

PROCESSO Nº 1637232017-7

ACÓRDÃO Nº 0244/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: LUZIA SOARES DA SILVA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA SEFAZ - ITAPORANGA

Autuante: JOSÉ RONALDO DE SOUSA AMÉRICO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EMPRÉSTIMO COMPROVADO. SIMPLES NACIONAL - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. Acolhimento em parte das razões excludentes da exigência fiscal, diante da existência de empréstimo bancário não considerado no levantamento financeiro.*

- *Os contribuintes do Simples Nacional que praticarem operações desacobertas de nota fiscal se sujeitarão à aplicação da legislação de regência das demais pessoas jurídicas.*

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 do relator pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, reformando a sentença exarada na instância monocrática, para julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002611/2017-86, lavrado em 30/10/2017, contra a empresa LUZIA SOARES DA SILVA, CCICMS: 16.143.818-0, declarando como devido o crédito tributário no valor de **R\$ 119.087,24 (cento e dezenove mil, oitenta e sete reais e vinte e quatro centavos)**, sendo R\$ 59.543,62 (cinquenta e nove mil, quinhentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; e 160, I, c/c o parágrafo único do art. 646 todos do RICMS-PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97 e R\$ 59.543,62 (cinquenta e nove mil, quinhentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo Art. 82, V, "f" da Lei n. 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de **R\$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais)**, sendo R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) de ICMS e R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) de multa por infração.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de maio de 2021.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÓES E PETRÔNIO RODRIGUES LIMA..

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

03 de Fevereiro de 1832

Processo nº 1637232017-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: LUZIA SOARES DA SILVA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA SEFAZ – ITAPORANGA

Autuante: JOSÉ RONALDO DE SOUSA AMÉRICO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EMPRÉSTIMO COMPROVADO. SIMPLES NACIONAL – DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. Acolhimento em parte das razões excludentes da exigência fiscal, diante da existência de empréstimo bancário não considerado no levantamento financeiro.

- Os contribuintes do Simples Nacional que praticarem operações desacobertas de nota fiscal se sujeitarão à aplicação da legislação de regência das demais pessoas jurídicas.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002611/2017-86, lavrado em 30 de outubro de 2017 em desfavor do contribuinte LUZIA SOARES DA SILVA, inscrição estadual nº 16.143.818-0.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

0021 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro.

Nota Explicativa.: NO EXERCÍCIO 2014 AS DESPESAS FORAM SUPERIORES AS RECEITAS.

Foram dados como infringidos, os artigos 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 139.487,24 (cento e trinta e nove mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 69.743,62 (sessenta e nove mil, setecentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos) de

ICMS e R\$ 69.743,62 (sessenta e nove mil, setecentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos) de multa por infração.

Documentos instrutórios às fls. 04 a 14 dos autos.

Em cumprimento à Portaria nº 113/GSER, publicada no Diário Oficial em 11 de maio de 2012, foi apensada aos autos, REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, em 30 de outubro de 2017.

Depois de notificado desta ação fiscal de forma pessoal em 7 de novembro de 2017 (fl. 03), a autuada interpôs petição reclamatória, às fls. 15 a 22 dos autos, alegando, em síntese, o que passo a apresentar:

- Considerando que o auditor promoveu o levantamento financeiro com base na ficha financeira e deixou de observar os livros fiscais bem como o livro contábil Diário, que mostra com evidência que a empresa encontra-se com seu ativo circulante, disponibilidade, caixa matriz com saldo positivo, o que descaracteriza o levantamento financeiro;
- A empresa é optante do regime de tributação do simples nacional onde quando se constata omissão de receitas/saídas, o fisco deve exigir o ICMS relativo a estas operações observando a tributação do Simples Nacional, sistemática favorecida, diferenciada e simplificada;
- Em casos específicos e determinados, portanto, as empresas optantes pelo simples nacional estão sujeitas à tributação do ICMS pela forma normal, que não é o caso em questão (observar a Resolução CGSN nº 94);
- O fisco estadual está apto a exercer a fiscalização não somente do ICMS, mas de todos os tributos do Simples Nacional (federal, estadual e municipal);
- De acordo com as regras previstas na Resolução CGSN nº 94 de 2011, a omissão de receitas/saídas deverá ser tributada na forma do Simples Nacional, ou seja, para o cálculo do imposto e multa devidos pela ME e EPP optante do Simples Nacional, deverão ser observadas as alíquotas do ICMS previstas nos anexos I e II da Lei Complementar nº 123, de 2006 (entre 1,25% e 3,95%, de acordo com a faixa de receita bruta) e as penalidades previstas na legislação do imposto de renda.

Por fim, à vista de todo o exposto, espera e requer a impugnante que seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 107), foram os autos conclusos (fls. 108) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos a julgadora fiscal Eliane Vieira Barreto Costa, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS -
LEVANTAMENTO FINANCEIRO – DENÚNCIAS COMPROVADAS

- Inexistência, nos autos, de documentação comprobatória da regularidade das operações realizadas pela Autuada capaz de produzir o efeito impeditivo da constituição do crédito tributário lançado no Auto de Infração em relação às acusações de Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis detectada pelo Levantamento Financeiro (2014).

Cientificada da decisão de primeira instância via DTe em 06/11/2020, a empresa apresentou recurso voluntário, em 03/12/2020, onde expôs as seguintes razões (fls. 121-124):

- No Mérito

- 1.- que deve ser aplicada a redução de 50% no valor da multa proposta, nos termos do inciso II, art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006;
- 2.- que a fiscalização deixou de levar em conta o empréstimo bancário, realizado junto ao Banco do Nordeste do Brasil, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), conforme nota de crédito comercial nº 23.2014.557.8341 juntada às folhas 124 a 129 dos autos;
- 3.- não foi considerado pela fiscalização a escrita contábil (livro diário) apresentado pela defesa ainda em sua peça de impugnação e reapresentado agora no recurso voluntário, sendo o levantamento financeiro correto o apresentado pela defesa à fl. 123 dos autos;

Com base nas considerações acima, a recorrente requer:

- que seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002611/2017-86, lavrado em 30/10/2017, contra a empresa em epígrafe, com o crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período

do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No que diz respeito à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, importante destacar que o lançamento que constituiu o crédito tributário em questão foi procedido em conformidade às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais e essenciais à sua validade, não havendo casos de nulidades elencados nos artigos 14 a 17 do referido diploma legal.

Sem preliminar a ser analisada, passemos ao mérito.

DO MÉRITO

A presente acusação trata-se de infração que foi alcançada pela técnica fiscal denominada de Levantamento Financeiro em um procedimento de aferição que analisa se há equilíbrio entre os somatórios das despesas incorridas com as receitas auferidas em um determinado exercício, repercutindo em omissão de vendas sempre que as despesas superarem as receitas. Nesta hipótese, a legislação vigente autoriza a Fiscalização a se valer da presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, arrimado no parágrafo único do art. 646 do RICMS/PB:

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) suprimientos 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. (grifos nosso)

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 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;

Nesta esteira, considerando haver o Contribuinte infringido a legislação tributária, o Auditor Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração em tela, propôs, como medida punitiva, a aplicação da multa insculpida no artigo 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

O levantamento fiscal, no presente caso concreto, concluiu que a totalidade dos recursos disponíveis pelo contribuinte no exercício 2014, não foram suficientes a fazer frente às despesas e pagamentos que declarou ter realizado no mesmo período. Configurou-se a ocorrência de situação operacional deficitária do ponto de vista econômico/financeiro na empresa, situação que, em se configurando, cede lugar a exigência do imposto sobre a diferença entre o montante aplicado e o disponível, diante da sua significação: saídas tributáveis não faturadas.

No entanto, consoante previsão ínsita no parágrafo único do art. 646, tal conclusão firma-se em presunção relativa, posto que devolve ao acusado o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações.

Inconformada com a autuação, a recorrente em seu recurso alega que:

1.- que deve ser aplicada a redução de 50% no valor da multa proposta, nos termos do inciso II, art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006;

2.- que a fiscalização deixou de levar em conta o empréstimo bancário, realizado junto ao Banco do Nordeste do Brasil, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), conforme nota de crédito comercial nº 23.2014.557.8341 juntada às folhas 124 a 129 dos autos;

3.- não foi considerado pela fiscalização a escrita contábil (livro diário) apresentado pela defesa ainda em sua peça de impugnação e reapresentado agora no recurso voluntário, sendo o levantamento financeiro correto o apresentado pela defesa à fl. 123 dos autos;

Realizada as considerações acima, passamos a análise do recurso apresentado, onde iniciamos pela **alegação 01** (redução da multa proposta) onde após criteriosa análise da legislação citada pela defesa, verificamos que razão não lhe assiste.

Vejamos a redação do inciso II, do art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006, *litteris*:

Art. 38-B. As multas relativas à falta de prestação ou à incorreção no cumprimento de obrigações acessórias para com os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais, quando em valor fixo ou mínimo, e na ausência de previsão legal de valores específicos e mais favoráveis para MEI, microempresa ou empresa de pequeno porte, terão redução de:

I - (...)

II - 50% (cinquenta por cento) para as microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional; (g.n.)

Ora, da leitura do dispositivo acima, é de solar clareza que o mesmo não se aplica ao caso dos autos, tendo em vista que o mesmo só se aplica a obrigações acessórias e ainda que preenchida as demais disposições legais, o que definitivamente não é o caso em apreço que trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis (obrigação principal).

Com relação a **alegação 02** (empréstimo bancário), verificamos após análise do caderno processual, que assiste razão a Autuada quanto a não contabilização do empréstimo bancário tomado em abril de 2014 junto ao Banco do Nordeste no valor de R\$ 60.000,00 (fls. 125-129) dos autos.

Isto posto, refizemos o cálculo para apuração da diferença tributável do exercício 2014 e obtivemos o seguinte resultado:

DIFERENÇA TRIBUTÁVEL APURADA.....	R\$	410.256,58
(-) EMPRÉSTIMO BANCÁRIO REALIZADO	R\$	60.000,00
DIFERENÇA TRIBUTÁVEL APURADA APÓS AJUSTES.....	R\$	350.256,58
ICMS DEVIDO(17,00%)	R\$	59.543,62
MULTA (100%).....	R\$	59.543,62
TOTAL DEVIDO.....	R\$	119.087,24

Por fim, no tocante ao **argumento 03** (desconsideração da contabilidade apresentada), verificamos que o tema também foi objeto da defesa apresentada em primeira instância e que naquela oportunidade, a n. julgadora singular enfrentou o tema com maestria, conforme trecho de sua decisão que passo a apresentar abaixo.

“No caso vertente, percebe-se que enquanto a notificação (fls.09) fora cientificada na data de 13/09/2017, a autenticação do Livro Diário do ano 2014 foi na data de 26/09/2017 (conforme cópias anexas às folhas 23).

Para ser aceita a escrita contábil como prova processual deve-se cumprir a exigência do §7º do art. 643 do RICMS/PB, todavia como a autenticação do Livro Diário apresentado foi após a data da ciência da notificação (fls. 09), caso que se caracteriza a exclusão da espontaneidade do autuado, portanto assiste razão ao autor do feito em

não ter aceitado a contabilidade como regular, posto que ela não seja regular nos termos do parágrafo 7º do artigo 643 do RICMS/PB.

Seguindo esse raciocínio entendo que a defesa não conseguiu demonstrar a improcedência da acusação.”

Assim, sem maiores delongas no tocante a este ponto da defesa, ratifico a rejeição dada pela julgadora singular aos registros dispostos na escrita contábil apresentada, diante da intempestividade do registro e autenticação da contabilidade perante a legislação do ICMS.

Por fim, faz-se necessário destacar o fato de que a própria Autuada em seu recurso (fls. 123), apresenta um novo Levantamento Financeiro do exercício 2014, onde não se manifesta contrária ao computo das receitas e despesas realizadas, posto que considerou os mesmos valores apurados pela fiscalização, dando certeza quanto à legitimidade da origem financeira destas rubricas no Levantamento Financeiro.

Diante destas considerações, arrimada na legislação de regência e nas considerações de cunho legal, esta Relatoria acata parcialmente os pedidos recursais decidindo, pela reforma da sentença monocrática, em face das razões de prova apresentadas, dando como líquido e certo o crédito tributário retificado.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, reformando a sentença exarada na instância monocrática, para julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002611/2017-86, lavrado em 30/10/2017, contra a empresa LUZIA SOARES DA SILVA, CCICMS: 16.143.818-0, declarando como devido o crédito tributário no valor de **R\$ 119.087,24 (cento e dezenove mil, oitenta e sete reais e vinte e quatro centavos)**, sendo R\$ 59.543,62 (cinquenta e nove mil, quinhentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; e 160, I, c/c o parágrafo único do art. 646 todos do RICMS-PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97 e R\$ 59.543,62 (cinquenta e nove mil, quinhentos e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo Art. 82, V, "f" da Lei n. 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de **R\$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais)**, sendo R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) de ICMS e R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) de multa por infração.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de maio de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator