Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 017.606.2013-0
Recurso HIE/CRF-641/2014
Recorrente: GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
Recorrida: SÓ CORREIAS COMÉRCIO DE PEÇAS INDUSTRIAIS LTDA.
Preparadora: COLETORIA ESTADUL DE BAYEUX
Autuante: TARCIANA MUNIZ CARNEIRO
Relatora: CONS.ª DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO#EMENTA TÍTULO

OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de Levantamento Financeiro tem o efeito de inverter o ônus da prova para cometê-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez do seu resultado. Ajustes realizados em um dos procedimentos, em decorrência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas, apurado em levantamento da Conta Mercadorias, no mesmo exercício, assim como a retificação de outros valores levados a efeito no levantamento referente aos demais exercícios determinaram a sucumbência de parte do lançamento de ofício e redução do remanescente.

O procedimento de auditoria utilizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte fez confirmar a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento da Conta Mercadorias.

Reduzido os valores das penalidades, tendo em vista o princípio da aplicação retroativa de lei posterior mais benigna.

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 da relatora, pelo recebimento do Recurso HIERÁRQUICO, por regular, e no mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, para alterar quanto aos valores à decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE oAuto de Infração de Estabelecimento nº 9330008.09.00000177/2013-76, (fls.18),lavrado em 21/2/2013, contra SÓ CORREIAS COMÉRCIO DE PEÇAS INDUSTRIAIS LTDA, CCICMS nº 16.155.868-2, exigindo o crédito tributário no montante de R$ 22.959,08 (vinte e dois mil, novecentos e cinquenta e nove reais e oito centavos), sendo R$ 11.479,54 (onze mil, quatrocentos e setenta e noive reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos 158, 160, I, c/c art. 643, § 4º, II e 646, parágrafo único, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R$ $ 11.479,54 (onze mil,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

quatrocentos e setenta e noive reais e cinquenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V "a" e "f" da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o crédito tributário no valor de R$ 642.819,13, sendo R$ 211.439,40, de ICMS e R$ 431.379,73, a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste 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 12 de agosto de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUAIR, GLAUCO CAVALCANTE MONTENEGRO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e FRANCISCO LIMA CAVALCANTE e

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso HIERÁRQUICO, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra a decisão proferida em primeira instância, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000177/2013-76, lavrado em 21/2/2013, à fl.18, contra **SÓ CORREIAS COMÉRCIO DE PEÇAS INDUSTRIAIS LTDA.,** CCICMS nº 16.155.868-2, em razão das seguintes irregularidades:

"OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >>

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade detectada através do Levantamento Financeiro."

"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 de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade detectada através do Levantamento Financeiro."

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

Pelo exposto, por infração aos arts. 158, I, 160, I, c/fulcro no art. 643, § 4º, II e 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, com fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, a autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o **ICMS**, no valor total de **R$ 222.918,94, (duzentos e vinte e dois mil, novecentos e dezoito reais e noventa e quatro centavos),** e **R$ 444.301,52, (quatrocentos e quarenta e quatro mil, trezentos e um reais e cinquenta e dois centavos),** de multa por infração, arrimada no art. 82, V, "a " e "f" da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário de **R$ 667.220,46 (seiscentos e sessenta e sete mil, duzentos e vinte reais e quarenta e seis centavos).**

(Instruem os autos: fls.20/31) – Levantamento Financeiro, Conta Mercadorias, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Encerramento de Fiscalização, Informação Fiscal.

Cientificada por Aviso Postal, em 12/3/2013 (fl.32), a autuada tornou-se revel, consoante Termo de Revelia, lavrado em 24/4/2013 (fl.33).

Sem informação de antecedentes fiscais (fl.34), os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais.

Ato contínuo, foram devolvidos para saneamento à fl. 38, do processo.

Em cumprimento a medida saneadora requisitada na GEJUP, foram apensados pela autuante os Demonstrativos de Levantamento Financeiro e Conta Mercadorias, às fls. 41/45 e distribuídos os autos ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que os retornou em diligência (fl.50), para que a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

autuante cumprisse a determinação exarada no art. 643, § 5º do RICMS.

Mais uma vez a representante fazendária veio aos autos, apensando novos demonstrativos e informação fiscal (fl.60). Ato contínuo as peças processuais foram minuciosamente analisadas pelo julgador fiscal que declinou pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA**, do auto infracional, mediante o seguinte entendimento:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONTA MERCADORIAS. SIMPLES NACIONAL. REVELIA. CORREÇÃO DO IMPOSTO APURADO E DA PENALIDADE PROPOSTA.

Quem se mantém em estado de revelia assume o ônus das acusações que lhe estão sendo impostas, presumindo-se como verdadeiros os fatos insertos na exordial. Correções dos Levantamentos Financeiros e das multas, decorrente da legislação em vigor, sucumbiram parte do crédito tributário.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Com os ajustes o crédito tributário foi reduzido para **R$ 143.496,73,** sendo **R$ 71.027,24,** de **ICMS** e **R$ 72.469,49,** de multa por infração**.**

.

Notificado para conhecimento da decisão singular, por Aviso Postal, em 4/4/2014 (fl.72), o contribuinte não se manifestou nos autos.

Em contra arrazoado, a autuante veio à fl. 76, ratificando a decisão singular.

Remetidos a esta Corte Julgadora, os autos foram, a mim, distribuídos, segundo critério regimental previsto, para apreciação e julgamento.

É O RELATÓRIO.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

O objeto do Recurso Hierárquico, a ser discutido por esta relatoria, diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora, por proceder parcialmente o lançamento de oficio, consoante decisão às fls.63/68, dos autos.

1ª Acusação:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO.

A acusação, omissão de saídas, detectada através do Levantamento Financeiro, referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, cujos demonstrativos, apensados às fls.20, 22, 24, e posteriormente corrigidos, às fls. 52, 54 e 56, dos autos, consiste em uma técnica de auditoria bastante empregada pelo fisco paraibano. Trata-se do cotejo entre as despesas e receitas do estabelecimento comercial durante o exercício fiscalizado, cabendo ao sujeito passivo provar que o agente fazendário incorreu em erros ou omissões na alocação de valores, pois o RICMS/PB, no seu art. 646, parágrafo único, é claro ao estabelecer a presunção de saídas de mercadorias não tributadas ao se apurar despesas superiores a receitas**, *in verbis:***

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos 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 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 sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

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

Com efeito, essa técnica de fiscalização se presta a levantar crédito tributário com elevado grau de certeza e liquidez, haja vista que neste procedimento são somadas todas as receitas da empresa, incluindo-se, assim, mercadorias tributáveis, não tributáveis, isentas, com base de cálculo reduzida, conforme legislação de regência supracitada.

Diligenciado o procedimento inicial pelo nobre julgador fiscal, para exclusão de valores inicialmente lançados como Saldo Inicial e Saldo Final de Caixa, sem que cópias do Livro Caixa fossem

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

colacionadas aos autos, e pela informação, de fl. 31, a autuante refez os procedimentos, que apresentaram redução nas diferenças tributáveis dos exercícios de 2008 e 2009, como demonstradas às fls. 52 e 54, inexistindo repercussão no exercício de 2010, à fl. 56, do processo, com o que corroboro o entendimento do julgador singular.

Informou ainda a autuante que o refazimento dos demonstrativos com a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), para complementar a alíquota do Simples Nacional, resultou em diferença a maior, não sendo possível lavrar Termo Complementar de Infração, haja vista a ocorrência de decadência prevista no art. 173, I do CTN.

Em assim sendo, essa relatoria corrobora com o posicionamento da autuante, por serem condizentes com a legislação de regência.

No entanto, mesmo considerando que a autuada esteve inserida no Regime do Simples Nacional, as saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, não comportam a aplicação da alíquota desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, “e” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições.

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aosquais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII – ICMS devido:

(...)

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

f) **na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal; (g.n).**

Com efeito, nesses casos, a Lei Complementar nº 123/2006 remete a autuada para o regime de pagamento normal do imposto. No entanto, o refazimento do demonstrativo referente ao exercício de 2008, com a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), inicialmente aplicada com a do Simples Nacional, resultaria em diferença a maior, não sendo possível lavrar Termo Complementar de Infração, haja vista a ocorrência de decadência prevista no art. 173, I do CTN, conforme acima explicitado.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No entanto, mesmo considerada a aplicação da alíquota do Simples Nacional, para os valores apurados no demonstrativo do exercício de 2008 (fl.52), deve ser corrigido o ICMS para R$ 2.884,50, em face dos ajustes realizados por ocasião da diligência solicitada na fl. 50, conforme se verifica na resposta de fl. 52.

Todavia, em relação ao exercício de 2009, a autuante não deduziu do total de omissão apurada o prejuízo bruto com mercadorias sujeitas a substituição tributária, no valor de R$ 350.280,54 (fl.44), apurado na Conta Mercadorias daquele exercício, sendo necessário ajustes na apuração do imposto, visando deduzir, do valor total das “omissões de vendas”, apurada pelo Levantamento Financeiro, no citado exercício, o prejuízo bruto apurado nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas, apontado no Levantamento da Conta Mercadorias, do mesmo exercício.

Porquanto indevida a tributação de tais operações, por se encontrar o ICMS pago por antecipação, ou legalmente afastada sua cobrança por isenção ou não incidência, afinal, a presunção que se instaura sobre a diferença apurada no Levantamento Financeiro há que se reportar tão somente à omissão de saídas tributáveis, nos termos do art. 646, parágrafo único, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

Em face de tal ajuste, a apuração do valor do ICMS devido e lançado para o exercícios de 2009, compreende os seguintes valores:

DESCRIÇÃO	Exercício -2009
LEVANTAMENTO FINANCEIRO- DIF. TRIB-OMISSÃO DE VENDAS (fl.54)	398.966,36
PREJUÍZO APURADO C/ MERC. ISENTAS, NÃO- TRIB., ST- CONTA MERCADORIAS (fl.44)	350.280,54
BASE DE CÁLCULO - ICMS	48.685,82
ICMS DEVIDO (17%)	**8.276,58**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte de Julgamento, quando da análise de questão semelhante cujo Acórdão abaixo transcrevo:

“**RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OPERAÇÕES ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁDAS. PARCIALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA**.

A denúncia de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais constatadas mediante levantamento financeiro suscita alteração no valor do crédito tributário correspondente, frente à constatação de que uma parte dessas saídas compreenderam mercadorias não tributáveis ou sujeitas ao regime de pagamento por substituição tributária, impondo, dessa forma, a dedução do valor das operações apontadas no Levantamento da Conta Mercadorias com mercadorias não tributáveis ou com substituição tributária da diferença tributável apurada no Demonstrativo Financeiro. Reforma da decisão recorrida.” (Acórdão nº 318/2013, D.O.E. de 11/10/2013, Rel. Consº João Lincoln Diniz Borges)

Neste contexto, buscando-se a verdade objetiva dos fatos, lastreada no Princípio da Verdade Material, cabe a este Colegiado alterar os valores aportados na instância prima, julgando parcialmente procedente a ação fiscal com relação a esta acusação.

2ª Acusação:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS

A presente demanda decorreu da delação da infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada mediante o Levantamento da Conta Mercadorias, realizado no exercício de 2011, como demonstrada às fls. 126, dos autos.

A fiscalização realizou o referido levantamento, arbitrando o lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o custo das mercadorias vendidas, que resultou em diferença tributável, alicerçada em presunção relativa de saídas sem pagamento do imposto, conforme determina o RICMS/PB, nos artigos 643, § 4º, II, 158, I e 160, I, *in verbis*:

“Art. 643. *No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil,*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

***§ 4º** Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:*

***II** - o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular".*

***"Art. 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".*

É sabido, pois, que o Levantamento da Conta Mercadorias com arbitramento do lucro bruto consiste de uma técnica de auditagem absolutamente legítima de que se vale a Fiscalização para aferição da movimentação mercantil das empresas que não possuem escrita contábil regular, ou seja, os possuidores de escrita fiscal, unicamente, e que as diferenças apontadas na citada Conta suportam o lançamento indiciário do ICMS apurado e não pago, posto que firmam presunção de saídas sem o pagamento do imposto correspondente.

Considerando a inexistência de provas capazes de elidir o resultado do procedimento reputo legítimo o respectivo lançamento de ofício.

Pelo exposto, essa relatoria reforma a decisão singular, conforme abaixo demonstrada:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

AUTO DE INFRAÇÃO			VALORES EXCLUÍDOS		VALORES DEVEIDOS		
PERÍODO	**ICMS**	**MULTA**	**ICMS**	**MULTA**	**ICMS**	**MULTA**	**TOTAL**
L.F.2009	181.022,80	362.045,60	172.746,22	353.769,02	8.276,58	8.276,58	16.553,16
L.F.2010	38.504,97	77.009,94	38.504,97	77.009,94	0,00	0,00	0,00
L.F.2008	3.072,71	4.609,06	188,21	282,31	2.884,50	2.884,50	5.769,00
C.M.2011	318,46	636,92	0,00	318,46	318,46	318,46	636,92
TOTAIS	222.918,94	444.305,52	211.439,40	431.379,73	11.479,54	11.479,54	22.959,08

Isto posto,

VOTO - pelo recebimento do Recurso **HIERÁRQUICO**, por regular, e no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO,** para alterar quanto aos valores à decisão monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** oAuto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00000177/2013-76, (**fls.18),lavrado em 21/2/2013, contra **SÓ CORREIAS COMÉRCIO DE PEÇAS INDUSTRIAIS LTDA,** CCICMS nº 16.155.868-2, exigindo o crédito tributário no montante de **R$ 22.959,08 (vinte e dois mil, novecentos e cinquenta e nove reais e oito centavos),** sendo **R$ 11.479,54 (onze mil, quatrocentos e setenta e noive reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS,** por infringência aos 158, 160, I, c/c art. 643, § 4º, II e 646, parágrafo único, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R$ $ 11.479,54 (onze mil, quatrocentos e setenta e noive reais e cinquenta e quatro centavos),** de multa por infração**,** nos termos do art. 82, V “a” e “f” da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o crédito tributário no valor de **R$ 642.819,13, sendo R$ 211.439,40,** de **ICMS e R$ 431.379,73,** a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de agosto de 2016.

DOMENICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

Conselheira Relatora

Phoca PDF