Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 141.461.2013-6
Recursos /HIE/VOL/CRF-061/2015
1° Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
1° Recorrida: MARIA DO SOCORRO MENDES DE ANDRADE.
2° Recorrente: MARIA DO SOCORRO MENDES DE ANDRADE.
2° Recorria: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE CAJAZEIRAS.
Autuante: ANTONIO FIRMO DE ANDRADE.
Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. PARCIALIDADE. ARGUMENTOS RECURSAIS DESPROVIDOS DE FUNDAMENTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Caracterizada a parcialidade na infração lastreada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através da constatação de falta de lançamento de notas fiscais de entrada nos livros fiscais, fato elidido pela recorrente com base em argumentação desprovida de legitimidade plena para inquinar o lançamento indiciário.
Confirmada a redução no lançamento compulsório em parte dos exercícios fiscalizados, com base no Levantamento da Conta Mercadorias, quando da sentença singular proferida. Inadequação do pleito recursal de inclusão de vendas omitidas no comparativo das operações de cartão de crédito e débito ao cômputo das saídas por vendas do Levantamento da Conta Mercadorias, por não atender aos pressupostos legais que condicionem a sua aceitação para o efeito de se somar aos valores das saídas declaradas nos assentamentos regulares da escrita fiscal que oferecem suporte à acusação de omissão de saídas tributáveis.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo DESPROVIMENTO de ambos, mantendo os termos da sentença prolatada na primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001702/2013-70 (fls. 9), lavrado em 14/10/2013, em que foi autuada a empresa MARIA DO SOCORRO MENDES DE ANDRADE, com inscrição estadual n° 16.045.013-6, já qualificada nos autos, com crédito tributário devido no importe de R$ 1.725.749,94 (hum milhão, setecentos e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e nove reais e oitenta e noventa e quatro centavos), sendo R$ 862.874,97(oitocentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I c/c os artigos 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS, aprovado pelo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Decreto nº 18.930/97, e R$ 862.874,97 (oitocentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “a” e “f”, da Lei n° 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho *CANCELADO* por indevido, o montante de R$ 794.359,46, referente à R$ 397.179,73 de ICMS e R$ 397.179,73 de multa por infração, em razão das fundamentações apresentadas neste voto.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 15 de julho de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

Relatório

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Examinam-se, neste Colegiado, os Recursos Hierárquico e Voluntário, nos moldes dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/13, diante da sentença prolatada na instância prima que considerou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001702/2013-70**,** lavrado em14/10/2013, onde a autuada, acima qualificada, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

- "FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios".

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

Segundo o entendimento acima, os autuantes constituíram o crédito tributário correspondente na quantia de **R$ 2.520.109,40**, sendo **R$ 1.260.054,70** de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/c 643, §4°, II, e 646, todos do RICMS/PB, e **R$ 1.260.054,70** de multa por infração, com fundamento no artigo 82, V, "a" e "f", da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 11/272 (Relatório referente a GIM, Demonstrativo e cópia das Notas Fiscais de Entradas Não Registradas e de terceiros e demonstrativo da Conta Mercadorias).

Regularmente cientificado do resultado da ação fiscal, em 6.12.2013, através de Edital Publicado no DOE, o contribuinte apresentou peça reclamatória *(fls. 279 a 287)*, na qual alega como base de sua defesa os seguintes pontos:

- que as acusações não deveriam ser alicerçadas em presunção legal do art. 646 do RICMS/PB, pois esta não poderia se sobrepor à realidade dos fatos;

- que houve equívoco cometido pelo auditor quando do enquadramento da multa aplicada pela acusação de falta de escrituração, defendendo a improcedência da penalidade posta nessa peça acusatória;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- que as notas fiscais supostamente não lançadas e que estão elencadas indevidamente nos demonstrativos fiscais, encontram-se documentos referentes ao ISS, remessa de mercadorias em bonificação e sujeitas ao regime da substituição tributária;

- que a autoridade fiscal se enganou quanto ao valor da nota fiscal de nº. 220.146, comprometendo o resultado do levantamento da Conta Mercadorias de 2008;

- que o Fisco equivocadamente deixou de considerar no aludido demonstrativo fiscal, os montantes das diferenças a menor resultantes do confronto entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as quais trabalha, conforme relatórios anexados pela fiscalização;

- que realizou nos demonstrativos de sua autoria no tocante ao Levantamento da Conta Mercadorias dos exercícios de 2008, 2009 e 2011, expurgando a movimentação com mercadorias não tributáveis, mantendo apenas aquelas com tributação normal, bem como, incluindo os valores das hipotéticas omissões das vendas indicadas no Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM.

Por fim, requer a acolhida das razões defensuais para que seja reduzido valor do crédito tributário.

Contestando os argumentos defensuais, o autuante compareceu às fls. 356/357, informando que o embasamento para as hipóteses dos autos e para os seus demonstrativos adveio do sistema ATF da SER/PB;

Em relação às notas fiscais de serviço e de mercadorias sujeitas à substituição tributária, esclarece que a atuação ocorreu devido a uma norma tributária presuntiva relativa a fatos pretéritos;

Por fim, reafirma a precisão dos seus procedimentos, em especial o levantamento da Conta Mercadorias, já que os dados se originaram do próprio contribuinte, requerendo a que seja mantida a acusação inserta no Auto de Infração.

Sem informação de reincidência, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processo Fiscal, sendo distribuído ao Julgador Fiscal, **Christian Vilar de Queiroz**, que julgou o libelo basilar PARCIALMENTE PROCEDENTE, conforme ementa abaixo transcrita:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

AJUSTES EFETUADOS. CONTA MERCADORIAS. CORRIGENDA.

A constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios evidencia a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Essa presunção admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte. Princípio da Verdade Material, com exclusão de notas fiscais, referentes ao ISS, imposto da competência municipal, reduziu o lançamento posto no auto de infração.

Confirmada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada mediante o levantamento da Conta Mercadorias. Procedida à exclusão de valores, em face dos argumentos defensuais e provas carreadas aos autos, assim como pela existência de CMV negativo decorrente do exercício de 2011, acarretando a parcial sucumbência do crédito tributário.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em face do que, o crédito tributário original passou a ser constituído do valor de **R$ 1.725.749,94,** sendo **R$ 862.874,97** (oitocentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos) de ICMS, e multa por infração na quantia de **R$ 862.874,97** (oitocentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos).

Interposto o Recurso Hierárquico (fls. 421) e regularmente cientificada da decisão "*a quo*" (conforme atestam os documentos de fls. 422), a autuada **recorre voluntariamente** a este Conselho de Recursos Fiscais (peça recursal de fls. 113 a 128), tecendo, em síntese, considerações de dois pontos não acolhidos na fase de reclamação apresentada, conforme relatos abaixo:

- que o somatório dos valores das notas fiscais não lançadas é bem aquém do valor da disponibilidade financeira da empresa, demonstrando que o saldo de caixa suportaria os pagamentos de notas fiscais não lançadas no exercício, o que, portanto, não há o que se falar em presunção de vendas sem emissão de notas fiscais;

- que diante da constatação de saldo financeiro para suportar os pagamentos das notas fiscais não lançadas, a presunção de vendas sem emissão de notas fiscais não encontra guarida, sendo descabida sua aplicação ao caso presente, que encontra respaldo em norma especifica retratada no art. 82, II, "b" da Lei n° 6.379/96, com multa de 50% e não de 100% como fora aplicada pela fiscalização, requerendo sua adequação com base, também, no Princípio da Retroatividade mais benigna;

- que devem ser computadas na movimentação das saídas por vendas no Levantamento da Conta Mercadorias as diferenças encontradas dos relatórios de cartão de crédito que demonstram a ocorrência de vendas de mercadorias sem emissão de notas ou cupons fiscais que não foram declarados pelo contribuinte, mas que poderiam ser objeto de exação caso sua repercussão

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

tributária fosse maior, não podendo servir, apenas, para prejudicar o contribuinte e nunca para beneficiar;

Concluindo, solicita seu direito de proferir sustentação oral no momento do julgamento, com designação do Sr. Garibaldi Dantas Filho, OAB/PB n° 17.834, com endereço constante às fls. 429 dos autos.

Por fim, reitera os pedidos já discorridos nos argumentos apresentados, querendo a redução do crédito tributário por incorrer em medida de justiça fiscal.

Os autos foram remetidos a esta Casa, e, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

V O T O

Em pauta os Recursos Hierárquico e Voluntário, diante da decisão tomada pelo julgador singular de procedência parcial dos lançamentos indiciários, com acolhimento de correições dos procedimentos fiscais, no tocante a exclusão de notas fiscais, tidas como não lançadas, e de exclusão de mercadorias não tributáveis e com CMV negativo no Levantamento da Conta Mercadorias nos exercícios fiscalizados, restando 2(dois) pontos não acolhidos e que foram abordados no recurso pelo procurador da recorrente.

Antes de qualquer discussão, vale frisar que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei. A natureza da infração e a pessoa do infrator estão meridianamente determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte, não havendo nos autos elementos processuais capazes de invalidar o feito fiscal por vício formal ou material, em virtude de estarem corretamente delineadas, na peça acusatória.

Não obstante, faço necessário enfrentar os aspectos abordados pela recusante, impondo apreciar as razões meritórias e motivadoras da decisão proferida pela instância "***a quo***", onde faço mister separar as acusações com base no procedimento de aferição adotado pela fiscalização, no fito de tornar o desfecho da questão mais objetivo e claro, sendo mais compreensivo para as partes interessadas, uma vez que os trâmites estão dentro das diretrizes regulamentares.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

1 - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS (Omissão de saídas tributáveis). Exercício de 2010.

Em relação a esta apuração fiscal que contempla a denúncia de falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada e tem por fundamento a presunção ***juris tantum*** (que admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte) de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, vejo que nada se encontra a obstaculizar a exigência fiscal, diante da previsão do art. 646 do RICMS/PB, "*in verbis*":

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimento a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, ***bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas****, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).*

Dessa ilação normativa, são afrontados os artigos 158, I e 160, I, do supracitado regulamento, senão vejamos:

"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".

Neste diapasão, é de se dar conhecimento que esta irregularidade abrange não as operações presentes, não registradas, mas sim aquelas operações pretéritas de vendas-saídas de mercadorias sem que o imposto tenha sido recolhido, visto que suas entradas não foram registradas, o que gera repercussão financeira para a aquisição de mercadorias sem o devido lançamento.

Ao analisar as razões apresentadas pelo nobre advogado, verifico, na primeira tese contrária ao feito fiscal, a arguição de que os valores das notas fiscais não lançadas estariam aquém do valor da disponibilidade financeira da empresa no exercício fiscalizado, diante da existência de saldo de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

caixa, o que, portanto, não se aplicaria a presunção de vendas sem emissão documental, o que, por consequência, a tipificação da infração seria outra com multa por infração de 50% do imposto, com aplicação da retroatividade benigna.

Ora, em que pese a inteligência de tese recursal disposta pelo nobre causídico da recorrente, esta relatoria entende que os fundamentos apresentados fogem da mínima razoabilidade e legalidade necessária para elidir a presunção legal de que receitas "***extra-caixa***" foram utilizadas para liquidar os pagamentos de aquisições de mercadorias não contabilizadas.

Nesta esteira, fica clarividente na norma tributária presuntiva que, uma vez que se realizam aquisições de mercadorias com notas fiscais sem a devida declaração nos livros fiscais e contábeis próprios, presume-se que o objetivo maior era omitir receitas cuja origem não tem comprovação, independentemente da existência de saldo superavitário de capital em conta própria ou mesmo da inexistência de estouro de Caixa, posto que a situação infracional emergiu da constatação de que ocorreu uso de fonte de receitas que estavam a margem do Caixa Oficial, oriundas, portanto, de vendas pretéritas de mercadorias sem emissão dos correspondentes documentos fiscais. Por óbvio, receitas não declaradas cobrem despesas igualmente não contabilizadas, tudo ao arrepio da lei.

Portanto, a base do processo lógico em exame repousa em fato conhecido (compras de mercadorias com notas fiscais), cujo lançamento foi omitido e caracteriza despesas não contabilizadas, para encobrir receitas igualmente omitidas porque emergiram de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais (fato presumido que tem relação direta com o fato conhecido ou fato-base).

Nesta senda, materializou-se a presunção legal de saídas por vendas sem lastro documental, formadoras de receitas marginais, que foram usadas para pagamento das aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não estão registradas, situação que não se confunde com as receitas próprias existentes em Conta Caixa e que não foram utilizadas para pagamento das tais operações mercantis omitidas.

Assim, carecem de amparo legal os reclamos de que os pagamentos não declarados das compras seriam comportados pela existência de posição superavitária de recursos em Caixa ao ponto de suas deduções não implicarem em saldo credor, visto que o fato desconhecido que motivou a repercussão tributária foi a utilização de receitas marginais, que não tiveram origem de faturamento regular, desaguando na presunção relativa de omissão de vendas de mercadorias sem emissão documental.

Tal constatação por si só, dispensa qualquer medida de diligência ou de perícia para evidenciar a posição superavitária existente em conta de disponibilidade da empresa, vez que a materialidade do fato danoso ao erário estadual encontra em sua concretude plena, com infração pautada na legislação vigente e nas provas documentais de aquisições de mercadorias cujos documentos fiscais não foram registrados nos livros competentes.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em relação à aplicação do princípio da especificação da lei ao caso presente, visando sua readequação da multa nos moldes do art. 82, inciso III, alínea “b” da Lei n° 6.379/96, entendo serem precários os fundamentos defendidos pelo nobre procurador, visto que os fatos apurados possuem natureza jurídica infracional própria e específica, uma vez que a falta de lançamento de notas fiscais de entrada recai sobre base presuntiva de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem qualquer lastro documental emitido com tipificação adequada daquela prevista no art. 82, inciso V, “f” da Lei n° 6.379/96, ou seja, pela prática de infração de natureza material equivalente a 100% do valor do imposto lançado.

Neste sentido, decai, também, por falta de objetividade, o pleito para aplicação do princípio da retroatividade benigna, visto inexistir alteração da tipificação da infração e da gradação da penalidade aplicada que se encontra vigente ao tempo da prática da irregularidade, não se adequando a hipótese prevista no art. 106, II, “c” do CTN.

Registre-se que a matéria em comento é fora historicamente pacificada nesta instância ***ad quem***, a ponto de emergir pensamento uníssono entre os seus membros, ratificando, assim, a decisão que ora se formula, a qual deve preponderar, ***litteris***:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS EM LIVROS PRÓPRIOS

O fato de estar à nota fiscal em nome de determinado adquirente produz os efeitos de transmitir-lhe o ônus de provar a negativa da aquisição. Estando o referido documento não registrado no livro próprio de Registro de Entradas do destinatário, a exclusão de infringência somente se opera mediante prova inequívoca da não aquisição por parte do defendente de que não adquiriu as respectivas mercadorias.

Acórdão nº 5.845/2000

Relator: Cons. Roberto Farias de Araújo

NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS*.*

A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias nos livros próprios enseja a presunção legal de que o numerário utilizado para pagamento das mesmas foi originário de vendas pretéritas omitidas à tributação. Ausência nos autos de prova elidente. Mantida a decisão recorrida. Auto de Infração Procedente.

Acórdão Recurso nº CRF-497/2004

Relator: Cons. Rodrigo Antônio Alves Araújo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ÔNUS DA PROVA DA INEXSITÊNCIA DO FATO ATRIBUÍDO AO CONTRIBUINTE. RECONHECIMENTO DE PARTE DA EXAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO. NÃO ELIDIDA A PRESUNÇÃO SOBRE O REMANESCENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

Confirmadas as aquisições de mercadorias com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas mediante a falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente à contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

Acórdão nº 367/2012

Relatora: Cons. Maria das Graças D. O. Lima

Nesse sentido, necessário é manutenção da decisão singular quanto aos valores devidos, em face da verdade material contida em provas documentais, diante do ilícito fiscal apurado.

2 - LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS (Omissão de saídas tributáveis). Exercícios de 2008, 2009, 2011 e 2013.

A delação fiscal relativa aos exercícios supracitados é originária de procedimento fiscal que busca alcançar as parcelas de vendas omitidas tomando por base o Custo das Mercadorias Vendidas – CMV em comparação a margem de Lucro Bruto arbitrado, sob o prisma das mercadorias tributáveis que deram saídas sem emissão documental, mediante exame fiscal, denominado de Levantamento da Conta Mercadorias, embasadas pela legislação de regência que disciplina o mecanismo de aferição fiscal, na forma prevista pelos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no artigo 643, §§ 3º e 4º, incisos I e II e artigo 646, parágrafo único, ambos 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".***

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*“**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”.*

(Grifo não constante do original).

Por força da interpretação do dispositivo acima – art. 643, § 4º, II, conclui-se que o procedimento inicialmente adotado pela fiscalização foi correto, em se aplicar o TVA de 30% ao custo das mercadorias vendidas, por ocasião do levantamento da Conta Mercadorias, devido à inexistência de escrita contábil da empresa.

Neste contexto, a recorrente não traz qualquer prova capaz de inquinar o arbitramento do lucro bruto da empresa, pois uma das condições de seu sobrestamento seria a existência de uma contabilidade regular e tempestiva apresentada antes do início da ação fiscal, entendendo-se por regular aquela que satisfaz as exigências constantes das **Resoluções nº 563/83 e 597/85**, do Conselho Federal de Contabilidade - CFC.

Portanto, o regime fiscal da empresa, por ser baseada em lucro presumido e por não possuir uma contabilidade montada, leva a adoção do exame fiscal da conta mercadorias que apontou uma diferença tributária representativa de omissões de saídas de mercadorias tributárias na forma

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

delineada pelo art. 643, §4°, II do RICMS, aprovado pelo Dec. n° 18.930/97.

Nos questionamentos do patrono da causa, esta relatoria se debruça sobre o segundo ponto questionado no recurso, onde temos o pleito de inclusão das diferenças apontadas no relatório dos cartões de crédito no cômputo do Levantamento da Conta Mercadorias como necessário para atendimento do princípio da isonomia.

Data vênia, com todo respeito que a tese recursal possa merecer, vejo que esta não encontra guarida de legalidade e de legitimidade capaz de se apoiar em qualquer literatura fiscal ou jurisprudência pátria atual, uma vez que não se pode confundir operações realizadas à margem de faturamento com aquelas que tiveram o devido registro de vendas realizadas e declaradas nos livros próprios, seja fiscal ou contábil.

Necessário esclarecer ao nobre causídico que o montante das diferenças tributáveis evidenciadas entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, representam o mesmo fenômeno de omissão de saídas de mercadorias tributáveis evidenciadas pela técnica fiscal da Conta Mercadorias, pois são lastro de operações fiscais com mercadorias que deram saídas através de vendas sem emissão de notas fiscais que tiveram pagamento efetuado pelos clientes através de cartões de crédito/débito e que não estão escrituradas integralmente na sua escrita fiscal.

Assim, não se pode querer, simplesmente, levar este resultado da divergência de omissão de faturamento nas saídas realizadas pelas operações com cartão de crédito e débito ao movimento da conta mercadorias, pois, estas operações de saídas por vendas que não tiveram o devido fluxo financeiro regular, ou seja, ficaram à margem do faturamento de caixa e, por consequência, da incidência do ICMS, não podem ser consideradas no cômputo das vendas realizadas, já que provocariam um mascaramento das próprias operações que não tiveram saída por documentação fiscal, pois as informações prestadas pelas administradoras em comparação com as declaradas evidenciam saídas irregulares de mercadorias do ponto de vista da tributação.

Sendo assim, a diferença evidenciada através do comparativo nas operações com cartão de crédito/débito sem a respectiva emissão de documentos fiscais representa a mesma infração apurada quando do Levantamento da Conta Mercadorias, sendo caracterizada uma concorrência infracional se ambas fossem aplicadam, hipótese que levou a fiscalização a optar por uma dela, porém não se pode confundir que o resultado de vendas omitidas em uma técnica possa ser aproveitado como vendas realizadas em outra, pois tais vendas representam omissões de faturamento, não havendo o que se falar em quebra do Princípio da Isonomia e da verdade material.

Nesta senda, descabe considerar o pleito para inclusão das vendas de mercadorias não faturadas pelo Cartão de crédito e/ou débito, no levantamento da Conta Mercadorias, como pretendido pelo constituinte da recorrente, já que essa técnica de auditoria, apenas considera o total das entradas e

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

das saídas das mercadorias regularmente emitidas para aferição da margem de lucro bruto de 30% do Custo das Mercadorias Vendidas - CMV.

Por oportuno ressalto, que os membros deste Colegiado possuem pensamento uníssono acerca da matéria em análise, a exemplo do Acórdão CRF n° 455/2012 desta relatoria, senão vejamos:

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ERRO NA DOSIMETRIA DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

Cabe ***a exigência tributária formulada pela acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis através do Levantamento da Conta Mercadorias, ante a falta de argumentos e provas materiais capazes de elidir a irregularidade fiscal apurada.*** *No tocante a penalidade acessória constatou-se excesso na aplicação da multa, cabendo sua correção para a dosimetria correta.*

Por fim, ratifico as razões traçadas pelo julgador monocrático sob a ótica da procedência parcial do auto de infração, reduzindo o crédito tributário com os ajustes com base no acolhimento das provas e dos fatos saneados nos levantamentos da Conta Mercadorias dos exercícios de 2008 e 2009, com exclusão da diferença apurada no exercício de 2011 e manutenção da exigência sobre o exercício de 2013.

Neste sentido, pelas razões expostas não resta a este relator outra assertiva, senão, ratificar a decisão singular, mantendo a parcial procedência do auto de infração em comento, conforme composição abaixo:

Infração	**Data**		**Tributo**	**Multa**	**Total**
	Início	**Fim**			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2010	31/01/2010	1.686,66	1.686,66	3.373,32

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/02/2010	28/02/2010	513,64	513,64	1.027,28
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/03/2010	31/03/2010	1.358,86	1.358,86	2.717,72
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2010	30/04/2010	179,37	179,37	358,74
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/05/2010	30/05/2010	692,37	692,37	1.384,74
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/06/2010	30/06/2010	639,52	639,52	1.279,04
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/07/2010	30/07/2010	260,66	260,66	521,32
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS	01/08/2010	30/08/2010	37,47	37,47	74,94

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

PRÓPRIOS					
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/09/2010	30/09/2010	0,00	0,00	0,00
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/12/2010	30/12/2010	1.257,74	1.257,74	2.515,48
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2008	31/12/2008	14.532,55	14.532,55	29.065,10
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2009	31/12/2009	110.695,04	110.695,04	221.390,08
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2011	31/12/2011	0,00	0,00	0,00
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2013	30/09/2013	731.021,09	731.021,09	1.462.042,18
TOTAL			862.874,97	862.874,97	1.725.749,94

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Pelo exposto**,**

V O T O - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo DESPROVIMENTO de ambos, mantendo os termos da sentença prolatada na primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001702/2013-70 (fls. 9), lavrado em 14/10/2013, em que foi autuada a empresa MARIA DO SOCORRO MENDES DE ANDRADE, com inscrição estadual n° 16.045.013-6, já qualificada nos autos, com crédito tributário devido no importe de R$ 1.725.749,94 (hum milhão, setecentos e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e nove reais e oitenta e noventa e quatro centavos), sendo R$ 862.874,97(oitocentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I c/c os artigos 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R$ 862.874,97 (oitocentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e quatro reais e noventa e sete centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “a” e “f”, da Lei n° 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho *CANCELADO* por indevido, o montante de R$ 794.359,46, referente à R$ 397.179,73 de ICMS e R$ 397.179,73 de multa por infração, em razão das fundamentações apresentadas neste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 15 de julho de 2016.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator

Phoca PDF