



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

PROCESSO Nº 0328032015-1

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: POSTO SANTA MARIA COMBUSTÍVEIS E CONVENIÊNCIA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuante: ALVARO DE SOUZA PRAZERES

Relatora: CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. CONFIRMAÇÃO DA IRREGULARIDADE. CRÉDITO INDEVIDO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

É princípio regulamentar, que a diferença apontada mediante o Levantamento da Conta Mercadorias representa saídas sem notas fiscais. Admissível, todavia, é a prova das circunstâncias excludentes desta presunção, a cargo do sujeito passivo.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato infringente denunciado como crédito indevido de imposto não destacado em documento fiscal, notadamente porque a infração decorreu do crédito indevido decorrente da utilização de juros e multa sobre ICMS pago em atraso, como mencionado na nota explicativa ínsita no auto infracional, cujo fato inquinou de vício formal a peça acusatória e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a decisão monocrática, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2015-61, lavrado em 20/3/2015, contra a empresa POSTO SANTA MARIA COMBUSTÍVEIS E CONVENIÊNCIAS LTDA, CCICMS nº 16.161.586-4, qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.305,84 (dois mil, trezentos e cinco reais e oitenta e quatro centavos), sendo R\$ 1.152,92 (um mil, cento e cinquenta e dois reais e noventa e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I, com fulcro no art. 643, § 4º, inciso II, e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96 e R\$ 1.152,92 (um mil, cento e cinquenta e dois reais e noventa e dois centavos) a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, inciso “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancela o montante de R\$ 39,62 (trinta e nove reais e sessenta e dois centavos), de ICMS e multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS.

Assessor Jurídico

Relatório

Interposto recurso voluntário, nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2015-61, lavrado em 20/3/2015, contra a empresa POSTO SANTA MARIA COMBUSTÍVEIS E CONVENIÊNCIAS LTDA, CCICMS nº 16.161.586-4, em razão das seguintes irregularidades:

CRÉDITO INDEVIDO (SEM DESTAQUE EM DOC. FISCAL) – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou de ICMS não destacado em documento(s) fiscal(is), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota explicativa: Utilização de juros e multa sobre ICMS pago em atraso.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS - Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do Levantamento da Conta

Mercadorias, durante o exercício de 2011.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 2.345,46 (dois mil, trezentos e quarenta e cinco reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 1.172,73 (um mil, cento e setenta e dois reais e setenta e três centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 75, c/c §2º; 158, I; 160, I, com fulcro no art. 643, § 4º, inciso II, e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96 e R\$ 1.172,73 (um mil, cento e setenta e dois reais e setenta e três centavos) a título de multa por infração, arremada no artigo 82, V, incisos “a” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios, às fls. 3 a 82.

Depois de cientificada regularmente, através de Aviso de Recebimento, recepcionado em 23/4/2015, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva, (fls. 85), e anexos (fls. 87 a 109), por meio da qual pugna pela improcedência da acusação, arguindo registro das notas fiscais e nos livros próprios, bem como nos arquivos enviados à Secretaria da Receita Estadual.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 110), no que se refere às infrações ora em análise, foram os autos conclusos à instância prima (fls. 112), ocasião em que a julgadora singular – Rosely Tavares de Arruda – em sua decisão, manifesta-se pela procedência da denúncia, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INDEVIDO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS.

Apropriação de créditos do ICMS deve observar os critérios estabelecidos na legislação em vigor.

Caracterizada a omissão de saídas tributáveis, sem o recolhimento do imposto, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova.

Regularmente cientificada da decisão singular (AR, de fl. 119), a autuada protocolou, tempestivamente, recurso a esta Casa, (fls. 121 a 133), buscando a reforma da decisão monocrática, na qual apresenta breve relato dos fatos e, em preliminar, argui a nulidade do auto de infração pelo uso de presunção de saídas pretéritas, sendo obrigatório o arbitramento da base de cálculo; ausência de previsão legal para uso da omissão de saídas pretéritas, com base em levantamento da conta Mercadorias, como hipótese de presunção de fato gerador do ICMS, bem como por erro na determinação da matéria tributável, no que se refere à denúncia de crédito indevido.

No mérito, alega a improcedência da omissão de saídas, detectada pela conta Mercadorias, diante da ausência de provas documentais da ocorrência da infração.

Por fim, vem pedir que futuras intimações inerentes ao feito sejam endereçadas ao escritório dos procuradores, EDUARDO SÉRGIO CABRAL DE LIMA, GUSTAVO CABRAL DE MOURA E THIAGO SANTOS BARBOZA.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

EIS O RELATÓRIO.

1. 1.1.1.1.1.1

VOTO

A *quaestio juris* versa sobre o creditamento indevido e sobre a omissão de saída de mercadorias tributáveis, detectadas durante o levantamento da conta Mercadorias, apontadas pela fiscalização como sendo praticadas pela ora recorrente, durante os exercícios de 2011 e 2013, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Quanto ao requisito de tempestividade, faz-se necessário declarar que o recurso da autuada foi interposto no prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/2013.

Pois bem. Após criteriosa análise dos documentos que instruíram a denúncia de creditamento indevido, verifico a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, especialmente no que tange à descrição dos fatos.

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, vez que descreve em nota explicativa que o creditamento indevido decorreu da utilização de juros e multa sobre ICMS pago em atraso, todavia apontando no campo Descrição da Infração para o creditamento indevido, causado pela utilização indevida de ICMS não destacado em

documentos fiscais. Assim, resta configurado o vício formal previsto no art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013:

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.

Neste sentido, recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16, da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal na acusação**, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

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.

Diante disso, posiciono-me pela ineficácia da presente denúncia por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade do Auto de Infração inicialmente lavrado, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta descrição dos fatos.

Com relação à infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, não ensejando nulidade.

Considerando-se, ainda, o suporte probatório ínsito nos autos, fls. 10, demonstrativo da conta Mercadorias – Lucro Presumido, tendo a fiscalização, portanto demonstrado os valores apurados, bem como aqueles utilizados na planilha.

Assim, observa-se que foram oportunizados à reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Alega, contudo, a recorrente a nulidade do auto de infração pela ausência de arbitramento da base de cálculo e de previsão legal para uso da omissão de saídas pretéritas, com base em levantamento da conta Mercadorias, como hipótese de presunção de fato gerador do ICMS, argumentos que não procedem e cuja análise ficará evidenciada na análise de mérito.

A acusação subsistente trata de diferença tributável apurada em Levantamento da Conta Mercadorias, referente ao exercício de 2011, onde foi apurado que o contribuinte não alcançou a margem de lucro de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas – CMV, conforme demonstrativo (fl. 10).

O Levantamento da Conta Mercadorias é um procedimento largamente utilizado e aceito nos órgãos julgadores administrativos, tornando-se obrigatório, como meio de aferição fiscal, nos termos da legislação em vigor, para os contribuintes que, por não apresentarem escrita contábil regular, ficaram impossibilitados de apurar o lucro real, nos referidos exercícios, ficando então sujeitos a guardar uma margem de vendas, num percentual de 30%, sobre os valores obtidos para o CMV, conforme disciplina o art. 643 do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

§3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não esteja obrigado ao regime de tributação com base no lucro real e tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação

do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

I - a elaboração de Demonstrativo Financeiro, onde deverão ser evidenciadas todas as receitas e despesas operacionais ou não operacionais, bem como considerada a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e o no final do período fiscalizado;

II – o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compra e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (g.n.).

Assim, os contribuintes optantes pelo lucro presumido, que não apresentarem contabilidade regular, estarão sujeitos, pela legislação, ao arbitramento de uma margem de lucro bruto de 30% (trinta por cento), sobre o custo das mercadorias adquiridas.

No caso dos autos, ficou constatado que as vendas realizadas não ultrapassaram a margem de 30% (trinta por cento) sobre o CMV, inferindo-se que o contribuinte omitiu receitas pretéritas, denotando vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, como prevê o art. 646, parágrafo único, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimidos 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.

Dessa forma, ficou 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;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Após analisar o caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta neste ponto, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, e nos próprios números lançados pela autuada em sua escrita, em evidente conflito com a realidade apurada pela fiscalização, daí porque mantenho a decisão singular.

Perscrutando os autos, vemos que a recorrente, visando afastar o crédito tributário, construiu sua defesa sob a alegação de desconhecimento das notas fiscais, bem como que as mercadorias não chegaram ao seu estabelecimento. Todavia não trouxe prova aos autos capaz de demonstrar a veracidade de tal afirmação, o que, por si só, é insuficiente para afastar a acusação que lhe foi imposta pela fiscalização.

Por todo o exposto, considero o auto de infração de estabelecimento parcialmente procedente, alterando o valor do crédito tributário, conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	PERÍODO DO GERADOR	FATO	ICMS NO AI	MULTA NO AI	ICMS PÓS CORREÇÃO	MULTA PÓS CORREÇÃO	OBSE ÃO
----------	--------------------	------	------------	-------------	-------------------	--------------------	------------

CRÉDITO INDEVIDO (SEM DESTAQUE EM DOC. FISCAL)	01/04/2013	30/04/2013	19,81	19,81	-	-	NULO
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCA DORIAS TRI BUTÁVEIS – CONTA ME RCADORIA S	01/01/2011	31/12/2011	1.152,92	1.152,92	1.152,92	1.152,92	-
TOTAIS			1.172,73	1.172,73	1.152,92	1.152,92	-

Ao final, no que se refere ao pedido da recorrente de que as futuras intimações sejam realizadas em nome de seus procuradores, hei de indeferir tal solicitação, tendo em vista a ausência de previsão legal para tanto.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para reformar a decisão monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2015-61, lavrado em 20/3/2015, contra a empresa POSTO SANTA MARIA COMBUSTÍVEIS E CONVENIÊNCIAS LTDA, CCICMS nº 16.161.586-4, qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.305,84 (dois mil, trezentos e cinco reais e oitenta e quatro centavos), sendo R\$ 1.152,92 (um mil, cento e cinquenta e dois reais e noventa e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I, com fulcro no art. 643, § 4º, inciso II, e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96 e R\$ 1.152,92 (um mil, cento e cinquenta e dois reais e noventa e dois centavos) a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, inciso “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo o montante de R\$ 39,62 (trinta e nove reais e sessenta e dois centavos), de ICMS e multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

À repartição preparadora, com fulcro no art. 18 da Lei nº 10.094/13, caberá as providências necessárias à realização de novo feito fiscal, respeitando-se o prazo decadencial atinente ao art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

Gilvia

Dantas Macedo

Conselheira Relatora