



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº052.208.2013-3

Recurso HIE/CRF nº.382/2016

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida:DUX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA –EPP.

Preparadora:SUBG.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG. DA 1ª REGIÃO.

Autuante:GERALDO FERREIRA DOS S. FILHO

Relator:Cons.JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

OMISSÃO DE SAÍDAS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PARCIALIDADE. AUSÊNCIA DA PROVA NEGATIVA DO CONTRIBUINTE DE PARTE DAS NOTAS FISCAIS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁQUICO DESPROVIDO.

A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo ao auditor fiscal o dever de efetuar o lançamento tributário de ofício, em observância à presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. “In casu”, ficou demonstrada a existência de algumas inconsistências no levantamento realizado pela auditoria, afastando, ipso facto, parte dos lançamentos indiciários.

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 do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000000598/2013-05, de 30/4/2013, lavrado contra DUX COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA - EPP, CCICMS n.º 16.153.674-3, devidamente qualificado nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 51.922,24 (cinquenta e um mil, novecentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 25.961,12 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e doze centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB e R\$ 25.961,12 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e doze centavos) a título de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 27.429,38 (vinte e sete mil, quatrocentos e vinte e nove reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ 429,42 (quatrocentos e vinte e nove reais e quarenta e dois centavos) de ICMS e R\$ 26.819,96 (vinte e seis mil, oitocentos e dezenove reais e noventa e seis centavos) de multas 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 de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de novembro de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso hierárquico, decorrente da decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000598/2013-05, lavrado em 30 de abril de 2013, onde a autuada é acusada da irregularidade que adiante transcrevo juntamente com as notas explicativas que as seguem:

FALTA DE LANÇAMENTO DE F. FISCAL DE AQUISIÇÃO >> *Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. (SIMPLES NACIONAL)*

NOTA EXPLICATIVA: A INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA FOI ORIUNDA DAS OPERAÇÕES INTERNA E INTERESTADUAL, CUJA OMISSÃO TEVE A OCORRÊNCIA NA ESCRITA FISCAL DE 2008 A 2011.

De acordo com a referida peça acusatória a autuada ficou sujeita ao recolhimento do crédito total de R\$ 79.171,52, sendo R\$ 26.390,54, referente ao ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, I, c/fulcro art. 646, ambos do RICMS/PB e R\$ 52.781,08, de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, incisos V, alíneas “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam anexados à exordial, fls. 9 a 191: termos, planilhas de cálculos contendo demonstrativos das notas fiscais que serviram para consubstanciar a autuação.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, por Aviso de Recebimento, em 15.5.2013, a empresa apresentou defesa tempestiva, em 10.6.2013, onde, em breve introdução, apresenta uma sinopse fática da autuação, vindo a demonstrar, em apertada síntese, as seguintes alegações:

- que a Fiscalização utilizou-se de sistemas internos para presumir que os produtos relacionados nas notas fiscais contidas nos demonstrativos por ele produzidos teriam dado entrada no estabelecimento da Reclamante, sem apresentar, contudo, cópias destas notas fiscais;
- que os documentos apresentados às fls. 10-31, 53, 55, 56, 72, 78 e 87 denominados “Nota Fiscal de Terceiros” não se prestam para comprovar que se referem a mercadorias e que estas mercadorias tenham sido recebidas pela Autuada;
- que a entrada de mercadorias não pode ser presumida. É necessário que haja provas de sua efetiva entrada no estabelecimento, a exemplo de assinaturas do recebedor nas cópias das notas fiscais e de comprovantes de pagamento;
- que o documento relacionado às fls. 53, intitulado “Nota Fiscal de Terceiro” exemplifica o ocorrência de equívocos nos procedimentos fiscais, sendo possível identificar que se refere à nota fiscal nº 001333, de emissão do CNPJ 08.734.156/0001-08, inscrição estadual nº 16.151.505-3, documento este que se refere a uma operação de compra de um veículo faturado pela DAISAN Comércio de Veículos Ltda., com reserva de domínio, ou seja, financiado pela Caixa Econômica Federal. Não se trata, portanto, de mercadoria para revenda, e sim para o ativo fixo da Empresa;
- que a denúncia imputada ao Contribuinte de haver infringido os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB afronta o princípio da verdade real, pois, em nenhum momento, a Auditoria flagrou qualquer operação de circulação de mercadorias sem a emissão de documento fiscal;
- que os produtos destacados nas notas fiscais nº 5227, 1564, 59081, 2836 e 1993590 são materiais de uso e consumo, não destinados à venda. As referidas notas fiscais foram regularmente lançadas no Livro Registro de Entradas;
- que a nota fiscal nº 278539, emitida em 17/06/11, refere-se a uma operação de comodato;

- que a multa aplicada representa um verdadeiro confisco;

Por fim, requer a decretação de nulidade do Auto de Infração, por não atender aos requisitos legais e/ou a insubsistência do Auto de Infração, em razão de não ter infringido a legislação tributária estadual.

Em sede de Contestação, comparece aos autos o autor do feito para afirmar que a defesa não apresentou prova material de escrituração de nenhum dos documentos fiscais com vistas a opor-se às acusações, aonde se denota equívoco de entendimento, pois o rastreamento do fluxo de recursos financeiros alcançou a omissão de receitas das vendas pretéritas de mercadorias tributáveis, não trazendo provas materiais de haver registrado as notas fiscais nº 005227, 001564, 059081, 002836 e 1993590.

No entanto, quanto à Nota Fiscal nº 278539, reconhece a necessidade de sua exclusão do crédito tributário lançado no mês de junho/11, posto que não houve transmissão de propriedade do bem nela consignado.

Por fim, requer a decretação de procedência parcial do auto de infração.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, (fls.243), os autos foram conclusos e aportados na instância "a quo", onde em 05/09/13, a Auditoria Jurídica da Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais lavrou Termo de Juntada para fazer constar nos autos o Processo nº 0523942013-0 (fls. 246 a 295) relativo ao Termo de Exclusão do Simples Nacional da empresa autuada.

Com fulcro no artigo 29, V, § 9º, I e II, da Lei Complementar nº 123/2006, o Representante Fazendário lavrou Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 248 e 249), considerando a infração descrita no Auto de Infração como prática reiterada do Contribuinte.

Após ter sido cientificada em 15/05/13 (fls. 254), a Autuada apresentou Reclamação tempestiva contra o referido Termo, na qual alega que:

- que haveria necessidade de se aguardar o julgamento do Auto de Infração a ele vinculado para poder decidir acerca da exclusão do Contribuinte do Simples Nacional;

- que o auto de infração respectivo deve ser anulado, pelas mesmas razões já explicitadas na Reclamação interposta contra o lançamento tributário;

Requer, por fim, que seja julgado improcedente o Termo de Exclusão, de forma que a autuada

permaneça como optante do Simples Nacional.

Conclusos, os autos foram remetidos a esta instância julgadora tendo sido distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que em seu julgamento decidiu pela procedência parcial do auto de infração, reduzindo o ICMS devido para o valor de R\$ 25.961,12 e da multa por infração para o montante de R\$ 25.961,12 conforme sentença posta às fls. 297/312 dos autos.

A empresa autuada foi devidamente notificada do julgamento singular em 19/8/2016, mediante Aviso de Recebimento, consoante fls. 315 dos autos, não se manifestando em grau de recurso.

Remetidos os autos a esta Corte, conforme atesta o despacho de fl. 316, estes foram distribuídos para exame e decisão desta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto.

É o relatório.

VOTO

No cerne da questão, vejo que a acusação fiscal está apoiada numa presunção “*juris tantum*”, ou seja, a legislação de regência determina que a falta de contabilização e/ou a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição autoriza a presunção de omissão das saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma disciplinada pelo artigo 646 do RICMS/PB, infra:

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. (grifo nosso)*

Fica clarividente na norma tributária presuntiva que, uma vez que se realização de aquisições sem a devida declaração nos livros fiscais próprios, presume-se que o objetivo maior era omitir receitas cuja origem não tem comprovação, posto que emergiram de fontes a margem do Caixa oficial através de vendas sem emissão dos correspondentes documentos fiscais. Por óbvio, receitas não declaradas cobrem despesas igualmente não contabilizadas, tudo ao arrepio da lei.

Por conseguinte, a aplicação da supracitada presunção legal leva à conclusão de que o numerário utilizado para o pagamento das respectivas notas fiscais não registradas adveio de vendas omitidas, configurando-se uma evidente afronta ao art. 158, I, e ao art. 160, I, ambos do RICMS/PB.

No caso em análise, reconheço e chancelo as fundamentações apresentadas pelo julgador singular ao descaracterizar as razões de nulidade pretendidas pela reclamação fiscal, visto não se aplicar ao caso concreto.

Observa-se, também, que os pontos centrais de mérito foram analisados com prudência e imparcialidade, onde a alegação de que as Notas Fiscais de nº 5227, 1564, 59081, 2836 e 1993590 corresponderiam a aquisições de produtos destinados ao uso e/ou consumo do estabelecimento não altera a presunção contida no artigo 646 do RICMS/PB, uma vez que a exigência dos créditos não está relacionada diretamente a estas notas fiscais, mas sim, a operações pretéritas cujas receitas não foram oferecidas à tributação e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

Assim, como bem fundamentou o julgador, a repercussão tributária não decorre da posterior saída destes produtos, mas sim de operações anteriores às aquisições, cujas receitas possibilitaram a aquisição dos produtos consignados nas notas fiscais não registradas pelo contribuinte. Não há também provas do efetivo registro dessas notas fiscais efetuados em livros competentes.

Quanto à nota fiscal nº 1333, emitida em 19/5/2009 pela Daisan Comércio de Veículos Ltda. (fls. 230), a reclamante afirmou que a aquisição do veículo Hyundai Santa Fé SL ocorreu por meio de alienação fiduciária junto à Caixa Econômica Federal e que o bem foi destinado ao ativo fixo.

Como já foi discorrido na sentença, o fato de o produto não ter sido adquirido para revenda não afasta a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. A indicação na nota fiscal de que a compra do bem foi por meio de alienação fiduciária não afasta a onerosidade da operação, muito pelo contrário, pois é cediço que o valor total a ser pago à instituição financeira supera o valor do bem, já que engloba, também, o custo desta modalidade de financiamento (juros e taxas).

Em relação à Nota Fiscal nº 278539 (fls. 108), necessário reconhecer como pertinente a decisão que a excluiu da exigência. Como já demonstrado, a natureza da operação (Comodato), não se reveste em onerosidade pela aquisição, não autorizando o Fisco a se valer do artigo 646 do RICMS/PB para denunciar o contribuinte por omissão de receita. Para que se configure a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, é indispensável que as operações mercantis relativas às notas fiscais não lançadas sejam onerosas, haja vista a necessidade de ter havido pagamento de mercadorias com recursos financeiros advindos de receitas omitidas.

Portanto, para as demais notas fiscais, os argumentos defensuais mostraram-se inócuos para produzirem os efeitos pretendidos pela defesa. A inserção da cópia desta nota fiscal pela Reclamante, ao contrário, apenas ratifica a validade da inclusão de “Notas Fiscais de Terceiros” no levantamento fiscal para embasar a acusação de “Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição”.

Assim, não vejo como deixar de acatar as fundamentações de sentença singular que ao cotejar todos os elementos trazidos à baila pela defesa e também pela auditoria, concluiu pela manutenção de parte dos lançamentos referentes aos exercícios fiscalizados.

Em relação à penalidade proposta na exordial, que teve por fundamento o artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, se faz coerente a redução da sanção aplicada por meio da peça vestibular, diante da edição da Lei nº 10.008, de 5 de junho de 2013, combinado com o disposto no artigo 106 do CTN, que autoriza a aplicação retroativa de sanções mais benéficas a fatos pretéritos cujo processo não esteja definitivamente sido julgado, fato já motivado na decisão recorrida.

Registre-se, por conclusão, que a matéria em comento já fora amplamente debatida nesta instância “*ad quem*”, a ponto de emergir pensamento uníssono entre os seus membros, ratificando, assim, a decisão que ora se formula, a qual deve preponderar, ***litteris***:

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

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

Acórdão nº 367/2012

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

Por derradeiro, não podemos deixar de analisar a decisão que tornou sem efeito o Termo de Exclusão do Simples Nacional. De fato, andou bem a sentença quando deixou claro que para proceder à exclusão de contribuinte optante pelo Simples Nacional, quando contatada infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06, é condição “*sine qua non*” que a infração se configure uma prática reiterada da empresa, conforme preceitua o artigo 29, V, do referido Diploma Legal, “*in verbis*”:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

À época da lavratura do Auto de Infração, estava em vigência, no Estado da Paraíba, a Instrução Normativa GSER nº 15/12, a qual, em seu artigo 3º, parágrafo único, definia a reincidência, sendo tal redação modificada com base na Instrução Normativa GSER nº 09/13, que trouxe nova redação ao artigo 3º da Instrução Normativa encimada, senão vejamos:

*Art. 3º Considera-se prática reiterada, a ocorrência de idênticas infrações, inclusive, de natureza acessória, **verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração, a partir da decisão definitiva referente à infração anterior.** (grifo nosso)*

Parágrafo único. No momento da lavratura do auto de infração, verificada a hipótese de prática reiterada, deve o auditor fiscal lavrar Termo de Exclusão do Simples Nacional e providenciar a cientificação ao contribuinte.

Nos termos do dispositivo retro transcrito, a contagem, para efeito de caracterização da infração reincidente, inicia-se **a partir da decisão definitiva referente à infração anterior**. Assim, para que se possa proceder à lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional, faz-se necessária a existência de auto de infração anterior, relativa à infração idêntica, cuja decisão definitiva tenha sido proferida em desfavor do contribuinte, observado o lapso de cinco anos.

Mesmo tendo entrado em vigência em momento posterior, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 106, I, autoriza a retroatividade do artigo 3º da Instrução Normativa nº 09/13, por se tratar de dispositivo expressamente interpretativo:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

Neste contexto, com base nas informações contidas nos autos, em especial a que denota a **inexistência de antecedentes fiscais** (fls. 243), inexistente justificativa para se manter a procedência

do Termo de Exclusão do Simples Nacional, razão pela qual comungo com o desfecho decisório.

Nesse sentido, chancelo a decisão tomada.

“EX POSITIS”

V O T O - pelo recebimento do recurso hierárquico por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000000598/2013-05, de 30/4/2013, lavrado contra DUX COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA - EPP, CCICMS n.º 16.153.674-3, devidamente qualificado nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 51.922,24 (cinquenta e um mil, novecentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 25.961,12 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e doze centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB e R\$ 25.961,12 (vinte e cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e doze centavos) a título de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 27.429,38 (vinte e sete mil, quatrocentos e vinte e nove reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ 429,42 (quatrocentos e vinte e nove reais e quarenta e dois centavos) de ICMS e R\$ 26.819,96 (vinte e seis mil, oitocentos e dezenove reais e noventa e seis centavos) de multas por infração.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de novembro de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator