Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº027.219.2014-6
Recurso HIE/CRF nº.101/2017
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.
Recorrida:MARIA LINDANO DOS SANTOS RAMOS ME.
Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE PATOS.
Autuante:JOÃO GOUVEIA NETO.
Relatora:THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. REDUÇÂO DA MULTA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

As diferenças apuradas em 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.
Ajustes na parcela do imposto e a redução da multa, realizados pelo julgador de primeira instância, acarretou a derrocada de parte do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros da 1ª 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 manter os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000283/2014-30, lavrado em 26/2/2014, contra a empresa MARIA LINDANO DOS SANTOS RAMOS ME, inscrição estadual nº 16.142.320-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 10.775,54 (dez mil, setecentos e setenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R$ 5.387,77 (três mil, trezentos e oitenta e sete mil, e setenta e sete centavos), de ICMS, por infringência dos artigos 158, I; 160, I c/c artigo 646; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R$ 5.387,77 (três mil, trezentos e oitenta e sete mil, e setenta e sete centavos), referentes à multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo mantenho cancelado, por indevido, o valor de R$ 151.529,60 (cento e cinquenta e um mil, quinhentos e vinte e nove reais e sessenta centavos), sendo R$ 75.764,80 (setenta e cinco mil,, setecentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), de ICMS, e

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

R$ 75.764,80 (setenta e cinco mil, setecentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), de multa por infração.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 1º de março de 2018.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, GÍLVIA DANTAS MACEDO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000283/2014-30, lavrado em 26/2/2014, contra a empresa MARIA LINDANO DOS SANTOS RAMOS ME, inscrição estadual nº 16.142.320-5, relativamente a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, consta a seguinte denúncia:

- 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.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE APRESENTOU DEFICIÊNCIA FINANCEIRA DE ACORDO COM O MAPA

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FINANCEIRO NOS SEGUINTES VALORES: EXERC. 2009 = R$ 2.221,24; EXERC. 2010 = R$ 182.936,95; EXERC. 2011 = R$ 99.895,74 E EXERC. 2012 = R$ 192.314,11 PERFAZENDO UM TOTAL DE R$ 477.363,04 (QUATROCENTOS E SETENTA E SETE MIL, TREZENTOS E SESSENTA E TRÊS REAIS E QUATRO CENTAVOS) GERANDO O ICMS NO VALOR TOTAL DE R$ 81.152,57 (OITENTA E UM MIL, CENTO E CINQUENTA E DOIS REAIS E CINQUENTA E SETE CENTAVOS).

Foram dados como infringidos os artigos 158, I e 160, I c/fulcro art. 646; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de R$ 162.305,14, constituído de, R$ 81.152,57, de ICMS, e R$ 81,152,14, de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 26/2/2014, a autuada apresentou reclamação, tempestiva, em 25/3/2014 *(fls. 28-36)*, onde expõe o seguinte:

- Argui a nulidade do lançamento fiscal alegando insuficiência na indicação e descrição da infração, aludindo ser imperiosa a incidência específica, carreada de documentação e prova idônea.

- Diz que é inócua a autuação decorrente de Levantamento Financeiro a caracterizar infração baseada em presunção.

- Declara que a fiscalização utilizou valores equivocados de *pro labore*, acrescentado que a empresa trabalha com o *pro labore* fixado em um salário mínimo.

- Aduz que deveria ter sido utilizada a alíquota do Simples Nacional, uma vez que é optante do referido regime de tributação.

- Insurge-se contra a multa aplicada, taxando-a de caráter confiscatório e de não observar o percentual de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do art. 87, da Lei Complementar 123/2006.

- Ao final requer: i) a nulidade do auto de infração; ii) sua desconstituição face aos fatos e fundamentos relatados; iii) a revisão da penalidade aplicada.

Por sua vez, o autuante opôs contestação *(fls. 67-68)*, onde efetou juntada dos

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

levantamentos da Conta Mercadorias, relativos aos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013 *(fls. 68-71)*.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl. 75)*, e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde o julgador fiscal, Pedro Henrique Silva Barros, decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R$ 10.775,54 (dez mil, setecentos e setenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R$ 5.387,77 (cinco mil, trezentos e oitenta e sete reais e setenta e sete centavos), de ICMS, e R$ 5.387,77 (cinco mil, trezentos e oitenta e sete reais e setenta e sete centavos), de multa por infração, com indicativo de recurso hierárquico perante o Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013 *(fls. 77-85)*.

Cientificada, da decisão de primeira instância através de edital, publicado no D.O.E., em 18/1/2017 *(fl. 91-92)*, a autuada não apresentou recurso voluntário.

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

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *hierárquico*, diante decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000283/2014-30, lavrado em 26/2/2014, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Em primeiro lugar, deve-se registrar que estão delineadas na peça acusatória as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), tendo, a autuada, apresentado defesa perante a primeira instância administrativa, demonstrando a total compreensão do teor da acusação e, sendo devidamente cientificada da referida decisão, deixou de apresentar recurso voluntário perante o Conselho de Recursos Fiscais, portanto, não há que se falar em nulidade por não se verificar nenhum prejuízo à defesa do contribuinte.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Empresa Optante do Simples Nacional

As empresas integrantes do Simples Nacional quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal ou adquiram mercadorias em outras Unidades da Federação sujeitas à antecipação do imposto, devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas na forma da, como prevê o 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:*

(...)

§ 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****;*

g) **nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal*****.*** ***(g.n.)***

Portanto, nesses casos, os optantes do Simples Nacional devem se submeter às alíquotas e penalidades aplicáveis às demais pessoas jurídicas, não comportando a aplicação de alíquotas e penalidades 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:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*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).

Assim, sendo apurada omissão de saídas tributáveis, sem a respectiva emissão de documento fiscal, é correta a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), assim como, os percentuais de multa estabelecidos na Lei nº 6.379/96, em detrimento daqueles previstos na legislação do Simples Nacional.

Levantamento Financeiro

A denúncia trata de diferenças tributáveis detectadas através de Levantamento Financeiro, nos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, que foram objeto de lançamento no presente auto de infração, conforme demonstrativos anexados ao processo *(fls. 08-23)*.

O método 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, partindo 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, inclusive o recolhimento de impostos.

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

§ 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.

Assim, sendo constatado que as receitas auferidas não foram suficientes para

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

fazer frente às despesas do estabelecimento, nos exercícios considerados, aplica-se a presunção de que a 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.

Em primeira instância, o julgador singular decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, tendo deduzido, das diferenças encontradas nos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, os valores relativos ao prejuízo bruto apurado com mercadorias com substituição tributária, isentas e não tributadas, nos exercícios considerados, conforme demonstrativos *(fls. 10, 14, 18 e 22)*.

No tocante às alegações de que foram computados valores a título de *pro labore* não estão condizentes com o valor do salário mínimo à época, a fiscalização esclareceu que as quantias tomadas se referem tanto ao pró-labore do sócio quanto aos honorários do contador *(fls. 6-67)*.

Há que se ressaltar, que, na contestação, a fiscalização elaborou novos demonstrativos *(fls. 68-71)*, onde o prejuízo bruto apurado com mercadorias com substituição tributária, isentas e não tributadas, apenas, se verifica no exercício de 2012, assim, cessariam as razões para as deduções efetuadas relativas aos demais exercícios, motivando o ajuste do procedimento no sentido de recuperar o crédito tributário.

No entanto, não se confirmam nos registros do Fisco os valores tomados a título de saídas com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e não tributadas, portanto, tomo como corretos os levantamentos originais *(fls.10-22)*.

Assim, ratifico a decisão de primeira instância considerando que se procedeu conforme as provas dos autos e os termos da legislação de regência.

Redução da Multa

No que se refere à multa, foi, corretamente, aplicada a penalidade prevista no art. 82, V, “f”, da Lei n° 6.379/96, *verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

V – de 100% (cem por cento):

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;

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, alegando afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabe registrar que o percentual aplicado está em conformidade com a legislação tributária do Estado da Paraíba, neste sentido, foge à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Dessa forma, ratifico a decisão de primeira instância, por considerar devidos os valores apurados no lançamento fiscal.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, para manter os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000283/2014-30, lavrado em 26/2/2014, contra a empresa MARIA LINDANO DOS SANTOS RAMOS ME, inscrição estadual nº 16.142.320-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 10.775,54 (dez mil, setecentos e setenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R$ 5.387,77 (três mil, trezentos e oitenta e sete mil, e setenta e sete centavos), de ICMS, por infringência dos artigos 158, I; 160, I c/c artigo 646; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R$ 5.387,77 (três mil, trezentos e oitenta e sete mil, e setenta e sete centavos), referentes à multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ao mesmo tempo mantenho cancelado, por indevido, o valor de R$ 151.529,60 (cento e cinquenta e um mil, quinhentos e vinte e nove reais e sessenta centavos), sendo R$ 75.764,80 (setenta e cinco mil,, setecentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), de ICMS, e R$ 75.764,80 (setenta e cinco mil, setecentos e sessenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), de multa por infração.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 23 de fevereiro de 2018.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

Phoca PDF