Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 022.215.2012-2
Recurso /HIE/CRF-542/2014
Recorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
Recorrida:NYEDVA ROSA NUNES SANTOS ME
Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
Autuante:UDMILSON TAVARES DO REGO
Relator:CONSª. DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

ACUSAÇÕES DIVERSAS. CRÉDITO INEXISTENTE. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE VENDAS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. REVEL. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A apropriação de crédito fiscal do ICMS está condicionada a regularidade da sua origem. Portanto, o crédito deve estar respaldado em documento fiscal idôneo, sob pena de ser considerado crédito inexistente. No caso, constatou-se equívocos pela fiscalização quando da apuração da delação, fazendo sucumbir a denúncia inserta na inicial.
Confirmada a irregularidade fiscal atestando a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios. No presente caso, o autuado não exerceu o direito de provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa e acostando aos autos algumas provas cabais capazes de elidir a acusação.
O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de Levantamento da Conta Mercadorias 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. No caso, não foram trazidos, aos autos, instrumentos de prova pelo contribuinte. Em face da concorrência de infração entre as irregularidades apuradas pela técnica do Levantamento Financeiro e da constatação de notas fiscais de aquisição sem registros nos assentamentos fiscais, a fiscalização procedeu à exclusão de parte da acusação fiscal.
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 Financeiro.
Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições da recente legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei nº 10.008/2013.

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 quanto ao mérito pelo seu *desprovimento*, para alterar, quanto aos valores,a decisão proferida pela instância

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento **n.º 93300008.09.00000312/2011-11**, lavrado em 30 de junho de 2011, contra a empresa, **NYEDVA ROSA NUNES SANTOS ME,** nos autos devidamente qualificada, para condená-la ao pagamento do crédito tributário, no montante de R$249.776,28 (duzentos e quarenta e nove mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e oito centavos), por infração aos artigos 72 e 73 c/c o art. 77; 158, I e 160, I, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único, c/c o art. 643, § 4º, II todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R$ 124.888,14 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos) de ICMS, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R$ 124.888,14 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos), nos termos do art. 82, V, “a”, “f” e “h”, todos da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que, cancelo, por indevido, o montante de R$ 195.505,35 (cento e noventa e cinco mil, quinhentos e cinco reais e trinta e cinco centavos) sendo R$ 23.539,07 (vinte e três mil, quinhentos e trinta e nove reais e sete centavos), de ICMS e R$ 171.966,28 (cento e setenta e um mil, novecentos e sessenta e seis reais e vinte e oito centavos), de multa por infração, pelos motivos acima expostos.

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 23 de setembro de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

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

Assessora Jurídica

R E L A T Ó R I O

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Cuida-se do recurso hierárquico, interposto conforme previsão do artigo 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000312/2011-11, lavrado em 30 de junho de 2011, contra a empresa NYEDVA ROSA NUNES SANTOS ME (CCICMS: 16.152.062-6), nos autos devidamente qualificada, em razão das seguintes infrações:

· **CRÉDITO INEXISTENTE** >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou créditos de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual. Período: janeiro de 2009.

Nota Explicativa: TAL IRREGULARIDADE EVIDENCIOU-SE NO MÊS DE JANEIRO DE 2009 COM O APROVEITAMENTO DO ICMS CONCERNENTE AO ESTOQUE ANTERIOR SEM COMPROVAÇÃO.

· **FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS** >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios. Período: julho, setembro a dezembro de 2007, exercícios de 2008 e 2009.

· **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 do levantamento Conta Mercadorias. Exercício 2008.

· **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 esta detectada através de Levantamento Financeiro. Período: de junho a dezembro de 2007 e o exercício de 2008.

Em decorrência da acusação, considerando infringência aos artigos 72 e 73 c/c o art. 77; 158, I e 160, I, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único, c/c o art. 643, § 4º, II todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R$ 148.427,21 e proposta aplicação de multa por infração no importe de R$ 296.854,42, nos termos do art. 82, V, “a”, “f” e “h”, todos da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R$ 445.281,63.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Documentos instrutórios acostados às fls. 9 a 401, dos autos.

Cientificada pessoalmente, em 13.3.2012, fl. 8, a empresa autuada apresentou reclamação fiscal ,em data de 16/4/2012, protocolo e peça defensual, fls. 410 a 414, do libelo.

A repartição preparadora cientificou o contribuinte quanto à intempestividade da reclamação, informando-lhe acerca da possibilidade de agravar perante o Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do § 1º do art. 717 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, no prazo de 10 dias, fl. 407, dos autos, tendo sido lavrado Termo de Revelia, em 16 de abril de 2012, fl. 403, dos autos.

Desse modo agiu o contribuinte ao impetrar a peça recursal, fls. 415 a 419, alegando haver tempestividade na peça recursal, e que o não cumprimento deu-se mediante que, a Empresa citada, estava em fase de fiscalização, e a documentação para análise (livros fiscais), estava em poder dos Auditores Fiscais, acostando recibos de entrega e devolução dos Livros Fiscais, utilizados no desenvolvimento dos trabalhos de auditoria.

Sob análise do Conselho de Recursos Fiscais, o agravo foi recebido por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu DESPROVIMENTO, mantendo inalterado o despacho da Recebedoria de Rendas de João Pessoa, que considerou intempestiva a reclamação fiscal apresentada, fls. 421 a 426, dos autos.

A empresa autuada foi cientificada da decisão, em 28 de junho de 2012, via Aviso de Recebimento, código de Rastreamento RM 659 654 75 5 BR, fl. 429, dos autos.

Na sequência, após a informação de não existência de antecedentes fiscais da autuada, 405, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP e distribuídos à Julgadora Fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que declinou seu entendimento pela *parcial procedência do auto de infração*, ao reduzir de ofício o valor da multa infracional originalmente sugerida no libelo basilar, atendendo ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, II, “c” do CTN, ocasião em que aplicou a previsão ínsita na lei posterior que estabelece penalidade menos gravosa (Lei º 10.008/2013), fls. 351 a 355 dos autos.

Em face do que, o crédito tributário passou a se constituir do montante de R$ 296.854,42, sendo, R$ 148.427,21, de ICMS, e R$ 148.427,21, de multa infracional, consoante se infere da decisão monocrática, de fls. 432 a 435, dos autos.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Procedida à interposição de recurso hierárquico e cientificada a autuada, via notificação, com Aviso de Recebimento nº RA JG 89393745 1 BR, em 24 de abril de 2014, fl. 438, para que, querendo, interpusesse recurso a este Colegiado. Ainda assim, a denunciada manteve-se inerte, ao não integrar a relação processual.

Aportados os autos a esta Casa, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério, regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

V O T O

Versam os autos sobre a motivação da sentença da autoridade julgadora, porquanto assim concluiu, em *proceder parcialmente* o lançamento de oficio, ao fundamento de que a revelia tem o efeito de confissão tácita diante da acusação, e também reduziu de ofício a multa por infração originalmente sugerida no libelo basilar, ao amparo do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, II, “c” do CTN, ocasião em que aplicou a previsão ínsita na lei posterior que estabelece penalidade menos gravosa (Lei º 10.008/2013).

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13**,** não ensejando nulidade, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, 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 (saídas de mercadorias), 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.

Em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar as razões meritórias e motivadoras da decisão proferida pela instância *a quo*, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões em que se pretende fundamentar a decisão deste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais acerca do recurso hierárquico em análise.

É cediço que a revelia do sujeito passivo ratifica seu reconhecimento tácito à acusação imposta na peça vestibular. Inteligência que emerge do artigo 344 do Código de Processo Civil (CPC), perfeitamente aplicado no Processo Administrativo Tributário.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Quanto à primeira acusação decorrente dautilização de créditos de ICMS, *Crédito Inexistente*, sem amparo documental, haja vista o aproveitamento do ICMS referente ao estoque inicial sem comprovação, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual, *no mês de janeiro de 2009*, configurada nos termos dos artigos 72 e 73 c/c o art. 77, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97*, in verbis*:

“Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;

(...)

Art. 73. Fica ainda assegurado o direito ao crédito quando as mercadorias, anteriormente oneradas pelo imposto, forem objeto de:

I - devolução por consumidor final, na forma e nos prazos previstos no art. 88;

II - retorno, por não terem sido negociadas no comércio ambulante e por não ter ocorrido a tradição real, conforme disposto no art. 89.

(...)”

Dessa maneira, *a apropriação de crédito fiscal do ICMS* está condicionada a regularidade da sua origem. Portanto, o crédito deve estar respaldado em documento fiscal idôneo, sob pena de ser considerado crédito inexistente ou indivíduo.

É cediço que o direito de utilização de créditos fiscais para compensação de débitos do ICMS, está condicionado a comprovação documental da existência dos mesmos, consoante se extrai do artigo 77 do RICMS/PB, senão vejamos:

“Art. 77. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

prazos e condições estabelecidos neste Regulamento". (g.n.)

Se a autuada não oferecer comprovação com seus documentos, apontando onde estaria o equívoco promovido pelo processo de auditoria realizado pela fiscalização, não padecerá dúvida quanto à imputação a que se referem os autos.

No caso em questão, diante das provas acostadas, fls. 15, reconstituição da escrita fiscal, Conta Corrente do ICMS com lançamentos a débitos e créditos - Demonstrativo da Conta Corrente do ICMS, levantado no mês de janeiro de 2009, em se tratando de Estornos de Créditos Indevidos e/ou Inexistentes de ICMS, observa-se que a auditoria apurou o valor de R$ 23.539,07 (vinte e três mil, quinhentos e trinta e nove reais e sete centavos) e a cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, na rubrica "Refer ICMS Estoque de 2008", no valor de R$ 72.148,14, fls. 37 a 40, ressalvado à fl. 400, dos autos, que o referido valor levantado diz respeito *ao Crédito Inexistente, no valor de R$ 72.148,14, referente ao Estoque Final de Mercadorias do exercício de 2008, resultando no lançamento do ICMS, no valor de R$ 23.539,07, conforme demonstrativo da Conta Mercadorias do exercício de 2009.*

Entretanto, tomando como base o Princípio da Oficialidade, que determina à Administração Tributária o poder-dever de proceder *ex-officio* os ajustes necessários para corrigir seus atos, sempre que estes estejam eivados de vícios, observam-se alguns equívocos cometidos pela fiscalização, pois não acostou aos autos provas que justificassem os valores consignados nos lançamentos da Conta Corrente do ICMS, a débitos e créditos, fl. 15, nem tão pouco se localizou onde a fiscalização lançou o valor de R$ 72.148,14, lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS, Crédito do Imposto, na rubrica "Refer. ICMS Estoque de 2008", fl. 39, dos autos.

Na sequência, em face da reconstituição da escrita fiscal, fl. 15, o valor lançado a título de Demais Créditos de ICMS Lançados (ICMS Antecipado, Garantido, 1/48 At. Imob, etc), no valor de R$ 72.347,00, não foram localizadas as informações da origem deste numerário, e por se tratar de um valor indevido, deveria ter sido lançado a debito da reconstituição da conta corrente.

Logo, diante da falta de provas documentais que venham a consubstanciar a acusação, da ocorrência do equívoco quando do lançamento dos itens que compõem a reconstituição do Demonstrativo da Reconstituição do Conta Corrente e no cumprimento da legislação tributária, ora em discussão, caem por terra os argumentos sobre a matéria trazidos pela fiscalização.

Ante a estes fatos, decido pela *improcedência,* a acusação de utilização de créditos de ICMS, sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual, em função do crédito inexistente.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No que toca à acusação da *falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada*, no período de julho, setembro a dezembro de 2007, exercícios de 2008 e 2009, em operações internas e interestaduais, esta tem por fundamento a *presunção juris tantum* (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, nos termos 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 maneira, são afrontados os artigos 158, I e 160, I, do supracitado regulamento, *in verbis*:

“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”.

Ocorre que a acusação se reporta a notas fiscais sugeridas como emitidas pela empresa, e que não foram registradas nos livros próprios, segundo quadros demonstrativos acostados às fls.18 a 36 e 41a 399, neste caso, a autuada não apresentou provas que viessem a sucumbir o crédito suscitado.

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisões recentes acerca da matéria, no sentido de ser necessária a apresentação de provas materiais para respaldar a verdade material e a segurança jurídica dos julgados:

“RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ÔNUS DA PROVA DA INEXISTÊNCIA 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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

Acordão 367/2012

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

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. ALTERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios evidencia a presunção relativa 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. No presente caso, o autuado exerceu o direito da provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa, porém, não acostando aos autos as provas cabais capazes de elidir a acusação. Aplicam-se ao presente julgamento as disposições contidas na Lei nº 10.008/2013-PB, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento.

Acordão 084/2014

Relator: Cons.Roberto Farias de Araújo".

Seguindo o entendimento do exímio órgão, adaptando-se às particularidades presentes, em face da ausência de provas evidenciadas nos autos, que venha a alterar a sentença monocrática, mantenho a decisão de primeira instância que, julgou procedente *a acusação de omissão dos lançamentos das notas nos livros de registro próprios.*

Em ato contínuo, em relação à delação de Omissão de Saídas Tributáveis, irregularidade detectada através do levantamento Conta Mercadorias- exercício 2008, passo a decidir.

A acusação em análise versa sobre diferença tributável levantada em Conta Mercadorias, onde o contribuinte, por não apresentar escrita contábil regular, ficou impossibilitado de apurar o lucro real, ficando, nos termos da legislação em vigor, obrigado a guardar uma margem de vendas num percentual de 30% sobre os valores obtidos para o CMV.

Mediante o arbitramento do lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas, a fiscalização efetuou o confronto deste com a Receita de Vendas, apontando uma diferença tributável, representativa deque ocorreu saídas de mercadorias tributáveis, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, §§3ºe 4º, inciso II, do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, abaixo transcritos:

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 de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com 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:

(...)

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.” (g.n.)

Como se observa, o contribuinte, que não esteja obrigado ao regime de tributação pelo lucro real, deve guardar uma margem de vendas, em um percentual mínimo de 30% sobre o CMV, para fazer frente às despesas do estabelecimento.

Dessa forma, infere-se que o contribuinte omitiu saídas tributáveis e, consequentemente, deixou de efetuar o pagamento do imposto devido, contrariando o que determinam os arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

“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:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;”

No caso em tela, verifica-se que, por se tratar de uma presunção *juris tantum*, o ônus probante se inverte para a empresa, que através de provas materiais, das quais é detentora, pode ilidir a acusação, fato não ocorrido, haja vista que o contribuinte tornou-se revel, sem exercer seu direito de defesa, conforme o art. 708 do RICMS.

In casu, depois de procedida a análise das provas do processo, não foram encontrados nenhuns vícios aparentes que viessem a macular o feito fiscal. Assim, quanto ao exercício fiscalizado, por essa técnica, os valores detectados na peça basilar mostram-se intactos, não havendo alterações e ajustes a serem feitos, haja vista o autuante ter procedido à exclusão dos valores referentes ao ICMS devido obtido no Levantamento Financeiro - 2008 e os valores levantados nas Notas fiscais de Entrada não Lançadas, no mesmo exercício desta delação, fl.12, da exordial.

Registre-se, ainda, que a matéria em apreço tem entendimento consubstanciado em posicionamento já firmado por esta Colenda Corte Fiscal, a exemplo do Acórdão infracitado:

“RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – CONTA MERCADORIAS - MANTIDA A DECISÃO SINGULAR – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

A Conta Mercadorias é uma aferição matemática que tem como resultado, após o arbitramento do lucro bruto com lastro no confronto entre os estoques, entradas, saídas e CMV, em face da diferença tributável verificada, a constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis -Procedência da acusação.

Acórdão 396/2012. Recurso VOL/CRF- nº 236/2011.

Relator: Cons. Rodrigo Antônio Alves de Araújo.”

Dessa forma, esta relatoria entende que a técnica aplicada pelo autuante é legítima e os lançamentos efetuados são verdadeiros.

No que diz respeito à última acusação, decorrente da omissão de saídas detectada por meio do Levantamento Financeiro- no período de junho a dezembro de 2007 e no exercício de 2008. Trata-se do comparativo entre as despesas e receitas do estabelecimento comercial durante os exercícios fiscalizados, 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 (g. n.).

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 (g.n.)”.

O referido levantamento aplicado no exame da situação fiscal do contribuinte constitui um método de aferição utilizado como uma opção de levantamento de caixa e tem como finalidade verificar se o contribuinte utilizou recursos em volume superior às suas disponibilidades financeiras, 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.*

A mencionada infração de Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis teve por base o Levantamento Financeiro, embasada nos dados levantados pelo autuante, no momento da análise documental, na auditoria.

Entretanto, esta técnica de fiscalização revela uma presunção *juris tantum* de omissão de saídas*,* em que as provas de sua improcedência ficam a cargo do contribuinte autuado.

Assim, mister se faz a apresentação de provas, pela recorrente, da origem dos pagamentos, pois foram efetuados em valores superiores às receitas auferidas, sob pena de serem tomados, pela absoluta ausência de outro caminho, como decorrentes de vendas tributáveis não registradas.

No caso dos autos, convém observar, que a recorrente não utilizou a contento a inversão do ônus da prova, porquanto não trouxe qualquer arguição capaz de inocentá-la, deixando, pois, prevalecer a presunção legal inerente ao art. 646 do RICMS/PB, mantendo a alegação de que existe uma diferença entre as vendas realmente realizadas e os valores realizados pela fiscalização.

Desta forma, reafirmamos a decisão proferida pela *procedência* da acusação.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

PENALIDADES APLICADAS

Não se tendo mais o que analisar em relação ao ICMS, passa-se à análise quanto à multa aplicada.

Deve-se observar, que as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório e sua graduação varia conforme a gravidade da infração praticada, sendo inerente aos poderes de império e de polícia do Estado, devendo coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos. Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa proposta na peça vestibular, não devendo ser retificado ou anulado o auto de infração por esse motivo.

Além disso, o fazendário atuou nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o auditor toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Contudo, cabe-nos ressaltar, que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, reduzindo-se a multa do percentual de 200% para 100 %, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, necessário se faz a aplicação da redução da multa por infração no percentual de 50%, disciplinada na inteligência emergente do art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013*,* de 05 de junho de 2013, com efeito, a partir de 01/09/2013. Desse modo, o art. 82, V, “a”, “f” e “h” da Lei nº 6.379/96 passa a ter a seguinte dicção:

“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):

(...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

(...)

Portanto, cabível se torna a redução da multa disciplinada na Lei n°. 10.008/13, não nos restando outra opção senão, alterar o percentual atribuído à multa do presente libelo fiscal de 200% para 100%, conforme nova redação do artigo supracitado.

Diante do exposto, entendo que se justifica a alteração da decisão singular, quanto aos valores, pelos ajustes apresentados por esta relatoria, resultando em novos valores de crédito tributário abaixo discriminado:

Em face desta constatação processual,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito pelo seu *desprovimento*, para alterar, quanto aos valores,a decisão proferida pela instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000312/2011-11, lavrado em 30 de junho de 2011, contra a empresa, **NYEDVA ROSA NUNES SANTOS ME,** nos autos devidamente qualificada, para condená-la ao pagamento do

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

crédito tributário, no montante de R$249.776,28 (duzentos e quarenta e nove mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e oito centavos), por infração aos artigos 72 e 73 c/c o art. 77; 158, I e 160, I, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único, c/c o art. 643, § 4º, II todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R$ 124.888,14 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos) de ICMS, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R$ 124.888,14 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos), nos termos do art. 82, V, “a”, “f” e “h”, todos da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que, cancelo, por indevido, o montante de R$ 195.505,35 (cento e noventa e cinco mil, quinhentos e cinco reais e trinta e cinco centavos) sendo R$ 23.539,07 (vinte e três mil, quinhentos e trinta e nove reais e sete centavos), de ICMS e R$ 171.966,28 (cento e setenta e um mil, novecentos e sessenta e seis reais e vinte e oito centavos), de multa por infração, pelos motivos acima expostos.

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

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora

Phoca PDF