Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 171.097.2013-6
Recurso VOL/CRF Nº 007/2016
Recorrente:GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS.
Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
Autuante:JOSÉ DOMINGOS MOURA ALVES/HÉLIO GOMES CAVALCANTI FILHO
Relatora:CONS.ª NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARAVALHO.

PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONFIRMAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Preliminares de nulidade do Auto de Infração - decadência do crédito tributário, inexatidão e incorreção da técnica fiscal empregada, ilegalidade da presunção. No que concerne a esses pontos, o auto de infração lavrado reputa-se plenamente válido. Preliminares não acolhidas, mantida a acusação à regularidade na denúncia.
Arguições de Improcedência – infere-se que o contribuinte autuado por se encontrar inserido no Regime do Simples Nacional, onde importa esclarecer que a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, e da multa aplicada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.
Reputa-se legítimo o procedimento fiscal que denunciou a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais evidenciadas mediante aplicação de Levantamento Financeiro, tendo em vista o não afastamento da presunção relativa que devolve ao acusado o ônus da prova de sua improcedência, devido à ausência de provas que viessem a sucumbir o feito fiscal.

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

A C O R D A M os membros do **1ª Câmara** de Julgamento 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 *desprovimento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002067/2013-49 (fl. 3), lavrado em 4 de dezembro de 2013, contra a empresa, GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS, (CCICMS: 16.154.132-1), declarando como devido o crédito tributário no valor de R$ 106.186,84 (cento e seis mil, cento e oitenta e seis reais e oitenta e quatro centavos), por infração aos artigos 158, I e 160, I, c/c 646; e art. 643, § 4º; II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R$ 53.093,42 (cinquenta e três mil, noventa e três reais, quarenta e dois centavos), de ICMS e, R$ 53.093,42 (cinquenta e três mil, noventa e

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

três reais, quarenta e dois centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I.

1ª Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 02 de junho de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras do 1ª Câmara, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA e ÁUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente).

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso hierárquico,interposto contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002067/2013-49 (fl. 3), lavrado em 4 de dezembro de 2013, segundo o qual a autuada, contribuinte do ICMS, nos auto qualificada, é acusada do cometimento da irregularidade, que adiante transcrevo:

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. Exercício de 2008.

Nota Explicativa – 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTA DETECTADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO.

Por considerar infringidos os arts. 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R$ 53.093,42, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária, na quantia de R$ 53.093,42, nos termos dos arts. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R$ 106.186,84.

Documentos instrutórios constam às fls. 4-86, dos autos.

Após a ciência do resultado da ação fiscal, via Aviso de Recebimento, fl. 87, em 10 de dezembro de 2013, a autuada apresentou defesa, consoante atesta reclamação, acostada às fls. 88-124, datada de 10 de janeiro de 2014, alegando erros no levantamento realizado pela fiscalização, desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, da natureza confiscatória da multa constante da exordial.

Por todos estes motivos suscita a nulidade do auto de infração.

Acosta aos autos, fl. 101, demonstrativo financeiro.

Em contestação, fls. 126 – 136, o autor do feito informa que a autuada não apresentou o livro Diário e o Caixa, apesar de ter dado ciência no Termo de Início de Fiscalização, fls. 8 e 9, não tendo valor probante o demonstrativo acostado pela autuada.

Apresenta os artigos do RICMS referentes ao lançamento indiciário, na busca de se contrapor aos argumento apresentadas pela reclamante contra a lavratura do auto de infração.

Por fim, solicita a manutenção do feito fiscal.

Após a prestação da informação de inexistência de antecedentes fiscais e a conclusão dos autos (fls. 138 e 139), estes foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP e distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela *procedência* do auto infracional, conforme sentença de fls. 141-148, ao argumento de que a autuada exerceu o seu direito de provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa, todavia as provas trazidas aos autos, não foram suficientes para descaracterizar a acusação.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Sem interposição de *recurso hierárquico*, bem como efetuada a ciência da decisão monocrática, via Aviso de Recebimento, em 23 de novembro de 2015, notificação, fl. 150, os autos foram encaminhados à empresa autuada, para apresentação de *recurso voluntário*, ocasião em que este se manifesta, através de seu representante legal, inconformado com a decisão singular, fls. 153-193, apresentando os seguintes argumentos, que são relatados, em síntese:

Inicialmente, argui decadência do crédito tributário, conforme o art. 150, § 4

º do CTN.

Prosseguindo, aduz que o libelo basilar deve ser anulado, por vício formal, inexatidão e incorreção da técnica fiscal aplicada pela auditoria, ilegalidade da presunção.

Em outro ponto, argui improcedência do auto de infração, pela ausência do registro de receitas de empréstimos tomados pela empresa, pois desde longo tempo a recorrente se utiliza de capital financeiro de bancos, tanto para a aquisição de bens para o ativo fixo, como para suprimento de caixa para o capital de giro; por equívoco na eleição da alíquota aplicável e na escolha da penalidade aplicável.

Por fim, habilita-se a requerer a reforma da decisão *a quo*, julgando-se nulo o auto de infração pelos vícios formais apresentados.

Em sequência os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Em sucinto, está relatado.

VOTO

O objeto do *recurso voluntário* a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora que *procedeu* ao lançamento de oficio baseado no resultado do Levantamento Financeiro, efetuado sobre o exercício de 2008, que instrui o auto de infração, por

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

haver considerado regular o procedimento de apuração da falta, assim como o seu resultado.

Inicialmente, 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 observou 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 ato contínuo, necessário se faz examinar os questionamentos dispostos no *recurso voluntário*, fls. 153-193, acerca de posicionamento explícito para reforma da decisão, senão vejamos:

1. Preliminar de nulidade. Decadência do Crédito Tributário.

Em outro ponto, a empresa inicia sua intervenção pugnando pela nulidade do feito fiscal, justificando-se da seguinte forma: “ Ocorre que houve decadência de grande parcela do crédito tributário exigido no procedimento fiscal combatido, fato que, inclusive, deve ser reconhecido e declarado de ofício pelo órgão julgador.”

A decadência traduz-se, em linhas gerais, como sendo a perda do direito, por parte da Administração Tributária - sujeito ativo de determinado tributo, por intermédio de sua autoridade competente, de promover o lançamento tributário. É com o lançamento que a obrigação tributária torna-se líquida e certa, surgindo, assim, o crédito tributário. Este consiste em um dos pontos de maior relevância para a segurança jurídica, não permitindo o diferimento, ao longo do tempo, do dever de agir da autoridade administrativa, promovendo a estabilização da relação Fazenda Pública x Contribuinte.

Assim, este instituto jurídico tem o condão de impedir que as relações jurídicas perdurem indefinidamente, sem termo final, dando-lhes maior segurança jurídica.

O CTN trata da decadência em seu art. 173, estipulando o prazo e nos seus incisos, de forma geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito do Estado em efetuar o lançamento tributário, abaixo transcrito:

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Também o CTN, por outro lado, no artigo 150, § 4°, estipula o prazo de cinco anos para a Fazenda Pública se pronunciar a respeito da homologação, caso a lei não fixe outro prazo:

"Art. 150 – (...)

§ 4.º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Este último reporta um prazo concedido à Fazenda Pública, considerando os casos em que houver a participação efetiva do contribuinte. O cumprimento da obrigação por parte do sujeito passivo, evita controvérsia. No entanto, quando este deixar de recolher ou recolhe parcialmente o tributo devido, como no caso em análise, começam surgir controvérsias.

Contudo, aqui se faz necessário enfatizar que o ICMS – imposto em análise – está sujeito ao lançamento por homologação, aquele em que o próprio contribuinte apura, informa e recolhe o tributo antecipadamente sem prévio exame do Fisco. O Estado disporia então do prazo de cinco anos para dizer se concorda ou não com o valor pago pelo contribuinte, concordando dentro desse prazo, ocorreria sua homologação expressa; se não se manifesta nesse prazo, ocorreria a homologação tácita; e ainda, se não concorda dentro desse prazo, faria o lançamento de ofício (auto de infração) da diferença que entender cabível.

Assim, neste aspecto, torna-se relevante a análise de qual seria o termo inicial, nos casos de homologação, para efeito da contagem do prazo da decadência na esfera tributária. Neste interim, necessário se faz ressaltar as disposições do novel Ordenamento Processual Tributário do Estado

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

da Paraíba, aprovado pela Lei nº 10.094, de 27 de Setembro de 2013, que consagrou o prazo da decadência nos seguintes termos:

“Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação especifica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3° Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n)”

É possível verificar que a instância especial desta Pasta também já se pronunciou neste sentido, conforme vejamos adiante:

“Decisão nº 002/2013 – SER

Recurso Hierárquico nº 002/2013

Processo nº 0981242010-0

INSTÂNCIA ESPECIAL. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ESTOQUE DECLARADO A MENOR. DECADÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Já se encontra solidificada a tese majoritária de que se aplica o § 4º do art. 150 do CTN ao lançamento suplementar decorrente de pagamento a menor de imposto sujeito a lançamento por homologação.”

Observa-se, conforme todo o relato acima, que o art. 173, I do CTN dá a regra geral de decadência, ao estabelecer que o prazo de extinção do direito de lançar é de cinco anos, contados do primeiro

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

E esse prazo se aplica ao lançamento de ofício, na hipótese em que o sujeito passivo se tenha omitido no cumprimento do dever de pagar, nos casos de omissão, antes de qualquer exame do sujeito ativo, sob pena de decadência.

Nos casos em que tenha havido antecipação do pagamento, não se tendo constatado dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial conta-se da data do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

No caso sub judice, em se tratando das denúncias que repercutem a *omissão de saídas de mercadorias tributáveis*, sem o pagamento do imposto, não teria como a autoridade administrativa tomar conhecimento daquilo que, segundo a denúncia descrita, não foi declarado pelo sujeito passivo, aplicando-se, assim, o prazo da regra geral do art. 173, I, do CTN, acima transcrito.

Logo, os créditos tributários lançados nos períodos de janeiro a dezembro de 2008, referentes a esta acusação não foram atingidos pela decadência, só estariam decaídos em *1º de janeiro de 2014*.

Esse, inclusive, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que proclamou, se não houver pagamento é aplicável o prazo do art. 173, do CTN. E caso haja pagamento, aplica-se o prazo de cinco anos contados do fato gerador, na forma do art. 150, §4º, do mesmo diploma. Em 26 de outubro de 2011, o STJ mais uma vez reitera a sua inteligência, conforme o julgado abaixo:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

3. "[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

o § 4º do art. 150 do CTN" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. MIN. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011)”

É sabido que, sobre a matéria, o entendimento ora exposto é pacífico em nossa Corte de Justiça Fiscal, em se tratando de omissões de saídas, aplicar-se-á a regra do art. 173, I do CTN, como se verifica do Acórdão, *in verbis*:

“CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. DECADÊNCIA DE PARCELA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REDUÇÃO DA PENALIDADE PELA APLICABILIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Decadência de parcela do crédito tributário pela aplicação do art. 173, I do CTN, tendo como termo inicial de contagem o primeiro dia do exercício subsequente ao que deveria ter sido efetuado o lançamento.

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.

Acórdão 341/2014

CONS.ª DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.”

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Diante, do que, rejeita-se a preliminar suscitada.

2. Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por vício formal, inexatidão e incorreção da técnica fiscal empregada, ilegalidade da presunção.

Conforme já relatado, anteriormente, no libelo acusatório encontram-se delineadas todas as denúncias formuladas, 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.

Em nota explicativa, pormenoriza-se a acusação e os valores correspondentes, respaldando os princípios da legalidade e da ampla defesa, utilizando-se a técnica de fiscalização – Levantamento Financeiro, seguindo padrões lógicos, concebendo o arcabouço com elementos formais essenciais à validade da peça vestibular, não configurando assim cerceamento de defesa.

É de surpreender a alegação de nulidade do lançamento de ofício, justo porque, sabe-se, que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, a autuação, conforme se aduz do artigo 41 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, *in verbis:*

“Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

§ 3º O Auto de Infração e a Representação Fiscal serão lavrados observado o disposto no art. 3º desta Lei, podendo ser inteiramente impressos ou emitidos por processamento eletrônico, seguindo os moldes e as palavras usuais, devidamente numerados, preenchidos à mão, datilografados ou digitalizados, e inutilizadas as partes em branco ou os claros existentes, por quem os lavrar.

§ 4º O Auto de Infração e a Representação Fiscal reportam-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e regem-se pela legislação tributária então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

(...)”

Perscrutando o auto de infração e os documentos probatórios anexos, pode-se constatar que não existe qualquer desrespeito aos artigos acima transcritos. A descrição do fato gerador, consubstanciada com o complemento, as notas explicativas, que integra a própria peça de acusação e o demonstrativo relacionado à acusação – estes compreendem partes integrantes dos autos, buscando esclarecer perfeitamente todo o procedimento fiscal e reúne elementos que afastam qualquer possibilidade de acolhimento da tese de *nulidade do auto de infração por vício formal, inexatidão e incorreção da técnica fiscal empregada e ilegalidade da presunção*.

Diante do exposto, denego o pedido da recursante e procedo ao exame da questão considerando os elementos constantes nos autos.

Quanto ao mérito do lançamento, a recorrente suscita improcedência do lançamento – 2008 - que advém da acusação de omissão de saídas detectadas mediante a aplicação da técnica fiscal consistente do *Levantamento Financeiro*, cuja diferença tributável nele apontada levou à Fiscalização a oferecer a denúncia encimada, observa-se que a providência fiscal tem *status* de legalidade, visto que se alicerça na presunção legal ínsita na norma do artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB*, 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, autoriza 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.” (g.n.)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

O referido levantamento aplicado no exame da situação fiscal do contribuinte, que se trata de uma indústria e comércio de alimentos, constitui um método de aferição utilizado como uma opção de levantamento do Caixa da empresa 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.

No entanto, consoante previsão do parágrafo único do art. 646, tal conclusão firma-se como presunção relativa, uma vez que devolve ao acusado o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações. No presente caso, na apresentação de provas de confirmem receitas ou equívocos nas informações de despesas, haja vista que os pagamentos efetuados foram superiores às receitas auferidas, sob pena de serem tomados, pela absoluta ausência de outro caminho, como decorrentes de vendas tributáveis não registradas.

No caso em tela, a autuada na busca de confirmar suas alegações de que o resultado encontrado não se legitima, pois a despeito da contabilidade não individualizada, este levantamento não estaria correto, em face da ausência do registro das receitas de empréstimos tomados pela empresa, e, além disso, desde longa data a recorrente utiliza o capital financeiro de bancos, tanto para a aquisição de bens do ativo fixo, como para suprimento de caixa para o capital de giro.

Assim sendo, acosta cópias de documentos, fls. 178-193, DANFES, balanço patrimonial, aviso de vencimento do sistema de empréstimo da Caixa Econômica Federal – referente à prestação 001, com vencimento em 25/05/2012, contrato de financiamento para aquisição de veículo – prefixado.

Examinando as provas, especificamente, o extrato de aviso de vencimento da Caixa Econômica Federal e as cópias do Balanço Patrimonial, fl. 187-190, acostados, na busca de comprovar a realização de empréstimos, cumpre verificar se há regularidade dos lançamentos contábeis, para saber se estes refletem, efetivamente, os fatos que a recorrente intenta provar, isto é, que se originam de empréstimos lançados na contabilidade da empresa, exatamente na Conta Caixa, devendo, para tanto, que a autuada acoste os próprios contratos dos empréstimos, com transcrição no Registro Público, conforme aduz o Código Civil Brasileiro (arts. 135 e 1.067), e, além disso, para comprovar a origem dos recursos, são necessárias as declarações de imposto de renda da empresa, contendo os valores emprestados, ou, ainda, os extratos bancários, com todos os débitos das parcelas debitadas da conta da empresa, os quais não foram apresentados.

Considerando esse contexto, primeiramente, faço registrar que a análise dos elementos aduzidos aos autos deve ter em conta à prova do fato de todo o conjunto probatório, e não apenas essa ou aquela prova, isoladamente, sob pena de não se alcançar a verdadeira justiça fiscal. É o entendimento adotado por esta Corte de Julgamento, conforme fragmento que transcrevo do voto da relatoria do Cons. Rodrigo Antonio Alves Araújo, que foi aprovado à unanimidade e deu origem ao

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Acórdão nº 290/2013. Eis o referido fragmento:

“Nesse diapasão, após analisarmos as provas acostadas pela recusante, verificamos não serem suficientes para comprovação da origem do numerário, pois deve ser considerado o conjunto probatório como um todo, a exemplo de um Contrato de mútuo registrado em cartório, informação na declaração de IRPF acerca do aporte financeiro realizado a empresa autuada, indicando valores e datas, extratos bancários dos sócios ou da empresa comprovando a realização da operação financeira ou outros elementos que comprovassem a efetiva operação de transferência.”

Após esta consideração, convém observar, ainda, que a recorrente não utilizou a contento a inversão do ônus da prova, porquanto não trouxe qualquer arguição capaz de inocentá-la, especificamente cópia do Livro Caixa autenticado, que assegure a autenticidade dos registros, deixando, pois, prevalecer à 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, pelo simples fato de que a empresa é a detentora de seus livros e documentos fiscais contábeis.

Dessa forma, na ausência de prova documental capaz de fazer prova a favor de seu titular, evidente, pois, a prática infracional. Pelo que entendo que prevalece a presunção legal inserida no art. 643, II, §4º, 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.

(...)

§ 3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não mantenha escrituração contábil regular devidamente registrada na Junta Comercial, será exigido o livro Caixa, devidamente autenticado pela repartição fiscal do domicílio do contribuinte, com a escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

§ 4º Para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, onde couber, os procedimentos abaixo, dentre outros, cujas repercussões são acolhidas por este Regulamento:

I - a elaboração de Demonstrativo Financeiro, através do qual deverão ser evidenciadas todas as

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

receitas e despesas, bem como considerada a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e no final do período fiscalizado;" (g.n.)

Prosseguindo, observa-se que a recorrente alega improcedência do auto de infração por equívocos na eleição da alíquota aplicável, na escolha da penalidade aplicável, art. 34, da Lei Complementar nº 13/2006 e suscita redução da base de cálculo.

Partindo dessa premissa, infere-se que o contribuinte autuado por se encontrar inserido no *Regime do Simples Nacional*, onde importa esclarecer que a acusação de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis*, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que *a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada*, *e da multa aplicada,* em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, 'e' e "f" c/c 32, ambos da Lei Complementar n° 123/2006, bem como nas disposições sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas por esse regime de tributação, dadas pela Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, adiante transcritas:

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 aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

XIII - ICMS devido:

[...]

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

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 82. Aplicam-se a 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

[...]

§ 2º. 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, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Além disso, é necessário entender que o lançamento de oficio se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional em face da ocorrência de omissões de mercadorias tributáveis *por observância a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas*, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado, onde faço necessário invocar a prescrição do art. 144 do CTN, senão vejamos:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (g.n.).

Pois é sabido que este Colegiado já se posicionou em outras decisões, no sentido de manter a observância da legislação aplicáveis as demais pessoas jurídicas quando da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, conforme edição do Acórdãos CRF n° 390/2013 e 042/2011, da lavra do eminente Cons. Rodrigo Antônio Alves Araújo, que assim dispõe:

RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO -CARTÃO DE CRÉDITO – PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS - AJUSTES REALIZADOS NO PERCENTUAL DE MULTA – REFORMADA DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. “In casu”, o pagamento já realizado em face da notificação para recolhimento do ICMS teve por cerne a alíquota do simples nacional, cabendo a complementação do imposto em razão do novo critério da Secretaria de Estado da Receita, que determinou através da Instrução Normativa nº 009/2013/GSER a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas. Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

“RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – AUSÊNCIA DE PROVAS ILIDENTES.

Constatado nos autos que o sujeito passivo efetuou desembolsos com valores superiores às receitas, configurada está a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Assim, fez-se necessário a realização de ajuste no percentual de alíquota, sendo considerada a de 17%, por serem aplicadas as empresas do Simples Nacional a legislação aplicáveis as demais pessoas jurídicas quando da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. No caso vertente, a realização do ajuste trouxe repercussão no crédito tributário exigido, todavia, foi mantido o limite do crédito tributário descrito no auto de infração”.

Além disso, deve-se enfatizar, que os fazendários atuaram 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, os fazendários tomaram por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano, assim sendo, *reduziram a 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.*

No que tange à redução da base de cálculo, advogada às fls. 176 e 177, insculpida no art. 34, IV, do RICMS, prorrogado até 30/4/2017, lembro que esta concessão é, especificamente, ao fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, não se aplicando ao caso em análise.

Neste contexto, buscando-se a verdade objetiva dos fatos, lastreada no Princípio da Verdade Material, cabe a este Colegiado julgar *procedente* a ação fiscal, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do levantamento Financeiro, exercício 2008.

Com esses fundamentos,

VOTO - pelo recebimento do *recurso voluntário,* por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo seu *desprovimento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002067/2013-49 (fl. 3), lavrado em 4 de dezembro de 2013, contra a empresa, GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS, (CCICMS: 16.154.132-1), declarando como devido o crédito tributário no valor de R$ 106.186,84 (cento e seis mil, cento e oitenta e seis reais e oitenta e quatro centavos), por infração

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

aos artigos 158, I e 160, I, c/c 646; e art. 643, § 4º; II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R$ 53.093,42 (cinquenta e três mil, noventa e três reais, quarenta e dois centavos), de ICMS e, R$ 53.093,42 (cinquenta e três mil, noventa e três reais, quarenta e dois centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 2 de junho de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.
Conselheira Relatora

Phoca PDF