Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 053.334.2012-2
Recurso HIE/CRF Nº 063/2015
Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.
Recorrida:LOURIVAL ALEIXO FERNANDES.
Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE MONTEIRO.
Autuante:RONALDO COSTA BARROCA
Relatora:DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

ERRO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS. ERRO DE TRANSPORTE DE VALORES. IMPROCEDENTE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OMISSÃO DE VENDAS – CARTÃO DE CRÉDITO. CONCORRÊNCIA. PEDIDO DE REVISÃO. MATÉRIA REVOGADA. SIMPLES NACIONAL. REDUZIDA A MULTA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Falta de documentação comprovando os valores reconstituídos acarretaram a improcedência da acusação. Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao sujeito passivo a prova da improcedência da acusação, não ilidida no presente caso. As diferenças apuradas na Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência, não elidida pelo sujeito passivo. A acusação de omissão de saídas tributáveis decorrente das vendas declaradas pelo contribuinte serem inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito encontra amparo na legislação de regência. Nos casos de apuração de omissão de receitas, aplica-se a legislação das demais pessoas jurídicas. A redução da multa face de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte, a improcedência da acusação de erro na conta gráfica e a concorrência entre infrações acarretaram a redução do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros da 2ª Câmara de Julgamento 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 os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente proce*dente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000747/2012-47, lavrado em 7/5/2012, e Termo Complementar de Infração, lavrado, em 11/3/2012, contra a empresa LOURIVAL ALEIXO FERNANDES, inscrição estadual nº 16.027.148-7, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 350.674,58 (trezentos e cinquenta mil, seiscentos e setenta e quatro reais e cinquenta e oito

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

centavos), sendo R$ 175.337,29 (cento e setenta e cinco mil, trezentos e trinta e sete reais e vinte e nove centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 158, I, 160, I e 643, §4º; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, ‘f” e “g”, da Lei Complementar n° 123/2006, e R$ 175.337,29 (cento e setenta e cinco mil, trezentos e trinta e sete reais e vinte e nove centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, V, “a” e “f”, da Lei n° 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo o montante de R$ 263.416,73 (duzentos e sessenta e três mil, quatrocentos e dezesseis reais e setenta e três centavos), sendo R$ 30.456,50 (trinta mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e cinquenta centavos), de ICMS, e R$ 232.960,23 (duzentos e trinta e dois mil, novecentos e sessenta reais e vinte e três centavos), referente à multa por infração.

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

P.R.I

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de maio de 2017.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUE LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000747/2012-47, lavrado em 7/5/2012, contra a empresa LOURIVAL ALEIXO FERNANDES, inscrição estadual nº 16.027.148-7, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2007 e 31/12/2010, constam as seguintes denúncias:

- ERRO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS (ERRO NO TRANSPORTE DE VALORES) >> Reconstituindo a Conta Gráfica do ICMS, constataram-se erros no transporte de valores que resultaram na falta de recolhimento do imposto estadual.

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÂO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias 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 do levantamento Conta Mercadorias.

- 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 de Levantamento Financeiro.

- OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Foram dados como infringidos os arts. 60 c/c art. 54, art. 55 e art. 106; art. 158, I e 160, I c/fulcro no art. 646 e parágrafo único, art. 643, § 4º, II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição das penalidades previstas nos arts. 82, II; 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de R$ 614.091,31, sendo, R$ 205.793,79, de ICMS, e R$ 408.297,52, de multa por infração.

Devidamente cientificada da ação fiscal, por via postal, em 14/5/2012, conforme AR *(fl. 187)*, a autuada apresentou reclamação, em 11/6/2012 *(fl. 189-199)*.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- Em sua defesa, requer que seja efetuado novo exame fiscal, com base no art. 650 do RICMS e suspensão da exigibilidade do crédito tributário na forma do art. 151, III, do CTN.

- Diz que o auto de infração se baseia em indícios, não se podendo inferir que a empresa tenha omitido vendas, partindo da falsa premissa de que o valor financiado através de instituições de financeiras e administradoras de cartão de crédito demonstre o valor das vendas tributáveis.

- Arremata que em cidades de pequeno porte é comum o uso das maquinetas por outros comerciantes e que muitas vezes os clientes pedem para passar o cartão diante da necessidade de dinheiro em espécie, sem que seja realizada qualquer venda.

- No tocante à infração de erro no transporte de valores na Conta Gráfica, declara que a fiscalização não especificou quais os erros cometidos e qual a técnica utilizada, fato que dificulta a compreensão dos supostos vícios em nítida ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

- Aponta que padece de clareza os cálculos constantes do auto de infração em vista da constatação, em um mesmo período, de omissão de saídas e omissão de vendas, gerando incerteza quanto à identidade dos fatos geradores.

- Alega que a fiscalização não observou as alíquotas do Simples Nacional, no período entre 1º/1/2007 a 31/12/2010, quando a empresa era optante do referido regime.

- Insurge-se contra a multa aplicada taxando-a de desproporcional, desarrazoada e confiscatória.

- Ao final, requer o diferimento do pedido de revisão, nos termos do art. 651, do RICMS/PB.

- Alternativamente, que seja decretada a nulidade do auto de infração pelos motivos expostos.

- Sucessivamente, requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a realização de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

perícia contábil para fins de se constatar a liquidez do crédito tributário.

Em contraposição, o auditor opôs contestação, conforme *(fls. 206-207)*.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl. 209)*, e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde o auditor jurídico do órgão expediu diligência para que fosse registrada a ciência do contribuinte no sistema ATF *(fl. 211)*.

Retornado à GEJUP, os autos foram distribuídos para a julgadora fiscal, Ramana Jodafe, que expediu diligência, conforme *(fls. 219-220)*.

Cumprida a medida saneadora, foi lavrado Termo Complementar de Infração com exigência de crédito complementar R$ 1.201,14, sendo R$ 545,97, de ICMS, e R$ 655,17, de multa por infração *(fl. 228)*.

Cientificada do Termo Complementar de Infração, por via postal, em 18/3/2013, conforme AR *(fl. 265)*, a autuada não apresentou defesa, sendo os autos conclusos *(fl. 271)* e remetidos para a GEJUP, onde o julgador fiscal, Anisio de Carvalho Costa Neto, decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R$ 409.942,55, sendo R$ 205.793,79, de ICMS e R$ 204.148,76, de multa por infração, com indicativo de recurso hierárquico para o Conselho de Recursos Fiscais (*fls.273-289).*

Cientificada da decisão de primeira instância, em 30/6/2014 *(fl. 292)*, a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em exame o recurso hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000747/2012-47, lavrado em 7/5/2012, e Termo Complementar de Infração *(fl. 228)*, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Antes de adentrarmos as questões de mérito, cabe ressaltar que o pedido de revisão foi revogado da legislação do ICMS do Estado da Paraíba, através do Decreto nº 32.718/12, publicado no D.O.E., em 25/1/2012, inviabilizando o pleito da autuada posto na sua defesa.

Também, há de se observar que a apresentação de recurso administrativo suspende a exigibilidade na forma prevista no art. 151, do CTN, *verbis*:

Art. 151 Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

Neste sentido, a suspensão da exigibilidade evita a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, inibindo, assim, que o Poder Público se socorra do Poder Judiciário para cobrá-lo coativamente, não impedindo, entretanto, que o Fisco exerça o dever de constituí-lo através do lançamento.

Erro na Conta Gráfica

(erro no transporte de valores)

Na primeira denúncia a fiscalização efetuou a reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, tendo apurado ICMS a exigir nos períodos de janeiro/2007, fevereiro/2007, abril/2007 e junho/2007, conforme demonstrativo *(fl. 26)*.

Em um segundo momento, foi efetuada uma nova reconstituição da Conta Corrente do ICMS *(fl. 229)*, com lavratura de Termo Complementar de Infração.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Analisando as peças processuais, verifica-se que a fiscalização não acostou ao processo cópia do Livro de Apuração do ICMS, impossibilitando que se certifique a origem dos valores tomados na reconstituição da Conta Gráfica do ICMS.

Neste sentido, conforme os demonstrativos *(fls. 26 e 229),* os valores tomados a título de créditos do ICMS não batem com os valores declarados em GIM, não se demonstrando se houve estorno de crédito e qual a sua origem. Da mesma forma, não é demonstrada a origem dos valores lançados na rubrica outros débitos não lançados, conforme *(fl. 229)*.

Assim, tendo em vista que o lançamento fiscal deve ser revestido de liquidez e certeza, embasado em documentos que comprovem a origem dos valores, decido pela improcedência da acusação.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição

A primeira denúncia trata de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, nos períodos de janeiro a julho e de setembro a dezembro de 2008, conforme demonstrativo *(fls. 21-22)* e relação das Notas Fiscais *(fls. 14-20)*.

Com efeito, ao deixar de efetuar o registro de notas fiscais, referentes às aquisições do estabelecimento, presume-se que o contribuinte omitiu receitas pretéritas, caracterizando saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, impondo ao infrator o ônus da prova negativa da presunção, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, *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.)**.

Assim, a simples constatação da ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas denota que foram realizadas compras sem utilização de receita legítima constante do caixa escritural, fazendo nascer a presunção de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, em afronta aos artigos 158,I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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;

A matéria é bastante conhecida e com entendimento sedimentado neste Colegiado, conforme acórdão nº 016/2012, da relatoria do Cons. João Lincoln Diniz, cuja ementa, abaixo, reproduzimos:

Processo nº 0710642010-7

Recurso HIE/CRF-231/2011

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. RECONHECIMENTO PARCIAL DAS INFRAÇÕES. PARCELAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

As aquisições de mercadorias com notas fiscais não lançadas nos assentamentos próprios do contribuinte, motiva a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Igualmente, comprovou-se a ocorrência de operações de remessa de bonificação e de doação que não motivam repercussão tributária pela falta de desembolso financeiro, o que fez sucumbir, parcialmente, a presunção regulamentar, alcançando a verdade material e a liquidez do crédito tributário devido. Parcelamento do crédito tributário remanescente.

Tratando-se de presunção relativa, "*juris tantum*", admite prova em contrário para ilidir os fatos apontados pela fiscalização, no entanto, a autuada, em razão da revelia, nada trouxe aos autos que pudesse ser usado como meio de prova em sua defesa.

Mantida a acusação na instância singular, a autuada não apresentou nenhuma prova ou argumento que pudesse elidir o crédito tributário apurado. Assim, ratifico os termos da decisão singular, por considerar corretos os valores do lançamento tributário.

Ressalte-se, como veremos adiante, que, em virtude da concorrência verificada com a acusação de omissão de vendas nas operações com cartão de crédito, devem ser excluídos os valores de menor monta, evitando-se a ocorrência de *bis in idem*.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Conta mercadorias

No tocante à diferença tributável apurada em Conta Mercadorias, nos exercícios de 2007 e 2009, esta se justifica em razão de o contribuinte, por não apresentar escrita contábil regular, ficou impossibilitado de apurar o lucro real, nos exercícios considerados, ficando obrigado a guardar uma margem de vendas, num percentual de 30% (trinta por cento), sobre os valores obtidos para o CMV, nos termos da legislação em vigor.

O procedimento é largamente utilizado e aceito como meio de aferição fiscal, estando disciplinado no artigo 643 do RICMS/PB, *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.

(...)

§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:

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, compra e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (g.n.).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Assim, os contribuintes optantes pelo lucro presumido, que não apresentarem contabilidade regular, estarão sujeitos, pela legislação, ao arbitramento de uma margem de lucro bruto de 30% (trinta por cento), sobre o custo das mercadorias adquiridas.

Neste caso, ao se constatar que as vendas com mercadorias tributáveis não foram suficientes para superar o TVA de 30% (trinta por cento) sobre o CMV, conforme imposto pela legislação, infere-se que o contribuinte omitiu receitas pretéritas denotando vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, como prevê o art. 646, parágrafo único, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos 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 ou de prestações de serviços sem o recolhimento 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 dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, assim como a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso.

Dessa forma, fica o contribuinte sujeito ao pagamento do imposto por contrariar os artigos 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;

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham à acusação.

No caso em comento, a fiscalização demonstrou o resultado da Conta Mercadorias, nos exercícios acima referenciados, incluindo na coluna dos débitos os valores relativos às Notas Fiscais de entradas não registradas, respaldadas nas declarações de terceiros e cópias das Notas Fiscais interestaduais, apurando o imposto a recolher conforme planilhas (*fls.29 e 35)*.

Portanto, sem que o contribuinte tenha oferecido qualquer prova que pudesse ilidir o lançamento fiscal, considero regular o procedimento da fiscalização que se procedeu dentro dos limites da legislação em vigor.

Levantamento Financeiro

O procedimento de levantamento financeiro está respaldado na nossa legislação e se consubstancia pelo confronto de todas as receitas da empresa com as despesas operacionais, não operacionais e as disponibilidades em caixa e em bancos.

O método parte do princípio de que as receitas da empresa devem ser suficientes para satisfazer todos os dispêndios do estabelecimento, assim considerados não apenas a aquisição de mercadorias para a revenda, mas, também, às despesas com pessoal, água, energia, pro labore, materiais de uso e consumo, aluguéis, e outras.

O procedimento é largamente utilizado e aceito como meio de aferição fiscal, estando disciplinado no artigo 643 do RICMS/PB, sendo que as diferenças verificadas denunciam irregularidade por omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção estabelecida no artigo 646 do RICMS, conforme dispositivos transcritos abaixo:

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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

§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:

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;

§ 5º Na ausência da escrituração do livro Caixa, que trata o § 3º, para que se possa levar a efeito o demonstrativo financeiro referido no parágrafo anterior, os saldos no início e no final do exercício serão considerados inexistentes.

§ 6º As diferenças verificadas em razão do confronto fiscal denunciam irregularidade, observado o disposto no art. 646.

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 (Decreto nº 28.259/07).

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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*.

Assim, sendo constatado que as receitas auferidas não foram suficientes para fazer frente às despesas do estabelecimento, no exercício considerado, aplica-se a presunção de que diferença apresentada é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, restando ao sujeito passivo o direito de provar a improcedência da acusação com documentos que atestem a não ocorrência do fato gerador presumido.

No caso em comento, a fiscalização apurou diferença tributável no exercício de 2010, conforme demonstrativo *(fls. 39-40).*

Portanto, ratifico a decisão da instância singular por considerar que o lançamento fiscal se procedeu nos termos da legislação tributária vigente.

Omissão de Vendas

(cartão de crédito)

Nesta acusação, foi constatada, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, diferenças tributáveis entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito enseja a presunção de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, conforme prevê o artigo 646 do RICMS/PB, *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 declaração 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 tributáveis sem o pagamento do imposto****, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação.*

Com efeito, a acusação descrita na peça basilar consiste na realização de um confronto entre as vendas declaradas à Receita Estadual pelo contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, identificando divergências que indicam, presumivelmente, a falta de recolhimento do imposto, por falta de emissão da correspondente nota fiscal, conforme entendimento dos artigos 158, I, e 160, I, do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, transcritos abaixo:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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****;* ***(g.n.).***

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham à acusação.

No caso em comento, a fiscalização autuou o contribuinte, nos períodos considerados, em face das diferenças constantes do relatório de Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM *(fls. 215-217)*, com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito e as declarações prestadas pelo contribuinte.

No entanto, observo concorrência entre o montante apurado nesta acusação, com os valores referentes às acusações de Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição, Conta mercadorias e Levantamento Financeiro.

Assim, embora considerando que o lançamento fiscal atendeu aos requisitos da legislação em vigor, procedo à exclusão dos valores de menor monta, face à concorência.

Empresa Optante do Simples Nacional

Sendo a empresa optante do regime do Simples Nacional, há que se observar estas que devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal, na forma prevista no art. 13, §1º, XIII, “f”, da Lei Complementar 123/2006:

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

§ 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 ***aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas****:* ***(g.n.).***

(...)

XIII - ICMS devido:

(..)

f) ***na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal****;*

Logo, nesses casos, os optantes do Simples Nacional devem se submeter à legislação de regência das demais pessoas jurídicas, não comportando a aplicação de alíquotas do próprio regime de tributação, na forma disposta no art. 82, § 2 º, da Resolução CGSN nº 094/2011, abaixo transcrita:

Art. 82. *Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)*

§ 1 º A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federado não desobrigará:

I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, ***caput*** *e § 3 º)*

II - da emissão de documento fiscal previsto no art. 57, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos do inciso II do art. 97. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, inciso I e § 1 º)

§ 2 º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou ***saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo****, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1 º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1 º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4 º).* ***(g.n.).***

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Portanto, não há reparos a fazer quanto à aplicação das alíquotas e penalidades previstas na legislação do ICMS do Estado da Paraíba, visto que a própria legislação do Simples Nacional, no caso em exame, remete para a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Da Multa Aplicada

Observe-se que o julgador singular aplicou, corretamente, os percentuais previstos nos artigos 82, V “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, considerando a legislação mais benigna ao contribuinte, conforme as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/13, como disposto abaixo:

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;

(...)

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

No tocante às alusões da autuada de que o percentual cobrado é desproporcional e confiscatório, cabe considerar que o Princípio Constitucional do Não Confisco está restrito aos tributos, não devendo ser estendido às multas, em virtude de estas não se configurarem como tal, mas sim como sanções por ato ilícito, cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer qualquer prejuízo ao Estado.

Ademais, a análise da constitucionalidade das leis está fora da esfera de competência dos Tribunais Administrativos, conforme determinação do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

reproduzido:

Art. 55. *Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:*

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Dessa forma, procedidos aos ajustes, fica o crédito tributário assim constituído:.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente proce*dente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000747/2012-47, lavrado em 7/5/2012, e Termo Complementar de Infração, lavrado, em 11/3/2012, contra a empresa LOURIVAL ALEIXO FERNANDES, inscrição estadual nº 16.027.148-7, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 350.674,58 (trezentos e cinquenta mil, seiscentos e setenta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), sendo R$ 175.337,29 (cento e setenta e cinco mil, trezentos e trinta e sete reais e vinte e nove centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 158, I, 160, I e 643, §4º; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, ‘f” e “g”, da Lei Complementar n° 123/2006, e R$ 175.337,29 (cento e setenta e cinco mil, trezentos e trinta e sete reais e vinte e nove centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, V, “a” e “f”, da Lei n° 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo o montante de R$ 263.416,73 (duzentos e sessenta e três mil, quatrocentos e dezesseis reais e setenta e três centavos), sendo R$ 30.456,50 (trinta mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e cinquenta centavos), de ICMS, e R$ 232.960,23 (duzentos e trinta e dois mil, novecentos e sessenta reais e vinte e três centavos), referente à multa por infração.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de maio de 2017.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

Conselheira Relatora

Phoca PDF