



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº1019942013-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:VTO COM. FARMACÊUTICO LTDA.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

**Repartição Preparadora:SUBG.DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GER.REG.1ªREGIÃO-
JOÃO PESSOA**

Autuante:MARIA DALVA LINS CAVALCANTI

Relator:CONS.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O contribuinte não logrou êxito em comprovar o lançamento das notas fiscais nos livros fiscais ou contábeis, vez que os livros contábeis apresentados não se encontravam registrados pelo órgão competente no prazo estipulado pela legislação do ICMS. Nem demonstrou que as receitas auferidas suplantavam as despesas realizadas, motivo pelo qual prosperou o Levantamento Financeiro. Ratificada a sucumbência do Termo Complementar de Infração, haja vista que aqueles lançamentos tributários já haviam sido fulminados pela decadência. Acertada a reforma no crédito tributário promovida pela instância a quo.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo seu desprovemento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000988/2013-77 (fls. 3), lavrado em 2/7/2013, acrescido do Termo Complementar de Infração, lavrado em 10/1/2017, contra a empresa VTO COMÉRCIO FARMACÊUTICO LTDA., inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.130.287-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 36.430,50 (trinta e seis mil, quatrocentos e trinta reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 18.215,25 (dezoito mil, duzentos e quinze reais e vinte e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 646, IV, parágrafo único, do RICMS/PB, e R\$ 18.215,25 (dezoito mil, duzentos e quinze reais e vinte e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do artigos 82, V, "f", da Lei nº 6.379/96, com nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008, de 5/6/2013.

Em tempo, mantém cancelado, por indevido, o montante de R\$ 42.549,81 (quarenta e dois mil, quinhentos e quarenta e nove reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 11.471,45 (onze mil, quatrocentos e setenta e um reais e quarenta e cinco centavos), de ICMS, e R\$ 31.078,36 (trinta e um mil e setenta e oito reais e trinta e seis centavos), de multa por infração.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de maio de 2018.

Petronio Rodrigues Lima
Conselheiro Relator

ni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Segunda Câmara, MARILENE PONTES PEREIRA (Suplente), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, recurso voluntário, interposto nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000988/2013-77 (fls. 3 a 4), lavrado em 2 de julho de 2013, acrescido pelo Termo Complementar de Infração anexo às fls. 1.121, lavrado em 10 de janeiro de 2017, que denunciam a empresa, acima identificada, pelo cometimento das irregularidades abaixo transcritas, *ipsis litteris*:

“FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. 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: Notas fiscais não lançadas.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista a constatação que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas.

Nota Explicativa: Levantamento Financeiro referente aos exercícios 2008 e 2009.”

Considerados infringidos os arts. 158, I, 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, a agente fazendária, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 59.616,51, sendo R\$ 20.235,88, de ICMS, e R\$ 39.380,63, de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96 c/c o art. 16, II, da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II da Res. CGSN nº 094/2011.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 5 a 285 dos autos.

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração em análise, via postal, com Aviso de Recebimento – AR anexo às fls. 286, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 290 a 311) em tempo hábil.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 312 a 900 dos autos.

A reclamante inicialmente narra os fatos que culminaram na lavratura do libelo basilar, aborda questão de direito a fim de pleitear a nulidade do feito fiscal, alegando a ocorrência de vício formal, em virtude de erro na descrição dos fatos infringentes.

No mérito, solicita que os Livros Caixas relativos aos exercícios de 2008 e 2009 sejam revistos, vez que se encontram revestidos de todos os requisitos legais, cujos registros estão pautados em documentos hábeis e idôneos, em conformidade com o art. 27 da Lei Complementar nº 123/2006, daí diz que o crédito tributário foi constituído de forma indevida, por isso requer a improcedência do feito fiscal.

Alternativamente com base no princípio da eventualidade, a impugnante pede que sejam aplicadas as alíquotas do Simples Nacional, as quais à época da autuação eram 2,82% e 3,07 % referentes aos exercícios de 2008 e 2009, respectivamente, como também requer a alteração da multa por infração do patamar de 200% (duzentos por cento) para 40% (quarenta por cento), em virtude dos efeitos confiscatórios que a revestem, nos termos dos arts. 150, IV, da Constituição Federal, e art. 82, I, “a” e “b”, da Lei nº 6.379/96.

Instada a contestar as razões reclamatórias, a autora do feito fiscal relata que o contribuinte tem como atividade o comércio varejista de produtos farmacêuticos com manipulação de fórmulas, optante do Simples Nacional, tendo lavrado contra si auto de infração em exame, em virtude das seguintes irregularidades: “1. omitir saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido – levantamento financeiro referente aos exercícios 2008 e 2009”; “2. falta de lançamento de N. F. de aquisição nos livros próprios nos exercícios de 2008 2009”.

Com referência à segunda infração, a servidora fazendária argumenta que se trata da omissão de vendas pretéritas, cuja natureza das operações relativas às notas fiscais não lançadas é irrelevante para caracterização do ato infracional, sendo suficiente a comprovação de operações onerosas, excetuando-se as transferências de mercadorias, conforme relato às fls. 905.

Diante disso, promovidas as exclusões das transferências em questão, a auditora fiscal requer que seja declarada a parcial procedência do libelo basilar, sendo devido o crédito tributário no importe de R\$ 53.559,72, composto por R\$ 18.216,95, de ICMS, e R\$ 35.342,77, de multa por infração, requer o cancelamento do crédito tributário de R\$ 6.056,79, sendo R\$ 2.018,93 de ICMS e R\$ 4.037,86 de multa por infração.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 906 a 1.112 dos autos.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 1.114), os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que os devolveu à repartição preparadora em DILIGÊNCIA, consoante fls. 1.117 a 1.118, solicitando esclarecimentos a respeito dos saldos inicial e final de Caixa, nas suas ausências, a recomposição dos Levantamentos Financeiros relativos aos exercícios de 2008 e 2009.

Em resposta (fls. 1.119 a 1.120), a servidora fiscal refez os demonstrativos, desta feita, considerou inexistentes os saldos inicial e final de Caixa, nos Levantamentos Financeiros, em conformidade com o art. 643, §§ 3º e 5º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, motivo pelo qual encontrou diferença tributável maior que a inicialmente lançada, resultando na lavratura de Termo Complementar de Infração (fls. 1.121), em harmonia com demais documentos anexos às fls. 1.122 a 1.137.

Regularmente cientificada da lavratura do Termo Complementar de Infração, em 24/2/2017, de acordo com Aviso de Recebimento – AR anexo às fls. 1.174, em harmonia com o art. 698, II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, a interessada acostou aos autos, em tempo hábil, nova impugnação (fls. 1.176 a 1.188).

Em preliminar, a impugnante requer a decadência do lançamento tributário constituído por meio do Termo Complementar de Infração, alegando que este já foi atingido pela decadência, visto que se passaram oito anos entre a ocorrência do fato gerador e a lavratura do referido Termo.

No mérito, o contribuinte reitera as alegações já acostadas quando apresentou a reclamação ao auto de infração em análise, afirma que o ato infracional, omissão de saídas de mercadorias tributáveis – Levantamento Financeiro 2008/2009, denunciado no Termo Complementar de Infração, não está demonstrado nos autos, pois não se sabe como a auditora fiscal o apurou. Repete que os livros Caixas entregues à fiscalização foram desconsiderados como também não foram adotadas as alíquotas próprias do Simples Nacional.

Prossegue reafirmando que o auto de infração possui vício formal, na descrição dos fatos infringentes, que estão desprovidos de demonstrativos, relatórios e demais elementos materiais probantes da sua apuração, por isso reitera que a auditora fiscal não demonstrou como apurou o crédito tributário.

Na sequência, reprisa argumentos previamente acostados acerca da contabilidade centralizada, como também da necessidade da presença dos livros Caixas para comprovação da sua tese de defesa.

Novamente reporta-se ao caráter confiscatório da multa por infração sugerida pela fiscalização, requer sua redução para o patamar de 40% em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como também nos termos do art. 82, I, da Lei nº 6.379/96.

Conclusos, os autos foram submetidos ao exame da instância *a quo*, que decidiu pela parcial procedência do auto de infração *sub judice*, condenando a empresa autuada ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 36.430,50, sendo R\$ 18.215,25 de ICMS e R\$ 18.215,25 de multa por infração, bem como cancelando, por indevido, a quantia de R\$ 42.549,81, sendo R\$ 11.471,45 de ICMS e R\$ 31.078,36 de multa por infração, em conformidade com a sentença acostada às fls. 1.191 a 2.005 e a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

“NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. INFRAÇÕES MANTIDAS. AJUSTES NECESSÁRIOS.

CORREÇÃO DA PENALIDADE APLICADA. DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS APURADOS ATRAVÉS DO TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO.

Não acolhimento de preliminar de nulidade diante da inexistência de vícios procedimentais cometidos pela fiscalização, havendo perfeita sintonia aos princípios que regem o contencioso tributário do Estado da Paraíba.

Caracterizada a presunção de omissão de saídas tributáveis, sem o recolhimento do imposto, quando detectada a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios. In casu, a necessidade de exclusão de notas fiscais que não caracterizam dispêndio financeiro para o adquirente fez sucumbir parte dos créditos lançados na inicial. Confirmada a exação fiscal com a utilização da técnica de Levantamento Financeiro a partir da constatação de que as receitas auferidas não foram suficientes para fazer frente às despesas do estabelecimento, nos exercícios autuados, fazendo eclodir a presunção de que a diferença apresentada decorre de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Por se tratar de acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas do Simples Nacional, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

O fenômeno da decadência tributária, sob o fundamento no artigo 173, I, do CTN, fez sucumbir os créditos tributários lançados através de Termo Complementar de Infração.

Correções efetuadas de ofício. Redução da multa por infração em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE”

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via postal com Aviso de Recebimento JR559323013BR (fls. 2.008), a empresa impetrou recurso voluntário (fls. 2.010 a 2.026) a esta instância *ad quem*.

No recurso voluntário (fls. 2.010 a 2.026), o contribuinte inicialmente se reporta à tempestividade da peça recursal, faz uma síntese dos fatos que antecederam a constituição do crédito tributário, sumaria a sentença singular, dizendo que esta declarou o feito parcialmente procedente, indicando os valores cominados e aqueles cancelados, por indevidos.

Adentrando o mérito, a ora recorrente reitera as razões já firmadas à época da impetração das reclamações relativas ao *Auto de Infração e ao Termo Complementar de Infração*, dizendo que os Livros Caixas foram entregues à auditora fiscal, que os desconsiderou por falta de autenticação, a qual a interessada afirma não ser obrigatória, vez que, no seu entendimento, o único livro contábil que deve ser autenticado por força legal é o Livro Diário, em conformidade com o item 10, letra b, da ITG 2000, aprovada pela Resolução CFC nº 1.330/11.

Continua afirmando que fez uma reconstituição do Razão da Conta Caixa a fim de comprovar que o Caixa tinha lastro suficiente naquele devido momento para adquirir tais bens de consumo.

Argumenta ainda que a sentença singular leva a crer que houve fraude na constituição do Livro Caixa e Razão, todavia, destaca que estes fatos não podem ser presumidos, devem ser provados pelo Fisco, que, na qualidade de autor do lançamento tributário, deve suportar o ônus de provar a ocorrência do fato gerador.

Laborando em seu pro, a recorrente traz à baila fragmento de voto proferido no Supremo Tribunal Federal pelo ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 26.358-0-DF, no qual se discorre acerca da existência do contraditório com direito a produção de provas, ainda que seja processo administrativo.

Nesse norte, transcreve o § 3º do art. 61 da Resolução CGSN nº 94/2011, que diz: “§ 3º A apresentação da escrituração contábil, em especial do Livro Diário e do Livro Razão, dispensa a apresentação do Livro Caixa. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º)”

A recorrente persevera na elaboração das suas razões recursais, agregando, ao fragmento legislativo supracitado, outras considerações acerca dos direitos e garantias fundamentais, no caso, contraditório e ampla defesa. Afirma que esta última assegura ao contribuinte realizar a sua defesa por meio de recursos, produção de provas e/ou perícias, como também alega que a ampla defesa está diretamente relacionada ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

Com esta exposição de motivos, a recorrente renova seu pedido de acolhimento dos livros apresentados à Receita Estadual, vez que sendo aceitos elidem a presunção levantada pela fiscalização.

Repete que os citados livros estão dentro da legalidade, pois, no seu entender, a lei desobriga a apresentação de Livro Caixa, quando entregues os Livros Razão e Diário, em observância ao princípio do devido processo legal. Dito isto, entende, que após a análise dos livros referidos, será verificada a prova de que o Caixa fazia frente às despesas, por isso requer a anulação do auto de infração em comento.

Repisa que a fiscalização atribuiu a alíquota de 17% na constituição do crédito tributário referente ao exercício de 2009, quando deveria ter aplicado a alíquota própria do Simples Nacional, conforme relatos às fls. 2.016 a 2.018, conseqüentemente, pleiteia que, caso a Corte não decida pela nulidade do libelo basilar, sejam aplicadas as alíquotas de 2,82% para 2008, e 3,07% para 2009.

A recorrente também solicita a manutenção da decisão monocrática no que se refere ao Termo Complementar de Infração, visto que os lançamentos tributários nele constituídos estavam alcançados pela decadência.

Novamente traz a lume a alegação de que o libelo basilar está revestido de vício formal, que obstaculiza o exercício do direito de ampla defesa e contraditório, pois considera que a descrição dos fatos infringentes está desprovida de elementos probantes, consoante relato às 2.019, fato que motivaria a nulidade do feito. No intuito de robustecer seu pedido de nulidade, acosta aos autos trecho de acórdão proferido desta Casa.

Adita que realizou uma síntese do Levantamento Financeiro realizado pela contabilidade da empresa, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme fls. 2.020, dizendo que precisa da apresentação dos Livros Caixas, os quais estão no poder da Fazenda Pública para comprovar sua tese de defesa.

No tocante à escrituração contábil, a recorrente menciona a legislação do imposto de renda, para, ao final, afirmar que a contabilidade centralizada na matriz é a regra geral, todavia, é facultado às empresas realizarem a contabilidade de forma descentralizada.

Quanto à multa por infração aplicada pelo órgão julgador monocrático, no percentual de 100%, assevera que esta ainda contém um cunho confiscatório, segundo vastos argumentos colacionados às fls. 2.021 a 2.025, assim pede a aplicação da multa de 40% do tributo devido, conforme art. 82, I, da Lei nº 6.379/96.

Por último, roga o conhecimento e provimento do seu recurso para anular o auto de infração em tela, assim como pede a manutenção da sentença singular no que se refere ao Termo Complementar de Infração, por considerar medida da mais pura e lúdima justiça, conforme fls. 2.026.

Na sequência, em 24/5/2017, a recorrente faz Termo de Juntada, reiterando as razões reclamatórias e recursais, principalmente, no que se refere à falta de acolhimento dos Livros Caixas, relativos aos exercícios de 2008 e 2009, como também à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto nos exercícios de 2008 e 2009.

Além disso, a recursante afirma que a auditora fiscal, na contestação, alegou que "...os livros são fraudulentos, e que foram confeccionados após a ação fiscal.", segundo relato às fls. 2.030. Diante disso, aduz que se faz necessária a juntada dos Livros Diários a fim de demonstrar que o Caixa possuía lastro suficiente para acobertar as despesas realizadas.

O sujeito passivo fundamenta seu pleito no art. 58, IV, § 1º, da Lei nº 10.094/2013 (lei que trata do Processo Administrativo Estadual), bem como no art. 5º, incisos LV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, por isso acostou aos autos cópias dos Livros Diários relativos aos exercícios de 2007 (fls. 2.033 a 2.253), 2008 (fls. 2.255 a 2.518) e 2009 (fls. 2.520 a 2.828), os quais foram autenticados pela Junta Comercial do Estado da Paraíba em 9/9/2013, o primeiro; os outros dois, em 15/5/2017, conforme se depreende da leitura dos respectivos registros.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, e distribuídos a mim, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Nestes autos, cuida-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000988/2013-77 (fls. 3 e 4), lavrado em 2/7/2013, acrescido pelo Termo Complementar de Infração (fls. 1.121), lavrado em 10/1/2017, contra a empresa **VTO COMÉRCIO FARMACÊUTICO LTDA. EPP**, devidamente qualificada nos autos, cujas **acusações** se reportam à **falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributárias sem o pagamento do imposto devido** como também **omissão de saídas de mercadorias tributáveis arriadas no Levantamento Financeiro**, ambos os atos infracionais se referem aos exercícios de 2008 e 2009.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo 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, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas

quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

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

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

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

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

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

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

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

Assim, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal administrativo, vez que o contribuinte foi intimado a se manifestar nos autos em todas as oportunidades legalmente previstas, portanto, não há motivação para declaração de nulidade do auto de infração em tela.

No tocante às descrições dos fatos infringentes, importante assinalar que estas se amoldam perfeitamente às disposições contidas no Regulamento do ICMS do Estado da Paraíba, conforme se depreende da leitura dos atos infracionais postos no libelo basilar (fls. 3), cujos demonstrativos fiscais que os respaldam estão apensos aos autos (fls. 9 a 18), como também aquelas infrações expostas no Termo Complementar de Infração (fls. 1.121) e seus respectivos demonstrativos fiscais (fls. 1.130 a 1.133).

Desse modo, é notório que tanto *a falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros fiscais ou contábeis* como o fato das *despesas realizadas superarem as receitas auferidas (Levantamento Financeiro)* suscitam a aplicação do dispositivo regulamentar, abaixo transcrito, art. 646 do RICMS/PB, que impõem uma presunção *juris tantum* de **omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto**, em ambas as hipóteses, *litteris*:

“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.**

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.**” (grifos nossos)

Da leitura do fragmento regulamentar acima trasladado, percebe-se que **é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção em tela**, que, neste caso, a meu ver, seriam os lançamentos das notas fiscais de aquisições reclamadas no auto de infração nos livros fiscais/ contábeis, bem como o demonstrativo de que as receitas auferidas não sucumbem às despesas realizadas, quanto ao Levantamento Financeiro.

Importante registrar que a acusação em análise trata de aquisições pretéritas de mercadorias, ou seja, a omissão de saídas denunciada se refere aos fatos passados, não aos produtos descritos nas notas fiscais de entradas não lançadas.

No mérito, apreciando todas as manifestações do sujeito passivo nos autos, é notório que este tem como objetivo desconstituir o crédito tributário, lançado nestes autos, com a apresentação dos

Livros Caixas referente aos exercícios de 2008 e 2009, os quais não foram acolhidos pela fiscalização por terem sido confeccionados após a ação fiscal, conforme declaração da auditora fiscal às fls. 904.

Apesar disso, após a interposição do recurso voluntário, valendo-se do art. 58, IV, § 1º, da Lei nº 10.094/2013 c/c o art. 5º, incisos LV e LXXVIII, da Constituição Federal, a ora recorrente apresentou Termo de Juntada (fls. 2.028 a 2.031) a fim de colacionar aos autos os **Livros Diários** referentes aos exercícios de 2007 (fls. 2.033 a 2.253), 2008 (fls. 2.255 a 2.518) e 2009 (fls. 2.520 a 2.828), para demonstrar que o caixa possuía lastro suficiente para suportar as despesas.

Some-se a isto, o fato que os referidos Livros Diários foram autenticados pela Junta Comercial do Estado da Paraíba em 9/9/2013, o primeiro; os outros dois, em 15/5/2017, conforme se depreende da leitura dos respectivos registros. Devemos considerar que a auditoria se restringiu aos exercícios de 2008 e 2009, de acordo com os lançamentos efetuados no libelo basilar lavrado em 2/7/2013, portanto, é irrefutável que os Livros Diários foram autenticados junto ao órgão competente em data posterior à ação fiscal, segundo exegese do dispositivo regulamentar infracitado, *ipsis litteris*:

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.

(...)

§ 7º A aceitação das escritas contábil e fiscal para a realização de auditoria e como prova processual junto aos órgãos julgadores administrativos, fica condicionada à apresentação dos livros Diário e Caixa, devidamente autenticados, no prazo estipulado pela fiscalização. (RICMS/PB)

Ademais, distintamente do que defende a ora recorrente em seus fundamentos, o dispositivo do RICMS/PB supracitado determina que os Livros, Diário e Caixa, devem ser autenticados pelo órgão competente para se prestarem como prova processual, antes do início da auditoria.

In casu, por meio do Termo de Juntada, a recorrente acostou aos autos cópias dos Livros Diários, relativos aos exercícios de 2008 e 2009, autenticados pela Junta Comercial do Estado da Paraíba – JUCEP, em 15/5/2017, donde se conclui que a autenticação ocorreu após a ação fiscal, por conseguinte, os livros em questão não se prestam como prova processual nestes autos para desconstituir o feito fiscal.

Desse modo, dos fatos narrados, é de clareza solar que os atos infracionais imputados ao contribuinte no auto de infração em exame estão configurados, vez que **o sujeito passivo não comprovou por meio de documentos hábeis que as notas fiscais de entrada foram**

devidamente escrituradas nos livros próprios, bem como não demonstrou que as receitas auferidas superaram as despesas realizadas, no tocante ao levantamento financeiro. A mera apresentação do Livro Diário autenticado após a ação fiscal não constitui instrumento hábil para fazer sucumbir o feito fiscal. Diante disso, a fiscalização não poderia deixar de constituir o crédito tributário em questão, visto que a atividade de fiscalização é plenamente vinculada à lei, nos termos do art. 3º do CTN.

Quanto aos lançamentos tributários realizados por meio do Termo Complementar de Infração (fls. 1.121), sou impelido a ratificar o entendimento esposado pela instância singular, de que aqueles lançamentos foram fulminados pelo prazo decadencial, uma vez que os fatos geradores se reportam aos exercícios de 2008 e 2009, no entanto, a constituição do crédito tributário se deu no ano de 2017, portanto, já haviam decorridos cinco anos da ocorrência dos citados fatos geradores, extintos pela decadência, por isso vislumbro que estes lançamentos não podem prosperar, haja vista o teor do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

Em relação à solicitação da recorrente para adotar as alíquotas próprias do Simples Nacional, este pedido não merece guarida, vez que o art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece o uso da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas na hipótese de omissão de vendas, como neste caso concreto, prevalecendo assim a alíquota de 17%, na época então vigente.

No tocante à multa por infração sugerida pela fiscalização, confirmada pelo órgão julgador singular, é essencial anotar que esta penalidade decorre de lei, mais precisamente, do art. 82, V, "f", da Lei nº 6.379/96, logo em observância ao princípio da legalidade compete à fiscalização a sua aplicação, não sendo permitido aplicar percentual não previsto em lei para o fato infringente.

Com referência à suscitada inconstitucionalidade da multa por infração, que violaria os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, reitero que a sanção em comento decorre de lei, devendo os auditores fiscais aplicá-la sob pena de responsabilidade funcional, nos termos dos arts. 141 e 142 do CTN. Além disso, não compete aos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, em harmonia com o art. 99 da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 99. **Não** se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a **declaração de inconstitucionalidade;**” (grifos nossos)

Com esses fundamentos,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000988/2013-77 (fls. 3), lavrado em 2/7/2013, acrescido do Termo Complementar de Infração, lavrado em 10/1/2017, contra a empresa VTO COMÉRCIO FARMACÊUTICO LTDA., inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.130.287-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 36.430,50 (trinta e seis mil, quatrocentos e trinta reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 18.215,25 (dezoito mil, duzentos e quinze reais e vinte e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 646, IV, parágrafo único, do RICMS/PB, e R\$ 18.215,25 (dezoito mil, duzentos e quinze reais e vinte e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do artigos 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, com nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008, de 5/6/2013.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 42.549,81 (quarenta e dois mil, quinhentos e quarenta e nove reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 11.471,45 (onze mil, quatrocentos e setenta e um reais e quarenta e cinco centavos), de ICMS, e R\$ 31.078,36 (trinta e um mil e setenta e oito reais e trinta e seis centavos), de multa por infração.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de maio de 2018..

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator