Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº0178232015-6
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente:BANCÁRIOS COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP
Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO
Autuante:SILAS RIBEIRO TORRES
Relator:CONS.ºPETRONIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA GENÉRICA. NULIDADE. OMISSÃO DE VENDAS. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. DENÚNCIAS PARCIALMENTE CONFIRMADAS. ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA E ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO RECOLHIDOS. ALTERADA DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Falta de recolhimento de ICMS. Denúncia genérica. A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, por imprecisão na descrição acusatória que peca pela narrativa genérica, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma estampada no parágrafo único do art. 15 da Lei n° 10.094/2013, diante da falta de elementos capazes de conferir certeza de que houve a assimilação do sujeito passivo sobre o fato que se pretendeu lhe imputar, devendo, pois, ser debelada pela nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal. - Notas fiscais de aquisição sem o devido lançamento nos livros próprios evidencia a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. No caso em apreço ajustes foram realizados para exclusão de notas fiscais cuja operação não teria havido desembolso, mantida em parte a exigência. - O não recolhimento do imposto nos prazos regulamentares constitui infração tributária, nos termos da legislação vigente. “In casu”, caracteriza-se legítima a ação fiscal que exigiu do contribuinte autuado o pagamento do ICMS-Simples Nacional Fronteira, bem como ICMS-Substituição Tributária, diante das operações realizadas sem os devidos recolhimentos destes impostos no prazo regulamentar. - Diferenças tributáveis apuradas por meio dos Levantamentos Financeiros caracterizaram a presunção legal “juris tantum” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte não trouxe aos autos provas materiais que pudessem elidir a acusação inserta na peça vestibular.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento***,** alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000128/2015-03, lavrado em 2/2/2015, contra a empresa BANCÁRIOS COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. (CCICMS: 16.159.643-6), declarando devido o crédito tributário, no montante de R$ 194.334,11 (cento e noventa e quatro mil, trezentos e trinta e quatro reais e onze centavos), sendo os valores de ICMS de R$ 98.357,26 (noventa e oito mil, trezentos e cinquenta e sete reais e vinte e seis centavos**)**, por infringência aos artigos arts. 391, §§5º e 7º, II, 399, VI; 158, I; 160, I c/c 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. n° 18.930/97, art. 13, §1°, XIII, alíneas “g” e “h” da Lei Complementar n° 123/2006, e R$ 95.976,85 (noventa e cinco mil, novecentos e setenta e seis reais e oitenta e cinco centavos**)**, de multa por infração com fulcro no art.82, V, “c” e “f”, e II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Mantenho cancelado**,** por indevido, o montante de R$20.308,48 (vinte mil, trezentos e oito reais, quarenta e oito centavos)**,** sendoR$11.211,83 (onze mil, duzentos e onze reais, oitenta e três centavos) de ICMS, R$ 9.096,64 (nove mil, noventa e seis reais e sessenta e quatro centavos),de multa por infração, ao tempo em que cancelo, de ofício, o montante de R$ 744,24 (setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e quatro centavos), correspondente a R$ 372,12 (trezentos e setenta e dois reais e doze centavos) de ICMS e R$ 372,12 (trezentos e setenta e dois reais e doze centavos) de penalidade, totalizando R$ 21.052,72 (vinte e um mil, cinquenta e dois reais e setenta e dois centavos), pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de novembro de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

Assessor Jurídico

#**R E L A T Ó R I O**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000128/2015-03, lavrado em 2/2/2015, fls. 3 a 7, contra a empresa BANCÁRIOS COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.(CCICMS: 16.159.643-6), em razão das seguintes irregularidades, identificadas durante a auditoria dos exercícios de 2010 a 2014, conforme inicial, cujas descrições abaixo transcrevo:

1- FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO LANÇADAS EXERCÍCIOS DE 2013 E 2014.

2 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) >> Falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem a devida retenção do imposto devido.

Nota Explicativa:

FATURAS EM ABERTO.

3 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional, não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS – Simples Nacional Fronteira.

Nota Explicativa:

FATURAS EM ABERTO

4 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

FATURAS EM ABERTO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

5 - 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 do Levantamento Financeiro.

Nota Explicativa:

LEVANTAMENTO FINANCEIRO EXERCÍCIOS DE 2010, 2011 E 2012.

Pelos fatos, foram enquadradas as infrações nos arts. 391, §§5º e 7º, II, 399, VI; 106, 158, I; 160, I c/c 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. n° 18.930/97, art. 13, §1°, XIII, alíneas “g” e “h” da Lei Complementar n° 123/2006, sendo proposta aplicação de multas por infração com fulcro nos arts. 82, V, “c” e “f”, e II, “e”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R$ 215.386,82, sendo, R$ 109.941,21 de ICMS, e R$ 105.445,61, referente à penalidade por infração.

Instruem o presente Processo, demonstrativos e provas documentais anexos às fls. 8 a 154.

Cientificada da acusação por via postal, por meio de Aviso de Recebimento – AR, fl. 155, recepcionado em 23/3/2015, a acusada apresentou peça de defesa tempestiva, protocolada em 16/3/2015, fls. 156 a 159, com anexos às fls. 160 a 166, alegando, em síntese, que os documentos carreados não dão margem para a acusação de omissão de saídas de mercadorias, e que as operações teriam sido contabilizadas e apuradas o crédito e débito do ICMS, e que teria pago o ICMS referente ao Simples Nacional, não havendo falta de seu recolhimento, e que não poderia recolher o ICMS – Fronteira, que teria outra forma de cálculo.

Com informações de não haver antecedentes fiscais em relação a presente acusação, fl. 167, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, sendo distribuídos ao julgador fiscal, Rodrigo Antônio Alves Araújo, que, após apreciação e análise, fls. 170 a 183, decidiu pela procedência parcial da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.

A constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios evidencia a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. No caso em apreço ajustes foram realizados para exclusão de notas fiscais cuja operação não teria havido desembolso, mantida em parte a exigência.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SBSTITUÍDO)

É assente nas normas que regem o ICMS a responsabilidade do adquirente pelo ICMS ST não recolhido na fonte, faturas em aberto na data da lavratura do auto de infração autorizam a cobrança. Mantida integralmente a exigência.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

É assente nas normas que regem o ICMS a responsabilidade do contribuinte submetido ao regime do Simples Nacional pelo recolhimento do ICMS Simples Fronteira concernente as mercadorias adquiridas em outra unidade da federação, faturas em aberto na data da lavratura do auto de infração autorizam a cobrança. Mantida integralmente a exigência.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.

Nulo se torna o lançamento de ofício descrita com denúncia insuficiente para determinar a matéria objeto da exigência tributária, caracterizando o vício formal.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO.

Constatado nos autos que o sujeito passivo efetuou desembolsos em valores superiores às receitas, configurada está a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ajustes realizados nas despesas elencadas no demonstrativo em face de valores referente a notas fiscais não contabilizadas nos livros próprios incluídas indevidamente, mantida em parte a exigência.

Em sua decisão, o julgador singular condenou o contribuinte ao crédito tributário de R$ 195.078,34, sendo R$ 98.729,38 de ICMS, e R$ 96.348,97, de multa por infração.

Cientificada da decisão singular por edital, publicado no DOE em 19/10/2017, fl. 187, o contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 189 a 194, protocolado em 8/11/2017, fl. 188, trazendo à baila, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

a. Reprisa as alegações constantes na impugnação, que os documentos apresentados pela fiscalização não dariam margem para que se apure omissão de saídas no período fiscalizado;

b. Quanto à falta de recolhimento do Simples Nacional Fronteira, alega que já teriam sido pagos os impostos do Simples Nacional, acrescentando que quando recebeu os produtos, estes já estavam com os tributos recolhidos por se tratar de mercadorias com substituição tributária;

c. Que os produtos inerentes à sua atividade, comércio varejista de colchões, seriam sujeitos à substituição tributária, e que o Auto de Infração deve ser afastado, já que o imposto já fora recolhido como substituição tributária;

d. Aduz ainda que a parcela do ICMS já teria sido para por meio do DAS do Simples Nacional;

e. Não teria sido obedecido o direito à dupla visita estabelecida pela Lei Complementar nº 123/06;

f. A aplicação das multas deveriam atender à legislação aplicável à microempresas , e aos Princípios da proporcionalidade e da Razoabilidade;

g. Ao final, roga anulação do Auto de Infração.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis é o relatório.

V O T O

Em exame, o recurso voluntário contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000128/2015-03, lavrado em 2/2/2015, contra a empresa BANCÁRIOS COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA., devidamente qualificada nos autos.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Passo, então, ao exame das acusações em epígrafe.

1 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. (Exercícios de 2013 e 2014).

A acusação em tela decorre da identificação de notas fiscais eletrônicas de aquisições nos exercícios de 2013 e 2014, conforme demonstrativos às fls. 60 a 65, 72 e 73, não lançadas nos livros próprios, que teve como fulcro o artigo 646, do RICMS/PB, que autoriza a presunção *juris tantum* de que teria havido omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, já que o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de ilidir a acusação imposta pelo Fisco. Senão vejamos:

Art. 646. **Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis** ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados , quando da transferência ou venda, conforme o caso. (*g.n.*)

Ressalte-se, o que se está tributando é o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em vendas anteriores e cujas receitas auferidas serviram de esteio para o pagamento das aquisições, em que as entradas não foram registradas, o que repercute em violação aos arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB, por presunção legal, independentemente de as mercadorias serem ou não tributadas.

Extrai-se da exegese da norma supracitada, que o ônus de provar a improcedência da presunção é do contribuinte, o que não se vislumbra nas duas oportunidades em que compareceu aos autos para o exercício de seu direito de defesa, em que não apresentou provas que pudessem elidir a denúncia ora em comento, limitando-se a informar que os documentos que instruem os autos não seriam suficientes para apuração de omissão de saídas de mercadorias.

Contudo, foi observado pela instância preliminar que nos quadros demonstrativos do exercício de 2013, às fls. 60 a 65, havia notas fiscais referentes à remessa de mercadorias em consignação, CFOP 6917, operação em que não há desembolso financeiro, portanto, não poderia caracterizar omissão de receitas pretéritas. Trata-se das Notas Fiscais denunciadas nºs 300153, 304217, 309977, 309978, 312508, no valor total de R$ 4.950,02, conforme demonstrativo à fl. 174, com o que comungo que deve ser excluído da base de cálculo do ICMS, ora em evidência.

Da mesma forma em relação ao exercício de 2014, foi verificado a existência de documentos fiscais de devolução e retorno de consignação, referentes a operações anteriores. Trata-se das Notas Fiscais nºs 394203, 394213, 394792, 394793, 401741, 401742, 401743, 401745, perfazendo um total de R$ 16.638,60 a ser excluído da base de cálculo do imposto exigido, conforme decisão do juiz *a quo*, constante na planilha à fl. 174.

Contudo, verifico que parte das notas fiscais acima mencionadas (NF’s nºs 40145, 401743, 401742, 401741, 394793 e 394792) está anulando operações relativas aos períodos de abril e maio de 2014, também denunciadas na peça vestibular. São elas: NF’s 399657, 399654, 399655, 399656, 393298 e 393297, respectivamente, conforme se vislumbra nos DANFES juntados por esta relatoria às fls. 205 a 210. Portanto, é imperioso que seja excluído de ofício por esta Corte, além daquelas afastadas na instância prima, os seguintes valores:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Emissão	NF - e	Valor	ICMS a ser excluído
25.04.2014	399657	175,14	29,77
25.04.2014	399654	624,17	106,11
25.04.2014	399655	277,30	47,14
25.04.2014	399656	65,03	11,06
01.04.2014	393298	972,14	165,26
01.04.2014	393297	75,16	12,78
Total		2.188,94	372,12

Assim, para a acusação em questão, após os ajustes, deve ficar o crédito tributário da seguinte forma:

Crédito Tributário	ICMS	Multa	Total
Falta de lançamento de NFs nos livros próprios (exercícios de 2013 e 2014)	20.003,05	20.003,05	40.006,10
Valor excluído	4.042,18	4.042,18	8.084,36
Total	15.960,87	15.960,87	31.921,74

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)

A presente denúncia se refere à falta de recolhimento de ICMS-ST, referente a faturas em aberto dos períodos de abril/2012, janeiro/2014, fevereiro/2014, abril/2014 e junho/2014, conforme seus espelhos anexos às fls. 84 a 88.

O contribuinte não trouxe aos autos elementos de defesa que pudessem contrapor às faturas emitidas, decorrentes de aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária. Assim, não tendo sido recolhido o imposto antecipadamente, a responsabilidade é atribuída ao adquirente das mercadorias, equiparado ao substituto, conforme estatui o art. 391, § 7º, II e art. 399, I do RICMS:

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

(...)

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária. (grifo nosso).

(...)

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto. (g. n.)

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

(...)

VI - até o dia 10 (dez) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

Destarte, considerando as provas materiais juntadas pela fiscalização, bem como a subsunção dos fatos à norma legal infringida constante na inicial, subsiste o crédito tributário apurado na peça vestibular, comungando com a decisão monocrática.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

3 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA (faturas em aberto)

Foram identificadas pela fiscalização faturas não pagas, correspondentes a operações de aquisições interestaduais, no período em que o contribuinte era optante do Simples Nacional, que se referem à cobrança do ICMS – Simples Nacional Fronteira, relativo às faturas juntadas aos autos às fls. 89, 90, 105 a 109, 111 a 116, 131 a 141.

Analisando o libelo acusatório, observa-se que a fundamentação fático-legal da infringência se encontra lastreada nos dispositivos da Lei Complementar n° 123/2003 e pelo Regulamento do ICMS/PB, a seguir descritos:

LEI COMPLEMENTAR N° 123/2006

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

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

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:

(...)

h) **nas aquisições em outros Estados** e no Distrito Federal de **bens ou mercadorias**, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, **relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;** (g.n.)

REGULAMENTO DO ICMS/PB

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

§ 1º O imposto incide também:

[...]

VI – sobre a entrada de mercadorias ou bens**, quando destinados à comercialização, no momento do ingresso no território do Estado**.

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

I - antecipadamente:

[...]

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita, promovidas por estabelecimentos comerciais ou **contribuintes enquadrados no Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º, 7º e 8º**;(Redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 28.401/07 - DOE de 25.07.07) (g.n.)

§ 2º **O recolhimento previsto na alínea "g", do inciso I**, será o resultante da aplicação da alíquota vigente para as operações internas sobre o valor total da nota fiscal ou valor de pauta fiscal, inclusive IPI, quando for o caso, seguro, transporte e outras despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, deduzindo-se o imposto relativo à operação própria, assegurada a utilização do crédito fiscal no mês do efetivo recolhimento.

§ **3º Nas operações destinadas a contribuintes enquadrados no SIMPLES NACIONAL**, salvo exceções expressas, o recolhimento previsto na alínea “g” do inciso I deste artigo, será o valor resultante do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor total da nota fiscal ou valor de pauta fiscal, inclusive IPI, se for o caso, seguro, transporte e outras despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, ficando vedado o aproveitamento da importância recolhida como crédito fiscal.

(...)

§ 7º As mercadorias que forem encontradas em trânsito, ultrapassado o primeiro posto fiscal de fronteira ou a primeira repartição fiscal do percurso, sem o recolhimento do imposto a que se referem às alíneas “e“, “f”, “g” e “h”, do inciso I, salvo exceções expressas, implica na penalidade prevista no art. 667, inciso II, alínea “e”, sem prejuízo da exigência do recolhimento do imposto devido.

§ 8º Os contribuintes que receberem mercadorias sem o recolhimento do imposto a que se referem às alíneas “e”, “f”, “g” e “h”, do inciso I, deverão comparecer à repartição fiscal do seu domicílio, **no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de entrada da mercadoria, para recolhimento do imposto devido.”** (g.n.)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Não há dúvidas de que agiu corretamente a fiscalização, ao proceder ao lançamento do crédito tributário correspondente, conforme a exordial, mormente o fato de o contribuinte não ter apresentado nenhuma prova material de sua tese, de que os produtos por ela recebidos teriam o tributo recolhido por substituição tributária, ou qualquer argumento plausível passível de ilidir a acusação. Portanto, confirmo a procedência da denúncia de falta de recolhimento do ICMS – Simples Nacional fronteira, verificado nos exercícios de 2011 e 2012, conforme a peça vestibular.

4 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual. (fatura em aberto)

Neste quesito, inclino-me a acompanhar a decisão da instância prima, que anulou a acusação em tela, pois concluo pela existência de aspectos prejudiciais ao direito de defesa da autuada, em decorrência da descrição lacunosa e imprecisa do teor acusatório, sobre o qual se reporta a faturas em aberto. A descrição da natureza da infração é insuficiente para atribuir clareza necessária à compreensão do ilícito que se pretendeu imputar ao sujeito passivo, o qual, no caso, não teceu manifestação sobre o fato, alegando apenas que "*Na condição de optante pelo Simples Nacional o recolhimento da guia DAS, traz consigo a parcela do ICMS.",* impossibilitando saber se este assimilou acertadamente a denúncia que lhe foi imposta.

Além do que, conforme abordado pelo julgador singular, as faturas juntadas ao Processo se tratam de 1113-ICMS Simples Nacional, 1139-ICMS Garantido Complementar, 1120-ICMS Garantido, 1142-ICMS Difal – Simples Nacional Complementar, portanto infrações distintas com normas específicas, portanto, enquadramento próprios.

Nesse sentido, é de se reconhecer que a demanda retrata a ocorrência de vício formal quanto à descrição da natureza da infração, fato motivador de nulidade do respectivo lançamento de ofício em decorrência do vício formal caracterizado por imprecisão e incerteza na tipificação do fato, vício esse insuscetível de ser sanado nos próprios autos.

Tal entendimento encontra âncora em parecer proferido pela Assessoria Jurídica desta Casa, na pessoa da Procuradora Dra. Sancha Maria Formiga C. e Rodovalho de Alencar, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, pelo que se pronunciou a respeito de matéria de similar natureza no Processo de n° 090.695.2012-5, que continha narrativa de infração formulada de forma genérica, fato prejudicial diante do desconhecimento do teor narrativo e do estado de revelia da parte autuada, o que tornaria inaplicável o disposto legal contido no artigo 15 da Lei n° 10.094/2013, conforme Parecer nº 01/2014, abaixo transcrito:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER Nº 01/2014

Processo n.° 090.695.2012-5

RECORRENTE	**Gerência Executiva de Julg. De Processos Fiscais - GEJUP**
RECORRIDA	**Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda.**
REPARTIÇÃO	**Coletoria Estadual de Sousa**
AUTUANTE	**Wanderlino Vieira Filho**
RELATOR(a)	**Consª. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa**

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO – REVELIA DA PARTE AUTUADA – DECLARAÇÃO DE NULIDADE – INAPLICABILIDADE DO ART. 15 DO NOVO PAT (LEI Nº 10.094/2013).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

.....

Trata-se de diligência requerida pelo Conselho de Recursos Fiscais, quando do julgamento do Recurso Hierárquico do Processo nº 629/2013, após decisão monocrática proferida pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001668/2012-53, lavrado em 07 de agosto de 2012 contra a Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda., condenando-a ao recolhimento da quantia total de R$ 164.248,22 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos), referente à multa por infração e ao ICMS. Ao mesmo tempo foi cancelado o crédito tributário no valor de R$ 85.799,25 (oitenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e vinte e cinco centavos), onde R$ 1.827,57 de ICMS e R$ 83.951,68 de multa. Assim ementado:

"REVELIA – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA APLICADO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO.

Quem se mantém em estado de revelia, assume o ônus da acusação que lhe é imposta. Todavia, a Lei nº 10.008/2013, que alterou o percentual da multa aplicado e a imprecisão na natureza da infração acarretam a sucumbência parcial do crédito."

Para melhor entendimento do caso, passamos a responder o questionamento das páginas 560/561, item por item:

1 – No que tange à primeira pergunta, se a narrativa ("falta de recolhimento de ICMS") e a capitulação (art. 106 do RICMS PB) no Auto de Infração atendem aos artigos 40 e 41, V, da Lei 10.094/2013, **entendemos que a referida tipificação não atendeu os requisitos legais, pois os documentos constantes nos autos, nitidamente o auto de infração, não trazem com clareza o fato gerador do ICMS.**

Assim, **resta evidenciado que não foi cumprido o disciplinamento dos artigos referidos, pois se tipificou de forma genérica a infração no auto, não trazendo com objetividade em qual inciso estaria tipificada a infração, em desacordo com o princípio da estrita legalidade, da tipicidade cerrada do direito tributário, ferindo, desta forma, os princípios constitucionais da ampla defesa e o contraditório** (Art. 5º, LV, da CRFB-88).

Art. 40. O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis, inclusive as recidivas, quando for o caso.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

§ 1º A Representação Fiscal terá como objeto qualquer das seguintes hipóteses:

I - o imposto declarado e não recolhido;

II - o imposto lançado e apurado em livro próprio, não declarado e não recolhido, no todo ou em parte;

III - o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

IV - a omissão da entrega de documentos de controle e informações fiscais.

§ 2º Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I - por escrituração fiscal eletrônica;

II - em guias de informação e apuração.

§ 3º O registro do imposto em livros fiscais importa a confissão de dívida, ressalvada a hipótese de retificação, quando houver, na forma prevista em legislação específica.

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

[...]

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

Ora, segundo os artigos acima referidos, para que a tipificação constante no Auto de Infração seja válida, **esta tem de coadunar com os fatos narrados e ser expressa de forma clara e específica, sendo inadmissíveis tipificações genéricas, imprecisas, que possam impedir a defesa do contribuinte, bem como que não tragam com clareza e objetividade o motivo real da exação fiscal.**

Observe-se, ainda, que o art. 106 traz diversas hipóteses referentes ao recolhimento direto do ICMS de responsabilidade direta do contribuinte.

Assim, a mera descrição do *caput* do art. 106 do RICMS não especifica em qual das diversas hipóteses constantes neste estaria tipificado o autuado**, sendo, portanto, genérico, e, desta forma, impossibilitando a ampla defesa do autuado.**

Neste sentido são esclarecedores os comentários de Ana Paulo Dourado sobre a tipicidade, pois, entende que esta “estaria assegurada se a incidência do imposto e os fundamentos para o cálculo do montante de imposto a pagar ou base tributária e taxa de imposto constassem, em regra, da lei

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(DOURADO, 2007).”

Segundo o princípio da tipicidade fechada (ou cerrada) no direito tributário, a lei não pode definir genericamente os aspectos típicos do tributo, de forma que se possa tentar dar uma interpretação extensiva e diferenciada, tentando adaptar o fato descrito ao caso concreto, pois esta prerrogativa dada ao administrador, ao magistrado, ou intérprete, seria uma forma de burlar a lei e gerar uma insegurança jurídica.

Assim, a infração tem de ser descrita de forma precisa, taxativa, para que não permita dúvidas ou interpretações ampliativas.

Nos moldes do Auto de Infração, que menciona unicamente a violação ao art. 106 do RICMS, dificulta a defesa do autuado, posto que não se pode exigir que alguém se defenda de maneira adequada em face da multiplicidade de supostas infrações que poderiam ocorrer com o menção genérica em uma só capitulação legal - “falta de recolhimento de ICMS”. É clara a afronta ao princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa o que, por conseguinte, gera condição inócua à pretensão fiscal almejada, devendo ser sanado tal vício formal.

2 – Em relação ao segundo questionamento, como já respondido no item acima**, entendemos que a tipificação constante no AI referido não atendeu aos princípios da tipicidade cerrada, da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que no lançamento tributário em questão a narrativa fora realizada de forma abstrata e imprecisa, impossibilitando o autuado de identificar sobre o que está sendo acusado**.

3 – **Quanto à terceira indagação, também entendemos que não há clareza acerca da natureza da infração cometida, posto que o art. 106 do RICMS, tido como violado, por “falta de recolhimento de ICMS”, traz diversas hipóteses referentes à necessidade de recolhimento direto do ICMS pelo contribuinte, e, sem que haja a menção ao inciso e à alínea correlatos, não se tem clareza quanto à tipificação.**

.....

Para justificar a não nulidade do auto de infração na hipótese acima mencionada, temos que uma defesa escrita que discorrer e rebate as imputações que lhe são dirigidas de modo pleno e eficaz, só poderia fazê-lo caso compreendesse as infrações que rebateu. Assim, onde residiria o cerceamento à ampla defesa de quem magistralmente se defendeu e a impossibilidade de contraditório de quem soube contraditar?

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Além do mais, se o próprio contribuinte apresentou sua defesa, rebatendo a infração, fazendo juntada de documentos/provas de seu direito, sem alegar nenhum prejuízo, restaria precluso seu direito de arguir nulidade por "infração descrita de forma genérica ou imprecisa", já que teria demonstrado que os demais documentos dos autos, eventual diligência realizada, teriam possibilitado o conhecimento pormenorizado da tipificação imposta, possibilitando, assim, o seu exercício amplo de defesa.

Vejamos que o seguinte julgado apenas admite a nulidade do auto de infração por "descrição imperfeita" quando acarretar perceptível prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, o que não ocorrerá caso este mesmo tenha se defendido quanto ao mérito da acusação, sem fazer qualquer ressalva:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Nulidade do Auto de Infração. A imperfeita descrição dos fatos, aliados a falta de menção dos dispositivos legais infringidos, **quando acarreta perceptível prejuízo ao direito de defesa ao contribuinte, enseja a nulidade do auto de infração"**.(Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999).

Registre-se, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, o princípio da "*pas de nullité sans grief*", que exige a respectiva comprovação do prejuízo para que seja declarada nulidade do processo, aplica-se também à esfera administrativa, como se observa:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO CDC. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVIABILIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTE: RMS 21.520/RN.

1. A multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo.

***2. Não se reconhece a nulidade de auto de infração sem a demonstração do prejuízo causado pela ausência do cumprimento de determinada formalidade** (RMS 18.188/GO, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ de 29.05.2006; RMS 131.44/BA, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.04.2006; MS 10.770/DF, 3ª S., Min. Félix Fischer, DJ de 06.02.2006), o que, no caso, não ocorreu.*

3. A juntada de apenas algumas das peças que formaram o processo administrativo impede o exame a respeito da alegada falta de oportunidade para a apresentação de defesa antes da aplicação da multa.

[...]5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e desprovido. (STJ. RMS 22.610/RN, Rel. Ministro

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 165) grifamos

"ADMINSTRATIVO -SERVIDOR PÚBLICO -PROCESO ADMINSTRATIVO DISCIPLINAR -COMPETÊNCIA -INSTAURAÇÃO DAÇÃO DISCIPLINAR E APLICAÇÃO DA PENA -DELGAÇÃO -LEGALIDADE -ANULAÇÃO DE ATO PROCESUAL -AUSÊNCIA DE

COMPROVAÇÃO -PREJUÍZO -PROCESSO CRIMNAL -SUPENSÃO CONDICONAL -SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINSTRATIVO -DESNECSIDADE -INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINSTRATIVA EPENAL -PRECDENTES -RECURSO DESPROVIDO.

I -omissis

*I -**Aplicável à espécie o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, que não ocorreu no presente caso.***

III e IV –omissis.

V -Recurso conhecido e desprovido." (STJ. RMS 18.8/GO, 5ªT., Min. Gilson Dip, DJde 29.05206) grifamos

Por fim, deve-se destacar que o auto de infração deve ser descrito de forma pormenorizada, específica, clara, posto que no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do autuado manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo autuante, ou seja, é sua oportunidade de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra as tipificações das quais discorde.

Assim, para se evitar discussões quanto à nulidade de auto de infração por violação à ampla defesa/contraditório, deve o autuante descrever a infração apurada, com a indicação da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

João Pessoa, 07 de outubro de 2014.

SANCHA MARIA F C R ALENCAR

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Procuradora do Estado

Assessora Jurídica do Conselho de Recursos Fiscais

Neste sentido, é convincente a necessidade de nulidade do presente lançamento de ofício, diante desse aspecto peculiar do caso concreto, que retrata uma denúncia sem a tipificação necessária para conhecimento do ato-fato tributário denunciado e, especialmente, havendo legislação específicas a serem aplicadas nos casos das faturas em aberto, abordadas pelo julgador singular.

Assim sendo, é fácil concluir que o lançamento compulsório em foco caracteriza-se incompleto e, nessas circunstâncias, não se observa um dos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo: “a descrição da falta” conforme preconizam as disposições constantes do art. 41, V e art. 17, II, ambos, do novo ordenamento processual deste Estado, aprovado pela Lei n° 10.094/2013, adiante transcritos:

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

(...)

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

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:

(...)

II **–** à descrição dos fatos

Com efeito, trata-se de incorreção que importa a nulidade do lançamento e, por esta razão, atrai para si a determinação de seu refazimento na conformidade da previsão dos arts. 14, III e 18 ambos, da Lei Estadual n° 10.094/2013, que assim dispõem:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 14. São nulos:

III – **os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária** e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados" (Grifo não constante do original).

"Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa."

Neste sentido, transcrevo a ementa de precedente desta Corte:

"DENÚNCIA GENÉRICA. VÍCIO FORMAL NÃO SANÁVEL. REVELIA. NULIDADE. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS. MANTIDA A ACUSAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCILAMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁQUICO DESPROVIDO.

- A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, lacunoso na descrição acusatória e com narrativa genérica em seu teor, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma estampada no parágrafo único do art. 15 da Lei n° 10.094/2013, diante da falta de manifestação por parte do sujeito passivo, devendo ser debelada pela nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal, de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

- Mantida a acusação fiscal, decorrente de entrada de mercadorias não contabilizada, autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente.

- Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013" (Proc. nº 081.602.2013-8, Rec. Hie/CRF nº 60/2014, rel. Cons. João Lincoln Diniz Borges).

Com esses fundamentos, concluo pela nulidade do lançamento ora em comento, comungando com a decisão da instância preliminar, ressaltando que apesar do defeito de forma na acusação fiscal, a presente decisão motiva a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, capaz de atender aos reclamos da legislação de regência, e no que concerne à correta descrição de cada infração que corresponde às faltas de recolhimento do ICMS (1113-ICMS Simples Nacional, 1139-ICMS Garantido Complementar, 1120-ICMS Garantido, 1142-ICMS Difal – Simples Nacional Complementar), inerentes às faturas em aberto dos exercícios de 2010, 2011, 2013 e 2014, objetos da autuação.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

5 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. (Exercícios de 2010, 2011 e 2012).

Quanto aos Levantamentos Financeiros, apurados nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, respectivamente às fls. 17, 51 e 57, estes constituem em técnica de auditoria, prevista no art. 643, I, do RICMS, que permite ao auditor fiscal concluir sobre o equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos efetuados e as receitas auferidas pelo contribuinte. Caso se constate que os desembolsos foram superiores às disponibilidades, a legislação tributária autoriza o Fisco a se valer da presunção *"juris tantum*", arrimada no parágrafo único do art. 646 do mesmo Regulamento, que também prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Vejamos:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, **autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis** ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a **qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos**, assim como a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso. (*g. n*.)

Dessa forma, caracterizada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, fica o contribuinte sujeito ao pagamento do imposto, por contrariar os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

In casu, aplicada a técnica de Levantamento Financeiro nos exercícios auditados, a fiscalização constatou a ocorrência de desembolsos superiores às receitas declaradas pelo contribuinte, que resultou na apuração e lançamento do crédito tributário, em conformidade com a inicial.

Vislumbro que a recorrente, em seu recurso voluntário, não se pronunciou em relação a esta acusação, implicando em seu reconhecimento na condição de devedor, perante a decisão da primeira instância, que entendeu pela redução do crédito tributário inicialmente apurado.

O julgador fiscal da primeira instância observou que algumas notas fiscais incluídas como despesas nos Levantamentos Financeiros, tratava-se de operações que não tiveram desembolsos financeiros, portanto, foram corretamente excluídas da rubrica “Outras despesas (Pagto de empréstimos, NF de entradas não lançadas)”, reduzindo o crédito tributário da presente acusação, relativamente aos exercícios de 2010 e 2011, consoante seus demonstrativos apresentados às fls. 180 a 182. Corroboro, portanto, a decisão do juiz *a quo,* que corretamente reduziu o crédito tributário no exercício de 2010 em R$ 3.603,00 (R$ 1.801,50 de ICMS e R$1.801,50 de multa por infração), e em R$ 3.019,48 no exercício de 2011 (R$ 1.509,74 de ICMS e R$ 1.509,74 de multa por infração), mantendo o valor apurado na inicial em relação ao exercício de 2012.

Quanto à alegação de que teria sido suprimido o direito à dupla visita, passível de nulidade, conforme determina a própria Lei Complementar nº 123/06, citada pela recorrente, não cabe ser arguido no âmbito do processo administrativo fiscal, na esfera do direito tributário.

O critério de dupla visita para lavraturas de autos de infração se restringem aos procedimentos de natureza trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação de solo das microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 55 da LC nº 123/06. Por exclusão, e por força de seu parágrafo 4º, este critério não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos. Vejamos:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Os órgãos e entidades competentes definirão, em 12 (doze) meses, as atividades e situações

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

cujo grau de risco seja considerado alto, as quais não se sujeitarão ao disposto neste artigo.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.

§ 5º O disposto no § 1º aplica-se à lavratura de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias relativas às matérias do **caput**, inclusive quando previsto seu cumprimento de forma unificada com matéria de outra natureza, exceto a trabalhista. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 6º A inobservância do critério de dupla visita implica nulidade do auto de infração lavrado sem cumprimento ao disposto neste artigo, independentemente da natureza principal ou acessória da obrigação. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 7º Os órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal deverão observar o princípio do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido por ocasião da fixação de valores decorrentes de multas e demais sanções administrativas. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 8º A inobservância do disposto no **caput** deste artigo implica atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional da atividade empresarial. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 9º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica a infrações relativas à ocupação irregular da reserva de faixa não edificável, de área destinada a equipamentos urbanos, de áreas de preservação permanente e nas faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutovias ou de vias e logradouros públicos. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (g. n.)

No tocante ao direito à multa mais branda, aduzida pela recorrente, em razão da Lei Complementar nº 123/06 estabelecer tratamento diferenciado e favorecido na fixação das multas administrativas, em seu art. 55, §§ 7º e 8º, também não se aplica ao caso em questão, pois, da mesma forma que foi analisado acima sobre o critério da dupla visita, esses se aplicam apenas aos processos de natureza trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação de solo das microempresas e empresas de pequeno porte, e não àqueles de âmbito fiscal tributário. Portanto não há como atender tal pleito, tendo em vista a obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade, não cabendo a discricionariedade para a aplicação da penalidade, pretendida pela recorrente.

Outro ponto abordado pela recorrente é que o auto de infração seria descabido em função de que seus produtos eram sujeitos ao regime da substituição tributária, o que discordamos, pois o Estado da Paraíba só aderiu ao Protocolo ICMS nº 190 (que dispunha sobre a substituição tributária nas operações com colchoaria) **apenas a partir de 1º/1/2014**, pelo Protocolo ICMS nº 157/13, e revogado em **1º/1/2016**, pelo Convênio ICMS nº 155/15. Portanto, em nada interferindo nas denúncias ora em questão, mormente a falta de provas materiais por parte da recorrente, que consubstanciassem seus argumentos.

Destarte, diante das considerações supra, e as devidas correções realizadas, de ficar o crédito tributário em conformidade com o quadro demonstrativo abaixo:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

INFRAÇÕES	PERÍODO		Auto de Infração	ICMS excluído	**Crédito Tributário Devido**	
			ICMS		**ICMS**	**MULTA**
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2013	31/12/2013	12.937,62	841,50	12.096,12	12.096,12
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2014	31/12/2014	7.065,43	3.200,68	3.864,75	3.864,75
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2010	31/12/2010	16.623,96	1.801,50	14.822,46	14.822,46
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2011	31/12/2011	44.039,82	1.509,74	42.530,08	42.530,08
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2012	31/12/2012	18.345,41	-	18.345,41	18.345,41

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/04/2012	30/04/2012	100,22	-	100,22	100,22
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/01/2014	31/01/2014	1.483,93	-	1.483,93	1.483,93
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/02/2014	28/02/2014	24,21	-	24,21	24,21
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/04/2014	30/04/2014	156,61		156,61	156,61
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBU	01/06/2014	30/06/2014	172,55	-	172,55	172,55

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

INTE SUBSTI TUÍDO)						
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/01/2010	31/01/2010	176,16	176,16	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/03/2010	31/03/2010	95,50	95,50	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/04/2010	30/04/2010	100,31	100,31	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/05/2010	31/05/2010	117,09	117,09	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/07/2010	31/07/2010	103,53	103,53	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/08/2010	31/08/2010	128,90	128,90	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/09/2010	30/09/2010	146,90	146,90	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/10/2010	31/10/2010	227,25	227,25	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/11/2010	30/11/2010	104,13	104,13	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/01/2011	31/01/2011	189,27	189,27	-	-

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/04/2011	30/04/2011	75,30	75,30	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/06/2010	30/06/2010	140,61	140,61	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/11/2011	30/11/2011	722,59	722,59	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/03/2011	31/03/2011	77,50	77,50	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/05/2012	31/05/2012	38,05	38,05	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/06/2012	30/06/2012	26,19	26,19	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/10/2012	31/10/2012	5,04	5,04	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/11/2012	30/11/2012	10,63	10,63	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/11/2012	30/11/2012	19,46	19,46	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/12/2012	31/12/2012	116,58	116,58	-	-
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/02/2013	28/02/2013	530,11	530,11	-	-

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/03/2013	31/03/2013	121,83	121,83	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/06/2013	30/06/2013	76,13	76,13	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/04/2013	30/04/2013	113,52	113,52	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/07/2013	31/07/2013	13,11	13,11	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/05/2013	31/05/2013	70,31	70,31	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/07/2013	31/07/2013	92,48	92,48	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/08/2013	31/08/2013	377,62	377,62	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/09/2013	30/09/2013	107,26	107,26	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/03/2014	31/03/2014	17,34	17,34	-	-
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/04/2014	30/04/2014	89,83	89,83	-	-
FALTA DE R	01/03/2011	31/03/2011	586,33	-	586,33	293,17

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA						
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/04/2011	30/04/2011	169,51	-	169,51	84,76
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/01/2011	31/01/2011	21,67	-	21,67	10,84
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/02/2011	28/02/2011	19,49	-	19,49	9,74
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/07/2011	31/07/2011	6,00	-	6,00	3,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/10/2011	31/10/2011	2.203,24	-	2.203,24	1.101,62
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/11/2011	30/11/2011	297,71	-	297,71	148,85

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/06/2011	30/06/2011	38,47	-	38,47	19,24
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/04/2012	30/04/2012	117,35	-	117,35	58,68
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/05/2012	31/05/2012	136,67	-	136,67	68,33
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/12/2011	31/12/2011	129,03	-	129,03	64,52
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/01/2012	31/01/2012	26,89	-	26,89	13,45
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/09/2012	30/09/2012	14,80	-	14,80	7,40
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS-	01/10/2012	31/10/2012	10,64	-	10,64	5,32

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA						
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/03/2012	31/03/2012	193,23	-	193,23	96,62
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/04/2012	30/04/2012	14,45	-	14,45	7,23
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/05/2012	31/05/2012	186,69	-	186,69	93,35
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/06/2012	30/06/2012	145,83	-	145,83	72,92
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/07/2012	31/07/2012	35,34	-	35,34	17,67
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/08/2012	31/08/2012	91,40	-	91,40	45,70

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/09/2012	30/09/2012	183,44	-	183,44	91,72
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/10/2012	31/10/2012	55,13	-	55,13	27,57
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/11/2012	30/11/2012	77,61	-	77,61	38,81
TOTAL			109.941,21	11.583,95	**98.357,26**	**95.976,85**

Por todo exposto**,**

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento***,** alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000128/2015-03, lavrado em 2/2/2015, contra a empresa BANCÁRIOS COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. (CCICMS: 16.159.643-6), declarando devido o crédito tributário, no montante de R$ 194.334,11 (cento e noventa e quatro mil, trezentos e trinta e quatro reais e onze centavos), sendo os valores de ICMS de R$ 98.357,26 (noventa e oito mil, trezentos e cinquenta e sete reais e vinte e seis centavos**)**, por infringência aos artigos arts. 391, §§5º e 7º, II, 399, VI; 158, I; 160, I c/c 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. n° 18.930/97, art. 13, §1°, XIII, alíneas “g” e “h” da Lei Complementar n° 123/2006, e R$ 95.976,85 (noventa e cinco mil, novecentos e setenta e seis reais e oitenta e cinco centavos**)**, de multa por infração com fulcro no art.82, V, “c” e “f”, e II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Mantenho cancelado**,** por indevido, o montante de R$20.308,48 (vinte mil, trezentos e oito reais, quarenta e oito centavos)**,** sendoR$11.211,83 (onze mil, duzentos e onze reais, oitenta e três centavos) de ICMS, R$ 9.096,64 (nove mil, noventa e seis reais e sessenta e quatro centavos),de multa por infração, ao tempo em que cancelo, de ofício, o montante de R$ 744,24 (setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e quatro centavos), correspondente a R$ 372,12 (trezentos e setenta e dois reais e doze centavos) de ICMS e R$ 372,12 (trezentos e setenta e dois reais e doze centavos) de penalidade, totalizando R$ 21.052,72 (vinte e um mil, cinquenta e dois reais e setenta e dois centavos), pelas razões acima evidenciadas.

Contudo, **ressalvo** a realização de um novo procedimento acusatório**, em relação à quarta acusação de "falta de recolhimento do ICMS",** inerentes às faturas em aberto dos exercícios de 2010, 2011, 2013 e 2014, em função do vício formal acima evidenciado, nos termos do art. 173, II, do CTN.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de novembro de 2018..

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

Phoca PDF