando preenchidos todos os requisitos necessários à sua lavratura, conforme os ditames do art. 692 do RICMS/PB, sendo determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator, conforme art. 105, § 1º, da Lei nº 6.379/96.

Diante disso, estão ausentes razões para o reconhecimento da nulidade da autuação, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO

Trata-se de infração alcançada por técnicas fiscais similares em seu resultado fiscal, ou seja, aplicou-se, no exame fiscal, o Levantamento da Conta Mercadorias, além do Levantamento Financeiro, o primeiro, correspondente aos exercícios de 2008, e o segundo, referente aos exercícios de 2009 a 2011, ambas as técnicas embasadas na legislação de regência que disciplina o mecanismo de aferição da regularidade fiscal do contribuinte, nas quais a repercussão tributária, caso apresentem, traduz a existência de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentação fiscal, na forma prevista pelos artigos 158, I e 160, I c/c o artigo 643, §§ 3º e 4º, incisos I e II e artigo 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, infra:

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias.”

“Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias”.

“Art. 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 sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com a 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:

I - a elaboração de Demonstrativo Financeiro, onde deverão ser evidenciadas todas as receitas e despesas operacionais ou não operacionais, bem como considerada a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e o no final do período fiscalizado;

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. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos à caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a

ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Parágrafo único - A presunção de que cuida este artigo aplica-se igualmente a qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento.”

Diante do exposto, atesta-se a regularidade na aplicação das técnicas, vez que, segundo os demonstrativos elaborados com base em informações prestadas pelo próprio contribuinte, foi verificado que este apresentou recursos em valores inferiores aos despendidos com investimentos que realizou, bem como houve diferença tributável identificada nos termos do já mencionado art. 643, §4º, II, do RICMS/PB.

As diferenças apuradas 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-se 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.

Ressalto, por oportuno, que não houve desconstituição dos fatos pela autuada, vez que, como bem analisado pelo julgador singular, os documentos colacionados são insuficientes para desconstituição da infração.

Uma vez que não restou comprovada a correlação entre as DANFE's e ordens de serviços juntadas e os produtos descritos, não prosperando a alegação da autuada quanto ao fato de que a Samsung enviaria peças para utilização em garantia e, para tal, utilizaria notas fiscais com CFOP 6102 (VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA DE TERCEIROS), ao invés de utilizar notas fiscais com o CFOP 6949 (REMESSA PARA SUBSTITUIÇÃO EM GARANTIA), para os casos em que é enviado novo equipamento por não conseguir solucionar os problemas por meio da assistência técnica, mantenho a decisão da instância *a quo* quanto ao crédito tributário apurado.

Há que se destacar, ainda, que o contribuinte aduz a seu favor o fato de que seria mera prestadora de serviços por ser uma empresa de Assistência Técnica. Todavia, como observado pela instância prima, o CNAE da autuada consta nos Sistemas da Fazenda Estadual como “Comércio Varejista Especializado de Equipamentos e Suprimentos de Informática (Principal)”, “Comércio Varejista Especializado de Eletrodomésticos e Equipamentos de Áudio e Vídeo (Secundário)” e “Comércio Varejista Especializado de Equipamentos de Telefonia e Comunicação (Secundário)”.

Comprovado está, portanto, o fato de que a empresa autuada também realiza operações de vendas de mercadorias, inclusive com receitas de vendas superiores que as receitas de serviços, conforme tabela constante na decisão monocrática (fl. 6. 256).

Com relação ao Levantamento Financeiro elaborado pela auditoria, vale observar que não foram inseridas quaisquer despesas, a exceção das “Compras de Mercadorias no Exercício”.

Tal fato, como foi apontado pela instância prima, demonstra que os procedimentos realizados pela Fiscalização se revelam acertados, vez que os demonstrativos elaborados não assinalam valores que dificultem a identificação acerca da origem das omissões de receitas apuradas.

Acerca da alíquota aplicada, vale ressaltar que não é possível a aplicação da alíquota própria do Simples Nacional, haja vista que há disposição legal para que seja aplicada a legislação imposta às demais pessoas jurídicas, conforme prescrito nos artigos 13, § 1º, XIII, “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 07/02/2008, 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:

[...]

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.

Resta, portanto, configurada a infração nos valores lançados, a título de ICMS, no Auto de Infração e Termo Complementar de Infração.

MULTA POR INFRAÇÃO – CONFIRMADOS AJUSTES

No que tange à redução da multa realizada em primeira instância, que diminuiu a multa do percentual de 200% para 100%, a fim de adequar aos novos parâmetros impostos pela Lei nº 10.008/2013, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, necessário se faz confirmar a redução do percentual aplicado ao caso concreto e lançado no libelo acusatório, nos termos do art. 82, V, "a" e "f", do mencionado diploma normativo.

TERMO DE EXCLUSÃO – MANTIDA A IMPROCEDÊNCIA

A exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional baseou-se no art. 5º, V, da Resolução CGSN nº 15/2007, que estabelecia, como hipótese de exclusão do Simples Nacional, a ocorrência de prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006.

Há que se ressaltar que a referida Resolução foi revogada 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 (Termo – fl. 583).

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

Para tanto,

VOTO pelo recebimento dos recursos *hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo *desprovimento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000110/2013-31, lavrado em 29/1/2013, e Termo Complementar de Infração (fl. 591), lavrado em 16/3/2016, contra E F E B INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA, contribuinte devidamente qualificado nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 420.530,02 (quatrocentos e vinte mil, quinhentos e trinta reais e dois centavos), sendo R\$ 210.265,01 (duzentos e dez mil, duzentos e sessenta e cinco reais e um centavo), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c os arts. 643, § 4º, I e II, e 646, parágrafo único, do RICMS/PB, e R\$ 210.265,01 (duzentos e dez mil, duzentos e sessenta e cinco reais e um centavo), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96, com nova redação

dada pela Lei Estadual nº 10.008, de 5/6/2013.

Em tempo, mantendo *cancelado*, por irregular, o valor de R\$ 122.785,19 (cento e vinte e dois mil, setecentos e oitenta e cinco reais e dezenove centavos), de multa por infração, pelos motivos acima expendidos.

No que tange ao TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, mantenho a sentença exarada pela primeira instância, que julgou pela sua *improcedência*, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora