



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 095.349.2014-2

Recurso /VOL/CRF-846/2014

Recorrente: GRUPO ALVES MINIMERCADO LTDA - ME

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: COLETORIA ESTRADUAL DE ESPERANÇA

Autuante: ODILON AMAURI MONTENEGRO DE AQUINO

Relatora: CONS.^a DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. CONFIRMAÇÃO PARCIAL REFORMADA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias tem o condão de inverter o ônus da prova para atribuí-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez de seu resultado. No caso, alterações efetuadas nas GIM's, provocaram a derrocada parcial da acusação.

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 voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para modificar a decisão proferida pela instância monocrática, que julgou *procedente*, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00000907/2014-10**, (fls.8/9), datado de 3/6/2014, lavrado contra a empresa **GRUPO ALVES MINIMERCADO LTDA-ME**, nos autos devidamente qualificada, para condená-la ao pagamento do crédito tributário, no montante de R\$ 1.475.704,20 (um milhão, quatrocentos e setenta e cinco mil, setecentos e quatro reais e vinte centavos), sendo R\$ 737.852,11 (setecentos e trinta e sete mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de ICMS, por infração aos artigos, 158, I, 160, I, 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB e R\$ 737.852,11 (setecentos e trinta e sete mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de multa por infração, nos termos do art.82, V "a," da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 520.038,70 (quinhentos e vinte mil, trinta e oito reais e setenta centavos), sendo R\$ 260.019,35 (duzentos e sessenta mil, dezenove reais e trinta e cinco centavos), de ICMS e R\$ 260.019,35 (duzentos e sessenta mil, dezenove reais e trinta e cinco centavos), 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 16 de setembro de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso voluntário, interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13, contra a decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000907/2014-10, lavrado em 3/6/2014, às fls.8/9, contra GRUPO ALVES MINIMERCADO LTDA – ME, CCICMS nº 16.163.998-4, em razão da seguinte irregularidade:

“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, todos do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 997.871,46 (novecentos e noventa e sete mil, oitocentos e setenta e um reais e quarenta e seis centavos), e R\$ 997.871,46 (novecentos e noventa e sete mil, oitocentos e setenta e um reais e quarenta e seis centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “a “ da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário de R\$ 1.995.742,92 (um milhão, novecentos e noventa e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e noventa e dois centavos).

Instruem os autos: Ordem de Serviço Normal, Termo de Início de Fiscalização, Demonstrativo Conta Mercadorias, Demonstrativo Levantamento Financeiro, Termo de Encerramento de Fiscalização. (fls.3/20)

Cientificada pessoalmente, na peça exordial, em 9/6/2014 (fl.9), a autuada veio tempestivamente aos autos, apresentar peça reclamatória, às fls. 22/27, através dos seus advogados devidamente outorgados pelo instrumento procuratório à fl. 28, dos autos.

Sem informação de reincidência (fl. 31), os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de processos Fiscais (fl.33), sendo distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que após analisar minudentemente as peças processuais, declinou por sua **procedência**, mediante o entendimento abaixo ementado:

CONTA MERCADORIAS – AUSÊNCIA DE PROVAS ELIDENTES – MANTIDAS AS ACUSAÇÕES – JULGAMENTO PROCEDENTE.

O lançamento indiciário baseado nos Levantamentos das Contas Mercadorias tem a virtude de inverter o ônus da prova, transferindo ao contribuinte o encargo de esclarecer as irregularidades evidenciadas pelo controle fiscal. *In casu*, não se vislumbra qualquer prova capaz de elidir a presunção decorrente do resultado do feito.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Notificada para conhecimento da decisão singular, por Aviso Postal, em 29/9/2014, a autuada veio de forma tempestiva aos autos, apresentar Recurso Voluntário, posto às fls. 41/46, pedindo inicialmente a nulidade do auto de infração, alegando que a julgadora fiscal não apreciou matéria relevante trazida pela reclamante, aplicada por esta Corte, de que nas hipóteses de existência de prejuízo bruto na Conta Mercadorias, torna-se exigível o estorno do crédito correspondente ao prejuízo alcançado.

Acrescenta que, nesse entendimento, o CRF tira do prejuízo bruto a possibilidade de tributar um prejuízo auferido, de forma que em sua grande maioria as decisões não comportam maiores discussões, nem foi enfrentado, pela digna julgadora, que por diligência deveria ter determinado o expurgo do montante das mercadorias sujeitas à substituição tributária, de forma que não pode ser válida a decisão singular que se relativiza no presente caso.

Salienta que não está em discussão a aplicação do artigo 643 do RICMS, todavia o prejuízo bruto dessa aplicação que faz existir o correspondente estorno de crédito na Conta Mercadorias e não o ICMS de vendas sem nota fiscal.

Emoldurando suas alegações traz à colação o artigo 85, inciso III do RICMS, bem como o art. 155, § 2º, I, “a” e “b” da CF/88.

Salienta em razões adicionais que, pela notificação decorrente de Ordem de Serviço nº 00115229/2014, da lavra do Auditor Fiscal Ronaldo Costa Barroca, a autuada foi obrigada a retificar seus PGDAS-D, e que, posteriormente, em nova notificação determinou que a empresa substituísse suas declarações, sendo atualmente devedora do Simples Nacional, pela distribuição prevista na LC nº 123/06.

Dessa forma, as declarações resultaram em débitos das empresas junto ao Simples Nacional, que foram parceladas em 60 (sessenta) parcelas, concluindo que no momento não há matéria auditável em grau de valia.

Pelo exposto, requer:

- o recebimento e a admissibilidade do Recurso Voluntário;
- que se admitido o recurso à reforma pela nulidade da sentença de primeiro grau;
- a nulidade dos autos em defeito formal de procedimento, pelo fato do novo perfil da empresa, por

recomendação do próprio fisco, notificar, mediante expiação de pena, para de retificação de declaração de receitas em sede de PGDAS.

Consta às fls. 54/76, cópias de GIM's com alterações, processadas em 24/9/2014, após a lavratura e ciência do Auto de Infração e às fls. 78/ 120, cópias de Extrato do Simples Nacional.

Aportando nesta Corte, os autos retornaram pela diligência de fls. 122/123.

Cumprindo Ordem de Serviço Simplificada, veio aos autos, a AFTE Maria das Neves Falcão da Costa, que apensou novos demonstrativos às fls. 128/147, do processo, anexando ao processo informações sobre o pronunciamento efetuado, às fls. 148/149.

Mais uma vez devolvidos em diligência, às fls. 151/152, a autoridade fiscal foi notificada, vindo à fl. 166, informar que o contribuinte é optante do Regime do Simples Nacional, não sendo obrigado ao Livro Registro de Apuração do ICMS, não sendo possuidor de escrita contábil regular.

Acrescenta que, no que se reporta ao crédito tributário, demonstrou a realidade dos arquivos após retificações da GIM, e que com relação aos livros obrigatórios não lhe foram apresentados pela autuada conforme Boletim de Ocorrências, à fl. 161, anexando também documentos referentes a pedido de parcelamento o contribuinte foi notificado (fl.162).

Remetidos a esta Corte Julgadora, estes, foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimental previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre omissão de saídas de mercadorias detectadas pelo levantamento da Conta Mercadorias, nos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013.

Analizando diligentemente as peças processuais anexadas pela fiscalização, afirmamos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais essenciais à sua validade, visto que foram aplicados os dispositivos legais inerentes à matéria objeto dessa lide, tendo sido concedidas ao contribuinte, todas as oportunidades para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo. Discorreremos sobre cada uma das acusações.

A técnica Conta Mercadorias, apurada consoante demonstrativos às fls.12, 14, 16 e 18, dos autos, se constitui em procedimento de auditoria, efetuada mediante arbitramento do lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas, procedendo ao confronto deste com a Receita de vendas e apontando uma diferença tributável, fundamentada na presunção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, § 4º, inciso II, c/fulcro nos arts. 158, I, 160, I do RICMS/PB, *in verbis*:

“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.*

§ 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 auditoria 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.

Com efeito, as alegações trazidas na peça recursal não têm o amparo amplamente questionado pelo contribuinte em suas duas oportunidades. Na época da auditoria, a empresa optante do Simples Nacional, não mantinha escrita contábil regular, ou seja, livro Diário registrado na Junta Comercial do Estado da Paraíba, não sendo possível efetuar o estorno do crédito decorrente do Prejuízo Bruto e sim submeter as regras estabelecidas para a Conta Mercadorias pelo Lucro Presumido.

De outra banda, a Notificação anexada à fl. 50, dos autos, da lavra do AFTE Ronaldo Costa Barroca, determinou a retificação dos PGDAS-D e, à fl. 51, a determinação de substituições das declarações referentes a períodos equivalentes ao anteriormente auditado pelo autuante, fato que contraria de certa forma dispositivos legais, haja vista que com a ciência do Termo de Início de Fiscalização, já não é possível efetuar alterações nos valores anteriormente informados. Dessa forma, foram anexadas às fls. 54/76, cópias das GIM's com alteração dos valores inicialmente lançados pelo autuante.

O Supremo Tribunal Federal, em Súmula nº 473, assim dispõe:

A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIACÃO JUDICIAL.

In casu, constata-se a Ordem de Serviço que culminou com a determinação da Notificação supracitada.

Aportando nesta Corte, os autos retornaram pela diligência de fls. 122/123, e por Ordem de Serviço às fls. 126/127, foi designada a AFTE Maria das Neves Falcão da Costa, que, após examinar os documentos acostados aos autos, elaborou novas planilhas, anexadas às fls. 130,132, 134, e 136,

dos autos, e às fls. 148/149 informou que constatou divergências nas informações das DASN e DEFIS, computando para os demonstrativos os valores informados nas GIM's DADOS ANUAIS – SER.

Mais uma vez os autos retornaram pela diligência de fl. 151/152, solicitando que fossem trazidos aos autos, cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS, Inventário e Diário.

Cumprindo mais uma vez a diligência ordenada por esta Corte, a autuante veio à fl. 166, cuja peça esqueceu de assinar, informar que o contribuinte é optante do Simples Nacional, não sendo obrigado ao Livro Registro de Apuração do ICMS, não possui escrita contábil regular, e que os demonstrativos atestam a realidade dos arquivos existentes no sistema ATF, após as retificações das GIM's.

Às fls. 157, veio aos autos, sócio da autuada, informar que os livros se encontravam de posse do contador, tendo sido extraviados, consoante Boletim de Ocorrência, lavrado em 19/7/2016, fl.161, fatos ocorridos após a lavratura e ciência do auto de infração em análise.

À fl. 162, foi apensada cópia de parcelamento do Simples Nacional, operação efetuada junto a Receita Federal do Brasil, homologada em 28/11/2014, com valor total consolidado de R\$ 675.365,40.

Nessa situação, considerando as alterações solicitadas pelo representante fazendário e refeitas pela AFTE Maria das Neves Falcão da Costa, esta relatoria acata as alterações trazidas às fls. 148/149, do processo, de forma que o crédito tributário efetivamente devido apresenta o resultado apurado pela auditora fiscal, às fls. 130, 132, 134 e 136, dos autos.

No entanto, verificamos que no exercício de 2013 (fl.136), na Conta Mercadorias, que não foi objeto da exigência fiscal em tela, foi exigida a quantia de R\$ 3.461,86, de ICMS Normal Registrado e Não Recolhido, fl.136, que deve ser exigida por Representação Fiscal, em concordância com a legislação de regência da matéria.

Outro aspecto a ser considerado é que o aumento do crédito tributário no demonstrativo de fl. 130, referente ao exercício de 2010, não pode mais ser exigido devido à decadência prevista no art. 173, do CTN, razão pela qual mantemos o crédito tributário inicialmente lançado à fl. 12.

Quanto à diferença a maior verificada no exercício de 2011, poderá ser exigida em outro Auto de Infração, ainda nesse exercício, com ciência efetuada também em igual período, ou seja dentro do

exercício de 2016.

No tocante ao parcelamento efetuado pela autuada junto a Secretaria da Receita Federal, os valores se reportam ao Simples Nacional, consoante documento posto à fl. 162, do processo. Nos autos, a fiscalização acusa omissão de saídas de mercadorias tributáveis, situação divergente da analisada nos autos.

Comprovamos também a redução do crédito tributário apurado pela nobre fazendária, às fls. 134 e 136, nos exercícios de 2012 e 2013, e procedemos à exclusão dos valores indevidos, por medida de justiça.

Por oportunidade do julgamento de questão semelhante, este Conselho de Recursos Fiscais acolheu à unanimidade o voto da Relatora Cons.^a Patrícia Márcia de Arruda Barbosa, pelo desprovisionamento do Recurso Voluntário nº 240/2008, conforme se constata no Acórdão nº 093/2009, cuja ementa transcrevo:

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Apurada a omissão de saídas através de levantamento fiscal da Conta Mercadorias, onde ficou comprovada a saída de mercadorias sem a devida emissão de documentos fiscais próprios. Infração fiscal não ilidida pela recorrente.

Pelo exposto, o crédito tributário efetivamente devido apresenta o resultado abaixo demonstrado:

AUTO DE INFRAÇÃO			VALORES EXCLUÍDOS		VALORES EFETIVAMENTE DEVIDOS		
INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	TOTAL
2010	95.697,91	95.697,91	0,00	0,00	95.697,91	95.697,91	191.395,82
2011	154.381,23	154.381,23	0,00	0,00	154.381,23	154.381,23	308.762,46

2012	248.942,44	248.942,44	16.239,70	16.239,70	232.702,74	232.702,74	465.405,48
2013	498.849,88	498.849,88	243.779,65	243.779,65	255.070,23	255.070,23	510.140,46
TOTAIS	997.871,46	997.871,46	260.019,35	260.019,35	737,852,11	737,852,11	1.475.704,20

Em face dessa constatação processual,

VOTO - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para modificar a decisão proferida pela instância monocrática, que julgou *procedente*, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 9330008.09.00000907/2014-10, (fls.8/9), datado de 3/6/2014, lavrado contra a empresa GRUPO ALVES MINIMERCADO LTDA-ME, nos autos devidamente qualificada, para condená-la ao pagamento do crédito tributário, no montante de R\$ 1.475.704,20 (um milhão, quatrocentos e setenta e cinco mil, setecentos e quatro reais e vinte centavos), sendo R\$ 737.852,11 (setecentos e trinta e sete mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de ICMS, por infração aos artigos, 158, I, 160, I, 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB e R\$ 737.852,11 (setecentos e trinta e sete mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de multa por infração, nos termos do art.82, V “a,” da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 520.038,70 (quinhentos e vinte mil, trinta e oito reais e setenta centavos), sendo R\$ 260.019,35 (duzentos e sessenta mil, dezenove reais e trinta e cinco centavos), de ICMS e R\$ 260.019,35 (duzentos e sessenta mil, dezenove reais e trinta e cinco centavos), de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de setembro de 2016.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora