

PROCESSO N° 0519282013-8  
ACÓRDÃO N° 0039/2021  
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP  
Recorrida: DEISY FEITOSA LEAL FREIRE  
Rep. Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ –  
CAMPINA GRANDE  
Autuante: SANDRO ROGÉRIO DE SOUZA  
Relator: Consº. PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS RETIDO A MENOR. ÁGUA PURIFICADA, ADICIONADA DE SAIS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. In casu, houve reenquadramento da sanção proposta em observância aos Princípios da Vinculabilidade e da Legalidade. O sujeito passivo não apresentou provas materiais que pudessem ilidir a acusação em tela.*

- *O ICMS Substituição Tributária referente a operações com água mineral, e purificadas e adicionada de sais, em suas diversas embalagens possui legislação própria, vigente à época dos fatos geradores, cuja inobservância quanto a composição da base de cálculo nas operações pertinentes gerou, em parte, retenção do imposto a menor, configurando ato infracional.*

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

A C O R D A M Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000500/2013-01 (fls. 5 a 9), lavrado em 17/4/2013, contra a empresa DEISY FEITOSA LEAL FREIRE, inscrita no CCICMS/PB, sob n.º 16.132.293-0, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ **71.731,08** (setenta e um mil, setecentos e trinta e um reais e oito centavos), sendo R\$ 35.865,54 (trinta e cinco mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, todos do RICMS/PB, aprov. p/ Dec. 18.930/97, c/fulcro no art. 9º da Res. CGSN n.º 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN n.º 094/2011, e art. 395, c/c, art. 396, art. 397, III, e, art. 399, II, "b", c/fulcro no art. 391, I, e §4º, também do RICMS/PB, aprov. p/Dec. 18.930/97, e R\$ 35.865,54 (trinta e cinco

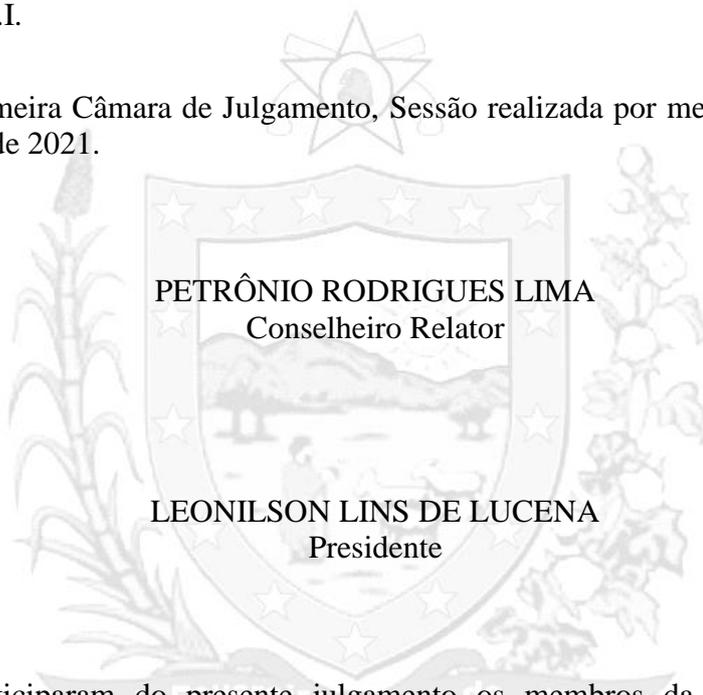
mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “f” e “g”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o valor de R\$ 199.425,99 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e noventa e nove centavos), sendo R\$ 55.113,16 (cinquenta e cinco mil, cento e treze reais e dezesseis centavos) de ICMS, e R\$ 144.312,83 (cento e quarenta e quatro mil, trezentos e doze reais e oitenta e três centavos).

Deve a Repartição Preparadora observar os pagamentos realizados pelo contribuinte deste crédito tributário, conforme verificado nos relatórios anexos às fls. 264 a 279, referente a parcelamentos pelo REFIS/PEP.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de janeiro de 2021.



PETRÔNIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES , THAÍIS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA E LEONARDO DO EGITO PESSOA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor Jurídico

PROCESSO Nº 0519282013-8  
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP  
Recorrida: DEISY FEITOSA LEAL FREIRE  
Rep. Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ –  
CAMPINA GRANDE  
Autuante: SANDRO ROGÉRIO DE SOUZA  
Relator: Consº. PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS RETIDO A MENOR. ÁGUA PURIFICADA, ADICIONADA DE SAIS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

*- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. In casu, houve reenquadramento da sanção proposta em observância aos Princípios da Vinculabilidade e da Legalidade. O sujeito passivo não apresentou provas materiais que pudessem ilidir a acusação em tela.*

*- O ICMS Substituição Tributária referente a operações com água mineral, e purificadas e adicionada de sais, em suas diversas embalagens possui legislação própria, vigente à época dos fatos geradores, cuja inobservância quanto a composição da base de cálculo nas operações pertinentes gerou, em parte, retenção do imposto a menor, configurando ato infracional.*

## RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de ofício, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000500/2013-01 (fls. 5 a 9), lavrado em 17 de abril de 2013, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento das irregularidades abaixo transcritas, observada nos períodos de janeiro de 2008 a dezembro de 2012, *ipsis litteris*:

**- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO >>**  
Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. (SIMPLES NACIONAL)

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS INTERNAS) (período a partir de 28.12.00)  
>> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem retenção.

NOTA EXPLICATIVA:

O CONTRIBUINTE NÃO OBSERVOU A PAUTA FISCAL CONSTANTE NAS PORTARIAS GSER N°S 219/2004 E 006/2010, DEIXANDO DE RECOLHER PARTE DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO NA SAÍDA DE ÁGUA MINERAL (OU ÁGUA PURIFICADA). BASE DE CÁLCULO, ICMS DEVIDO, ICMS RECOLHIDO E DIFERENÇA A SER COBRADA DETALHADOS EM PLANILHAS ANEXAS A ESTE AI.

Considerando infringidos os arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, todos do RICMS/PB, aprov p/Dec. 18.930/97, c/fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, e art. 395, c/c, art. 396, art. 397, III, e, art. 399, II, "b", c/fulcro no Art. 391, I, e §4º, também do RICMS/PB, aprov. p/Dec. 18.930/97, o agente fazendário, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 271.157,07, sendo R\$ 90.978,70, de ICMS, e R\$ 180.178,37, de multa por infração, com arrimo no art. 16, II da Res. do CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II da Res. CGSN nº 094/2011, e no art. 82, V, "g", da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios, planilhas demonstrativas da auditoria realizada, Portarias nºs 219/GSER de 27/7/2004 e 006/2010 de 2/1/2010, cópias das notas fiscais denunciadas, relação das notas fiscais eletrônicas emitidas, cópia do Livro de Registro de Entradas, anexos às fls. 10 a 176 dos autos.

Regularmente cientificado da lavratura do auto de infração em análise, de forma pessoal em 3/5/2013 (fls. 9), o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 181 e 182) tempestivamente, protocolada em 3/6/2013, juntamente com anexos às fls. 183 a 196, apresentando, em suma, os seguintes argumentos:

- que é uma empresa de fornecimento de água purificada ou adicionada de sais e não água mineral e declara que para esse produto no período de 01/2008 a 21/01/2010 não existia pauta fiscal e muito menos portaria que regulamentasse o referido produto, observando que na Portaria 006/GSER vigente a partir de 22/01/2010 passou a regulamentar a água adicionadas de sais;
- que já utilizava valor da base de cálculo do ICMS-ST superior ao valor determinado na portaria vigente e que no período de Janeiro a setembro de 2010 utilizava como base de cálculo para Substituição Tributária por saídas o valor de R\$ 1,80, o que demonstra que a mesma já faturava acima do que determinava a pauta utilizada pelo fiscal;
- afirma que partir de agosto de 2011 era possuidora de Regime Especial de Tributação que concedia a redução de base de cálculo para apuração da

substituição tributária por saídas no valor de R\$ 2,00, conforme informação fiscal anexa;

- declara também que a partir de 21/09/2012 de acordo com a Portaria 220/GSER que revoga as portarias 188 e 204/GSER de 16 e 31 de agosto de 2012, o valor da substituição tributária ficou estipulado em R\$ 0,11 por unidade vendida para efeito de recolhimento da substituição tributária por saídas, desta forma a fiscalização não teria considerado a portaria vigente para lavratura do Auto de Infração;
- Ao final requer que ao Auto de Infração em tela que seja nulo de pleno direito, em face o erro que atinge em sua elaboração.

Em Contestação, fls. 200 a 202, a fiscalização informa que:

- em todo o período o montante das notas fiscais é sempre inferior ao valor estabelecido na Tabela 1, por exemplo a NF nº 1124 valor R\$ 0,70, não há acréscimo de frete, seguro e demais despesas e o valor da Tabela I é de R\$ 1,40, como não foi atingido o valor da tabela I e em conforme ao parágrafo 2º foi utilizado par ao cálculo da substituição tributária o valor da Tabela II. Aduz ainda que mesmo destacando o ICMS a menor, o contribuinte não recolhia o que destacava, como exemplo os meses de janeiro a julho de 2011, onde houve movimentação e nenhum recolhimento;
- das argumentações trazidas pelo contribuinte ressalta que, de fato, houve uma falha ao não verificar a existência da Portaria 220/2012 que simplifica o ICMS Substituição Tributária, cobrando-se R\$ 0,11 por garrafão de água purificada adicionada de sais;
- refazendo os cálculos, observa-se que não houve ICMS ST recolhido a menor no período a partir da validade da mencionada Portaria (dia 22/09/2012), desta forma o ICMS apurado como recolhido a menor no período 2012 passou de R\$ 46.781,06 para R\$ 11.441,05 (tabela de apuração em anexo);
- quanto à acusação decorrente das notas fiscais não lançadas, o contribuinte não questionou, solicitando que a denúncia ser mantida;
- Por fim, solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, retirando-se apenas os valores referentes ao período sob a vigência da Portaria nº 220/2012, por medida de justiça fiscal.

Com informação de antecedentes fiscais (fl. 222), mas sem caracterização de reincidência, os autos foram conclusos (fl. 225) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, e distribuídos a julgadora fiscal, Eliane Vieira Barreto Costa, que decidiu pela procedência parcial do auto de infração em comento, em conformidade com a sentença acostada às fls. 241 a 255, condenando o sujeito passivo ao crédito tributário de R\$ 71.731,08, sendo R\$ 35.865,54 de ICMS e R\$ 35.865,54 de multa por infração, recorrendo de ofício de sua decisão, cuja ementa reproduzo abaixo, *litteris*:

**ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA FALTA DE RECOLHIMENTO - NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - DENÚNCIAS CONFIGURADAS EM PARTE - MULTA PROPOSTA – REENQUADRAMENTO.**

- O contribuinte não observou a pauta fiscal constante nas portarias GSER nºs 219/2004 e 006/2010, deixando de recolher parte do ICMS Substituição Tributária devido na saída de água mineral (ou água purificada). *In casu*, a defesa, por meio de

provas irrefutáveis, comprovou tratar-se de água adicionada de sais e não água mineral, reduzindo, *ipso facto*, o crédito tributário.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. *In casu*, reenquadramento da sanção proposta em observância aos Princípios da Vinculabilidade e da Legalidade.

-Redução das penalidades aplicadas, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

#### **AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE**

Ciente da decisão proferida pela instância *a quo*, por via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fl. 259), recepcionado em 15/1/2019, a interessada não se manifestou tempestivamente nos autos com recurso voluntário.

Consta nos autos, fls. 264 a 279, informações sobre parcelamento de parte do crédito tributário, por meio do REFIS/PEP

Na sequência, foram os autos remetidos a esta Casa, e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento

É o relatório.

### **VOTO**

Em exame o *recurso de ofício* interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000500/2013-01, lavrado em 17/4/2013, em desfavor da empresa em epígrafe.

Antes da análise do mérito da contenda, importa declarar, quanto ao aspecto formal da peça acusatória, que o lançamento em questão foi procedido consoante as cautelas da lei, trazendo devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, nos termos dos artigos 14 a 17, da Lei nº 10.094/2013, e ainda, oportunizou-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

O contribuinte não interpôs recurso voluntário, devendo a análise se restringir ao recurso de ofício.

#### *Decadência Tributária*

Embora não tenha sido abordada em nenhum momento processual, a decadência tributária se trata de matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida e declarada de ofício em qualquer fase do processo. Assim, passo a analisar este fenômeno jurídico no presente contencioso, que se trata de uma prejudicial de análise do objeto da contenda.

Cabe esclarecer que a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por *homologação*, tratando-se de tributo em que a legislação remete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, conforme disciplinado no caput do art. 150 do CTN, abaixo reproduzido:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Com efeito, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco. Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita (por decurso do prazo legal estipulado no § 4º da norma supracitada).

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada. Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Quanto à acusação de falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, esta foi identificada pela fiscalização em auditoria realizada em seus livros e documentos fiscais, que identificou a ausência de recolhimento de parte do ICMS devido, por não ter observado corretamente a pauta fiscal, constante nas Portaria n°s 219/2004 e 006/2010, o que, evidentemente, demonstra que as operações de saídas de mercadorias já eram de conhecimento do FISCO Estadual. Sendo assim, em consonância com o art. 22, § 3º, da Lei n° 10.094/2013<sup>1</sup>, não resta dúvida de que o prazo decadencial para a constituição do crédito submete-se à regra imposta pelo § 4º do art. 150 do CTN, acima citado, e não a do art. 173, I, do CTN<sup>2</sup>.

Neste norte, verifico que a ciência do Auto de Infração em tela ocorreu em 3/5/2013. Assim, considerando, para o caso em questão, o prazo decadencial tem como referência a ocorrência do fato gerador, verifico que este se contaria a partir de 3/5/2008, devendo ser excluído da autuação, portanto, os fatos geradores anteriores a esta data, ou seja, os ocorridos nos períodos de janeiro a abril de 2008, e dias 1º e 2 de maio de 2008.

<sup>1</sup> **Art. 22.** Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

(...)

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

<sup>2</sup> **Art. 173.** O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Análise diferente deve ser feita quanto à acusação decorrente da falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, omissão de vendas, que não houve declaração ao Fisco, submetendo-se, portanto à regra da decadência tributária estabelecida pelo artigo 173, I, do CTN, não havendo, nesta acusação, o que se falar em crédito tributário decaído, já que que o período denunciado partiu de maio de 2010 e a ciência da autuação em 3/5/2013.

Superada a verificação da decadência tributária, passo a analisar o mérito.

*1ª ACUSAÇÃO - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.*

A irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros fiscais no período de maio de 2010 a dezembro de 2012, conforme a inicial e as planilhas demonstrativas que instruem o processo, e que verifico se tratar de Notas Fiscais eletrônicas, cujas cópias dos DANFE's se encontram anexas às fls. 121 a 134. Esta conduta omissiva fez surgir a *presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos 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 ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto*, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da *presunção*.

RICMS/PB:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos 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 ou de prestações de serviços sem o recolhimento 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 dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos*, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

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; ( g. n.)

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.

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

*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;*

Ressalve-se que no presente caso o sujeito passivo não apresentou recurso voluntário, abdicando de seu direito de defesa em relação à decisão da instância prima, ou seja, de provar a improcedência da presunção de omissão vendas, perante esta Corte, o que ratifica seu reconhecimento tácito da sentença proferida pelo julgador monocrático.

Assim, diante dos fatos constatados e da clareza das provas apresentadas pela fiscalização, ficou evidente a certeza do crédito tributário, conforme avaliação e análise do julgador *a quo*, já que a autuada não apresentou provas materiais na sua impugnação, capazes de ilidir a denúncia ora em questão.

Quanto à alíquota do Simples Nacional (0,5%), aplicada sobre a base de cálculo apurada no primeiro período, maio/2010, concordo também com a decisão preliminar, que foi equivocada a aplicação de tal alíquota, pois deveria ter sido aplicada a alíquota de 17%, atribuída às demais pessoas jurídicas, conforme dispõe o artigo 13, § 1º, XIII, da Lei Complementar nº 123/2006, não podendo mais a diferença ser recuperada pela Fazenda Pública, em função do alcance da decadência tributária, nos termos do art. 173, I, do CTN. Vejamos:

LC 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:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

No tocante à aplicação das multas, objeto do recurso hierárquico, agiu também corretamente a instância singular, que reduziu as multas por infração de 150% para 100%, em relação à denúncia inserida na inicial, pois, no caso de infrações por omissões de vendas deve ser observado a legislação das demais pessoas jurídicas, acima comentado, e considerando as alterações advindas da Lei nº 10.008/13, particularmente do art. 82, da Lei nº 6.379/96, com efeitos a partir de 1º/9/2013, esta deve ser considerada, e não a norma atinente ao Simples Nacional. Tal correção beneficiando o sujeito passivo, a partir da Lei nº 10.008/13, já que a norma na época dos fatos apontava a multa de 200%, tem por fundamento o princípio da retroatividade da lei mais benigna, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN<sup>3</sup>.

Assim, concluo pela procedência da denúncia com as devidas correções realizadas pela instância preliminar considerando indiscutível a repercussão tributária evidenciada pela falta de lançamento das notas fiscais de aquisição, em razão das vendas omitidas não haver recolhimento do ICMS-ST, em razão de se tratar de substituto tributário, no caso a indústria.

## *2ª ACUSAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS INTERNAS)*

Versam estes autos a respeito de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista que o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, deixou de recolher parte do ICMS Substituição Tributária devido na saída de água mineral

Segundo nota explicativa contida na peça basilar, a falta de recolhimento do ICMS – ST se deu porque a ora recorrente contrariou os ditames das Portarias GSER nºs

3

### Código Tributário Nacional

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (g.n.)

219/2004 e 006/2010, pois teria praticado operações com água mineral (ou purificada) com recolhimento a menor.

A Portaria nº 219/2004 GSER, cópia anexa às fls. 13 a 15, trata da base de cálculo do ICMS-ST nas operações internas e interestaduais com água mineral, que é calculado considerando a seguinte tabela, anexa à Portaria:

ÁGUA MINERAL/TIPO	UNID.	TABELA I	TABELA II	TVA
Copo Descartável 200/280ml	Unid.	0,12	0,29	140
Copo Destacável 300ml	Unid.	0,15	0,36	140
Garrafa vidro não retornável até 300ml	Unid.	0,15	0,36	140
Garrafa de vidro retornável até 500ml	Unid.	0,15	0,40	250
Garrafa de PVC de 300ml descartável	Unid.	0,15	0,36	140
Garrafa de PVC de 500ml descartável	Unid.	0,20	0,48	140
Garrafa de PVC de 1500ml descartável	Unid.	0,45	1,00	120
Garrafa PET de 330ml descartável	Unid.	0,17	0,40	140
Garrafa PET de 500ml descartável	Unid.	0,25	0,60	140
Garrafa PET de 600ml descartável	Unid.	0,25	0,60	140
Garrafa PET de 1000ml descartável	Unid.	0,33	0,80	140
Garrafa PET de 1500ml descartável	Unid.	0,45	1,00	120
Mini Pote de 05 litros descartável	Unid.	1,20	2,40	100
Mini- Pote de 10 de litros descartável	Unid.	1,40	2,80	100
Mini - Pote de 05 litros retornável	Unid.	0,60	1,20	100
Garrafão de 10 litros retornável	Unid.	0,80	1,60	100
Garrafão de 20 Litros retornável	Unid.	1,40	2,80	100
Caixa de 1000 ml descartável	Unid.	0,42	1,00	140
Garrafa polipropileno de 300 descartável	Unid.	0,14	0,36	140
Garrafa polipropileno de 500 descartável	Unid.	0,21	0,50	140
Garrafa de 300ml descartável	Unid.	0,17	0,40	140
Garrafa de polipropileno de 1500ml descartável	Unid.	0,45	1,00	120
Garrafa de 1.000 ml descartável	Unid.	0,38	0,90	140
Garrafa de 2.000 ml descartável	Unid.	0,50	1,20	140
Garrafa de 600 ml descartável	Unid.	0,25	0,60	140

A tabela acima citada não teria sido usada corretamente pelo sujeito passivo, por isso a razão da falta de recolhimento do ICMS-ST. Quando o valor da operação que trata o art. 1º da citada Portaria for maior ou igual ao contido na Tabela I, é aplicada a taxa de valor agregado (TVA) para ser utilizado como base de cálculo do ICMS-ST. Se o valor da operação for menor que o da Tabela I, utiliza-se a Tabela II como base de cálculo, o que não foi feito pelo contribuinte.

Ocorre que, como foi demonstrado na decisão *a quo*, conforme documentação juntada aos autos às fls. 230 a 239, o sujeito passivo operava apenas com água adicionada de sais ou purificada, que só foi incluída na citada Tabela a partir de 3/2/2010, por meio da Portaria nº 006/2010 GSER, anexada às fls. 16 a 19. Portanto, corretamente o julgador monocrático excluiu da acusação os lançamentos dos períodos de janeiro de 2008 a janeiro de 2010, pois ainda não tinha a obrigatoriedade da utilização da pauta da Tabela II, exigida pela fiscalização.

Quanto ao período compreendido entre fevereiro de 2010 a 21/9/2012, foi mantida a acusação pela ausência de apresentação de provas materiais que pudessem ilidir a acusação.

Já a partir de 22/9/2012, com o advento da Portaria nº 220/2012 GSER, houve a simplificação no valor do ICMS-ST, sendo estabelecido o valor de R\$ 0,11 por garrafão de água purificada e adicionada de sais, que foi verificado pela fiscalização por ocasião de sua Contestação e refeito os cálculos, em conformidade com o seu art. 3º e seus parágrafos, sendo observado que para os períodos acobertados por esta portaria não houve recolhimento a menor do ICMS-ST, razão pela qual foi solicitada a exclusão dos respectivos lançamentos, acatado pela instância prima com a qual comungo. Vejamos o teor do citado dispositivo normativo:

**Portaria nº 220/2012 GSER**

(...)

Art. 3º Estabelecer que o ICMS Substituição Tributária a ser recolhido pelas empresas envasadoras deste Estado é de R\$ 0,17 (dezesete centavos de Real) para Águas Minerais, e **de R\$ 0,11 (onze centavos de Real) para as Águas Adicionadas de Sais, por cada garrafão de 20 (vinte) litros vendido, não sendo admitidas quaisquer deduções.**

§ 1º O valor do recolhimento definido no “caput”, somente se aplica quando a base de cálculo do ICMS Normal for igual ou inferior a R\$ 2,00 (dois reais), por cada garrafão de 20 (vinte) litros.

§ 2º Para fins de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, na hipótese da base de cálculo do ICMS Normal ser superior a R\$ 2,00 (dois reais) e inferior ou igual a R\$ 3,00 (três reais), sobre aquela base de cálculo incidirá agregação de 50% (cinquenta por cento) e, em sendo superior a R\$ 3,00 (três reais), sobre a referida base de cálculo incidirá agregação de 40% (quarenta por cento), para cada botijão de 20 (vinte litros) de água mineral e de adicionadas de sais.

§ 3º Não caberá ressarcimento do imposto à empresa que efetuar venda com preço inferior a R\$ 1,00 (um real), por cada garrafão de 20 (vinte) litros, na base de cálculo do ICMS Normal. (g. n.)

(...)

Quanto a redução da multa aplicada na inicial de 200% para 100%, agiu correto a nobre julgadora singular, que considerou as alterações advindas da Lei nº 10.008/13, particularmente do art. 82, da Lei nº 6.379/96, com efeitos a partir de 1º/9/2013. Como já mencionado anteriormente, repiso, tal correção beneficiando o sujeito passivo, tem por fundamento o princípio da retroatividade da lei mais benigna, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN.

Destarte, comungo com a decisão monocrática, de acordo com o resultado apresentado no quadro resumo da constituição do crédito tributário, exposto às fls. 252 a 254 dos autos.

Com esses fundamentos,

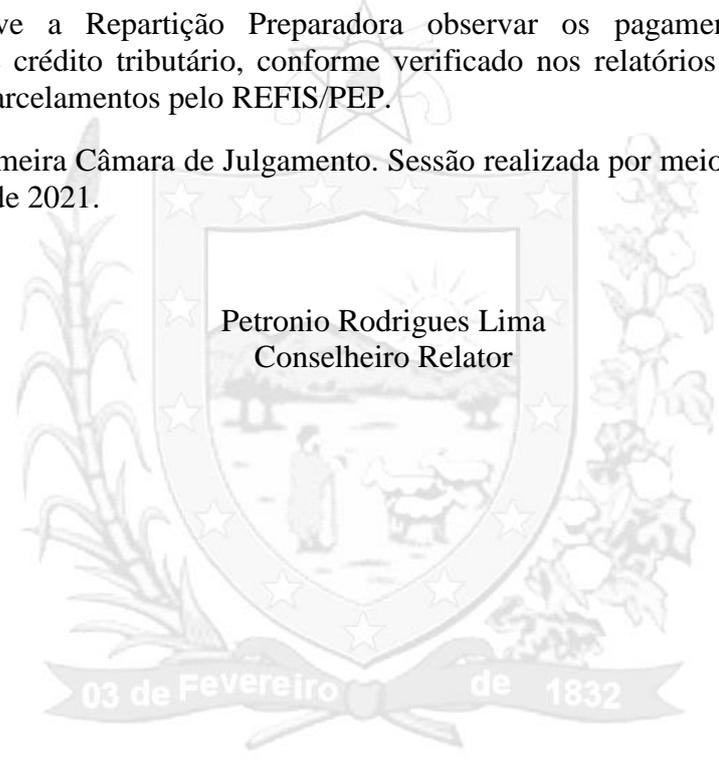
**V O T O** pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000500/2013-01 (fls. 5 a 9), lavrado em 17/4/2013, contra a empresa DEISY FEITOSA LEAL FREIRE, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.132.293-0, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ **71.731,08**

(setenta e um mil, setecentos e trinta e um reais e oito centavos), sendo R\$ 35.865,54 (trinta e cinco mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/c art. 646, todos do RICMS/PB, aprov. p/ Dec. 18.930/97, c/fulcro no art. 9º da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, e art. 395, c/c, art. 396, art. 397, III, e, art. 399, II, "b", c/fulcro no art. 391, I, e §4º, também do RICMS/PB, aprov. p/Dec. 18.930/97, e R\$ 35.865,54 (trinta e cinco mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, "f" e "g", da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o valor de R\$ 199.425,99 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e noventa e nove centavos), sendo R\$ 55.113,16 (cinquenta e cinco mil, cento e treze reais e dezesseis centavos) de ICMS, e R\$ 144.312,83 (cento e quarenta e quatro mil, trezentos e doze reais e oitenta e três centavos).

Deve a Repartição Preparadora observar os pagamentos realizados pelo contribuinte deste crédito tributário, conforme verificado nos relatórios anexos às fls. 264 a 279, referente a parcelamentos pelo REFIS/PEP.

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de janeiro de 2021.



Petronio Rodrigues Lima  
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832