



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 1102262016-9

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: IRMÃOS PRAXEDES LTDA - ME

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

**Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1
DA SEFAZ – JOÃO PESSOA**

Autuante(s): MARIA JOSE AQUINO MELO, LIVIA DA SILVA BARBOSA

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONCALVES CHAVES

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Diferenças tributáveis apuradas, provenientes das declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito, caracterizam a presunção legal “juris tantum” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte não trouxe aos autos provas materiais que elidiram a acusação.

- A legislação do Simples Nacional não se aplica às hipóteses de descumprimento de obrigações tributárias nas quais fique caracterizada a circulação de mercadorias sem documento fiscal, sujeitando-se o contribuinte omissor à aplicação da alíquota interna, vigente à época do fato gerador, sobre o valor das vendas não declaradas.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovisionamento, para manter a sentença prolatada na instância singular, e julgar procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001194/2016-73, lavrado em 29 de julho de 2016 contra a empresa IRMÃOS PRAXEDES LTDA ME. (CCICMS: 16.188.655-8), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 143.053,14 (cento e quarenta e três mil, cinquenta e três reais e quatorze centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 71.526,57 (setenta e um mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e sete centavos), por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, e da multa por infração de R\$ 71.526,57 (setenta e um mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e sete centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 23 de maio de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001194/2016-73, lavrado em 29 de julho de 2016 contra a empresa IRMÃOS PRAXEDES LTDA ME. (CCICMS: 16.188.655-8), em razão da seguinte irregularidade, conforme a descrição do fato, abaixo transcrito, referente ao período de 2013 a 2015:

OMISSÃO DE VENDAS-OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte 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.

Nota explicativa:

PERÍODO: A PARTIR DE JULHO DE 2012

Pelo fato, foram enquadradas as infrações nos arts. 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 646, V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 143.053,14, sendo R\$ 71.526,57, de ICMS, e R\$ 71.526,57, de multa por infração.

Notificação fiscal e demonstrativos das acusações foram juntados aos autos às fls. 3 a 20.

Cientificada da acusação por via postal, com Aviso de Recebimento, recepcionado em 25/8/2016, fl. 21, a autuada apresentou peça impugnatória, fls. 22 a 34, e anexos às fls. 35 a 156, protocolada em 20/9/2016, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

Em preliminar, argui nulidade do auto de infração por afronta ao art. 694, § 3º por afrontar o princípio da legalidade, desrespeito ao art. 37 da Constituição Federal e afronta ao art. 2º da Lei nº 9.784/99. Que o fato de a fiscal autuante ter utilizado informações internas, sem sequer ir ao estabelecimento do contribuinte é uma afronta ao princípio da legalidade. Reforça que a fiscal faltou com a verdade ao afirmar que os valores declarados seriam menores que os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito, no mérito, requer que seja aplicada a base e alíquota inerentes às empresas enquadradas no Simples Nacional, conforme art. 18, anexo I da LC 123/2006.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 157, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos ao Julgador Fiscal LEONARDO DO EGITO PESSOA, este decidiu pela procedência da autuação, fls. 160 a 168, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO INFRACIONAL. NÃO OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – REJEIÇÃO. OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO – INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, ressalvado ao sujeito passivo a prova da improcedência da acusação.

- Inexistência, nos autos, de documentação comprobatória da regularidade das operações por parte da autuada capaz de produzir o efeito impeditivo da constituição do crédito tributário lançado no Auto de Infração.

- Aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento) em observância à regra imposta pelo § 1º do

art. 13, da LC nº 123/2006.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal com Aviso de Recebimento (AR) fl. 171, recepcionado em 6/6/2018, a recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 172 a 318, protocolado em 6/7/2018, em que traz, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- a) Inicialmente, alega que o auto de infração não reflete a real situação da empresa, no período fiscalizado, devendo ser retificado;
- b) Alega que o referido auto de infração deve ser regido pelo art. 144 do CTN, devendo ser aplicada a alíquota que é regida pela Lei Complementar nº 123/2006, reforça que o agente fiscal não considerou que a empresa é optante do Simples Nacional, portanto, devendo considerar a alíquota do Simples e não a alíquota de 17%;
- c) Aduz que no período de dezembro a janeiro de 2013, 2014 e 2015 obteve uma receita bruta tributável de R\$ 705.100,35 e que, com o benefício da redução, regulamentada pela Lei Estadual Nº 8.814/2009, a BC seria reduzida para R\$ 568.662,28, em seguida, apresenta a tabela que levou ao ICMS no montante de R\$ 10.576,50;
- d) Por fim, reconhece como devido o montante acima e requer o cancelamento de R\$ 60.950,03, por entender ser indevida a cobrança, pois fora cobrada em desacordo com a alíquota aplicável às empresas enquadradas no Simples Nacional.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001194/2016-73, lavrado em 29 de julho de 2016, fls. 3 a 20, contra a empresa IRMÃOS PRAXEDES LTDA ME, devidamente qualificada nos

autos.

Importa declarar que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se à recorrente todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório. Não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

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

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

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

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

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

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

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

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

Passo, então, à análise de mérito.

ACUSAÇÃO: OMISSÃO DE VENDAS – omissão de 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, com fundamento no art. 158, I e 160, I, c/c art. 646 , V, todos do RICMS-PB, abaixo transcritos:

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

No tocante à presente acusação de omissão de vendas, identificada no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, por meio da operação cartão de crédito/débito, é cediço que na execução das auditorias decorrentes deste tipo de procedimento fiscal, o Fisco compara as vendas declaradas à Receita Estadual pelos contribuintes, com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, identificando divergências que indicam, presumivelmente, que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressaltando ao contribuinte provar a improcedência da presunção. Entendimento emergente do artigo 646 do RICMS. Vejamos:

Art. 646. **Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis** ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, **ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção**:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso. (g.n.)

Observa-se que no presente caso o sujeito passivo não trouxe à baila provas documentais em seu favor, que servissem de alicerce para a análise e decisão da instância *a quo*, que também seria objeto do recurso voluntário ora em questão.

Em sede de recurso, argumenta que o auto de infração é parcialmente devido porque o fiscal autuante não levou em consideração que a recorrente é empresa enquadrada no Simples Nacional e como tal deve ser atribuída a alíquota regida pela Lei Complementar 123/2006, bem como, a redução da base de cálculo prevista na Lei nº 8.814/2009.

É fato que a recorrente é empresa enquadrada no Simples Nacional, todavia, estamos tratando de omissão de receita, e para tanto, a mesma norma, Resolução CGSN Nº 94/2011 (Vigente à época dos fatos) e a LC 123/2006 regulamentam que, nos casos de omissão e falta de emissão de documentos fiscais, o tratamento deve ser o mesmo dado às demais Pessoas Jurídicas, essa mesma justificativa se dá para a argumentação de divergência na alíquota aplicada, ponto em que a recorrente se socorre da LC 123/2006 e da Lei nº 8.814/2009, onde regulamenta que a alíquota do Simples e a redução da base de cálculo, respectivamente.

RESOLUÇÃO CGSN Nº 94/2011

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)

§ 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).

LC 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;

(grifo nosso)

É cediço que a prova é fato jurídico em sentido amplo que colabora na composição do fato jurídico em sentido estrito. Não é prova, portanto, mera forma de averiguação ou alegação da verdade dos fatos.

No caso ora analisado, estamos tratando de uma presunção de omissão, é bem verdade que na presunção legal encontraremos, de um lado, o fato presuntivo e, de outro, o fato presumido, desta forma, considera-se provado o fato legalmente presumido, e se justifica essa previsão legal, porque o fato presumido adquire, de pronto, status de fato provado, se justificando pelo vínculo de associação prescrito pela lei. Desse modo, fala-se em presunção relativa, que admite prova em contrário, mas, não havendo prova em contrário, a associação se mantém, devendo se manter o fato presumido, porque não houve prova em sentido oposto.

Como já explanado anteriormente, a auditoria fiscal faz um cruzamento com base nas informações de vendas transmitidas pela recorrente por meio da sua escrituração fiscal e as informações transmitidas pelas operadoras de cartões de crédito e débito, informação essa, fornecida em atendimento ao disposto no art. 389 do RICMS-PB, transcrito abaixo:

Art. 389. As instituições financeiras e de pagamento integrantes ou não do Sistema de

Pagamento Brasileiro - SPB fornecerão à Secretaria de Estado da Receita, até o último dia do mês subsequente, todas as informações relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento referentes às transações com cartões de débito, crédito, de loja (private label) e demais instrumentos de pagamento eletrônico.

(grifo nosso)

Desta forma, podemos concluir que as provas são os relatórios fornecidos pelas instituições competentes e pela própria recorrente por meio de sua escrita fiscal.

Sendo esse entendimento já consolidado na jurisprudência, de modo que pedimos vênias para transcrever recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

Apelação Nº 0027192-03.2016.8.08.0048

DATA DO JULGAMENTO: 11/09/2018

RELATOR(A): JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

EMENTA: APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.

INFORMAÇÕES. OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2011. REGULARIDADE. SIMPLES. CONTRIBUINTE OMISSO. ALÍQUOTA DE 17%. ALÍNEA f DO INCISO XIII DO ART. 13 DA LC Nº 123/2006. MULTA PUNITIVA. REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. DECADÊNCIA. §4º DO ART. 150 DO CTN. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A Lei Complementar nº 105/2011, que dispõe acerca do sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, prevê, no art. 5º, que as administradoras de cartões devem informar as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços e, especificamente no §4º, estabelece que detectados indícios de falhas ou ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e documentos de que necessitar para a apuração dos fatos. 2) No âmbito estadual, o §5º do art. 699-Z-N do Decreto nº 1.090-R/02 (RICMS/ES), preconiza que até o quinto dia do mês subsequente ao da ocorrência, as administradoras de cartão de crédito devem remeter à SEFAZ os arquivos eletrônicos contendo as informações relativas às operações de crédito e débito realizados pelas empresas no mês anterior. 3) Por conseguinte, o procedimento adotado pelo Fisco desponta em harmonia com a norma legal, restando inafastável a regularidade da análise das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito para fins de apuração de eventual ilicitude. 4) **A legislação do Simples Nacional não se aplica às hipóteses de descumprimento de obrigações tributárias nas quais fique caracterizada a circulação de mercadorias sem documento fiscal, sujeitando-se o contribuinte omissor à aplicação da alíquota interna de 17% sobre o valor das vendas não declaradas.** 5) O STF firmou o entendimento no sentido de que a incidência de multas punitivas (de ofício) que extrapolem 100% do valor do débito importa em afronta ao inciso IV do art. 150 da CF. 6) Deve ser declarada a decadência em relação ao período de maio de 2011 a outubro de 2011, nos termos do §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, uma vez que não houve lançamento no quinquênio legal. 7) Recurso parcialmente provido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso . Vitória, 11 de setembro de 2018 /RELATOR

(Grifo nosso)

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença prolatada na instância singular, e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001194/2016-73, lavrado em 29 de julho de 2016 contra a empresa IRMÃOS PRAXEDES LTDA ME. (CCICMS: 16.188.655-8), declarando

devido o crédito tributário, no montante de R\$ 143.053,14 (cento e quarenta e três mil, cinquenta e três reais e quatorze centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 71.526,57 (setenta e um mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e sete centavos), por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, e da multa por infração de R\$ 71.526,57 (setenta e um mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e sete centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 23 de maio de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Conselheira Relatora