Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 067.312.2013-2
Acórdão nº 214/2015
Recursos HIE/VOL/CRF-063/2014
1° Recorrente: **GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.**
1° Recorrida: **MERCADINHO P. R. LTDA.**
2°Recorrente: **MERCADINHO P. R. LTDA.**
2° Recorrida: **GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.**
Preparadora: **COLETORIA ESTADUAL DE BAYEUX.**
Autuante: **WALDSON GOMES MAGALHÃES/ALBANO LUIZ L. ROCHA.**
Relator: **CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.**

OMISSÃO DE SAÍDAS. PRELIMINAR REJEITADA. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. DESPESAS SUPERIORES A RECEITAS. CONTA MERCADORIAS. LUCRO BRUTO ARBITRADO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Inexistência de equívocos de procedimento da fiscalização para acolhimento de nulidade do feito fiscal e de multa com efeito confiscatório. Preliminar rejeitada.Diante da comprovação de operações de entrada que atestam a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada, dando conta da ocorrência de aquisições sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios, materializada está à incidência de imposto com base na presunção de omissão saídas de mercadorias sem emissão documental, na forma prevista pela legislação de regência.Prevalece o procedimento fiscal denominado de Levantamento da Conta Mercadorias, quando o contribuinte não vier a perfilhar uma escrita contábil regular, fato ocorrido no exercício fiscalizado, na qual a margem mínima de lucratividade foi inferior a 30% sobre o Custo das Mercadorias Vendidas.Comprovação de déficit financeiro em decorrência das despesas incorridas superarem a receitas declaradas, eclodindo a presunção prevista pela legislação de regência, com base na técnica fiscal do Levantamento Financeiro. Mantida a redução da multa por infração diante da Lei n° 10.008/13.

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

Relatório

A C O R D A Mos membros deste Conselho de RecursosFiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regular e, do **Recurso Voluntário**, por regular e tempestivo, equanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** DE AMBOS, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **n.º 933000008.09.000000688/2013-98**, de 15/5/2013, lavrado contra **MERCADINHO P.R. LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.145.726-6, devidamente qualificado nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R$ 3.281.453,22** (três milhões, duzentos e

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

oitenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e trêsreais e vinte e dois centavos), sendo **R$ 1.640.726,61** (um milhão, seiscentos e quarenta mil, setecentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos) de **ICMS** por infração aos artigos 158, I, 160, I e 646 todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R$ 1.640.726,61** (um milhão, seiscentos e quarenta mil, setecentos e vinte e seis reais esessenta e um centavos) de multa por infração nos termos do art. 82, V, alínea "a" e "f" da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancela, por indevida, a quantia de **R$ 1.640.726,61** de multa por infração**,** com fundamento na Lei n° 10.008/2013.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 05 de maio de 2015.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.
Assessora Jurídica

Recursos HIE/VOL CRF N.º 063/ 2014

1° Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.
1° Recorrida: MERCADINHO P. R. LTDA.
2°Recorrente:MERCADINHO P. R. LTDA.
2° Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.
Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE BAYEUX.
Autuante:WALDSON GOMES MAGALHÃES/ALBANO LUIZ L. ROCHA.
Relator:CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

OMISSÃO DE SAÍDAS. PRELIMINAR REJEITADA. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. DESPESAS SUPERIORES A RECEITAS. CONTA MERCADORIAS. LUCRO BRUTO ARBITRADO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. Inexistência de equívocos de procedimento da fiscalização para acolhimento de nulidade do feito fiscal e de multa com efeito confiscatório. Preliminar rejeitada.Diante da comprovação de operações de entrada que atestam a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada, dando conta da ocorrência de aquisições sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios, materializada está à incidência de imposto com base na presunção de omissão saídas de mercadorias sem emissão documental, na forma prevista pela legislação de regência.Prevalece o procedimento fiscal denominado de Levantamento da Conta Mercadorias, quando o contribuinte não vier a perfilhar uma escrita contábil regular, fato ocorrido no exercício fiscalizado, na qual a margem mínima de lucratividade foi inferior a 30% sobre o Custo das Mercadorias Vendidas.Comprovação de déficit financeiro em decorrência das despesas incorridas superarem a receitas declaradas, eclodindo a presunção prevista pela legislação de regência, com base na técnica fiscal do Levantamento Financeiro. Mantida a redução da multa por infração diante da Lei n° 10.008/13.

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

RELATÓRIO

*Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, Recursos Hierárquico e Voluntário**,** interpostos contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000682/2013-10, lavrado em 14 de maio de 2013, onde a autuada, acima qualificada, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:*

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

NOTA EXPLICATIVA: O contribuinte deixou de registrar no seu livrofiscal de entradas as notas fiscais de aquisição de mercadorias durante o período de 2008..."

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – O contribuinte omitiu saídas demercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro. NOTA EXPLICATIVA: Infração constatada por ocasião de auditoria fiscal, através de Levantamento Financeiro, cuja valor de despesas foi de R$ 2.471.789,89 e o das receitas de R$ 103.352,11, resultando na diferença de R$ 2.368.437,78 em 2012."

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – O contribuinte omitiu saídas demercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro. **NOTA EXPLICATIVA:** Infração

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

constatada por ocasião de auditoriafiscal, através de Levantamento Financeiro, cuja valor de despesas foi de R$ 1.880.266,19 e o das receitas de R$ 410.108,48, resultando na diferença de R$ 1.470.157,17 em 2008."

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS – Contrariando dispositivos legais, ocontribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS, irregularidade esta detectada através do levantamento da Conta Mercadorias."

Por considerar infringidos os artigos da legislação estadual, conforme relato às fls. 3 dos autos, foi exigido ICMS no valor de **R$ 1.640.726,61**, e proposta aplicação de multa por infração no importe de **R$ 3.266.751,65**, com fundamento no artigo 82, V, alínea "a" da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário o montante de **R$ 4.907.478,26.**

Regularmente cientificada, em 22/5/2013, de forma pessoal, (fls. 5), a empresa autuada compareceu aos autos, pugnando pela improcedência do auto de infração, alegando, em síntese, os seguintes fundamentos:

Que teria havido equívoco da Fiscalização, vez que teriam autuado a empresa como se fosse Regime Normal, porém a mesma é submetida ao Simples Nacional;

Que os Autores do feito não teriam relacionados os números das referidas notas fiscais objeto da denúncia;

Que a multa possui caráter confiscatório;

Que não teriam sido considerados os seus estoques na apuração da omissão de receitas;

Que teria havido prescrição dos créditos referentes ao exercício de 2008, com fundamento no art. 815 do RICMS/PB.

Chamados a contestar a peça reclamatória, os autores do feito discordam dos argumentos apresentados e evidenciam serem frágeis e inócuos, pois em nenhum momento foi deixado de observar a característica da observância do regime simplificado a que se submete a autuada, tendo os trabalhos de fiscalização sido acompanhados pelo contador da empresa, com os estoques sido considerados nos levantamentos da Conta Mercadorias.

Por fim, informam que não há qualquer hipótese de prescrição e que os números das notas fiscais estão nas planilhas originais da fiscalização, requerendo a procedência do feito fiscal.

Constam, às fls. 10 a 201 dos autos, demonstrativos e planilhas de cálculo da penalidade incidente e de fotocópias de notas fiscais de entrada.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Distribuído o processo para o julgador fiscal, Anísio de Carvalho Costa Neto, tendo este proferido o seu julgamento decidindo pela parcial procedência do auto de infração, mantendo a exigência fiscal pelo descumprimento da obrigação principal, com redução, apenas, da multa diante do advento da Lei n° 10.008/2013.

Seguindo os trâmites processuais, deu-se regular ciência da decisão monocrática à autuada, conforme Aviso de Recebimento – AR datado de 17/12/2013, a qual recorre a esta Corte de Julgamento, vindo a repetir os mesmos argumentos trazidos em sede de reclamação fiscal.

Em preliminar, afirma que laborou em erro o procedimento fiscal por considerar a empresa autuada como se não fosse submetida ao Simples Nacional e sim ao regime normal, vindo a citar regras estabelecidas para as empresas inseridas no sistema simplificado de tributação.

Adita, ainda, que a multa aplicada é confiscatória, ferindo o dispositivo constitucional do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal.

No mérito, alega que não foram considerados os estoques existentes para efeito de presumir a ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis e pela falta de análise da documentação fiscal e de não ter relacionado os números das referidas notas fiscais objeto da denúncia;

Por fim, aborda aspectos relacionados a existência de prescrição dos créditos apurados, citando norma do artigo 174 do CTN e passagem jurisprudencial transitada e julgada, requerendo a improcedência da medida fiscal por incorrer em prescrição.

Comparecendo nos autos para apresentar suas contrarrazões, os autuantes declaram que a empresa usa do expediente da procrastinação por não oferecer qualquer fato novo a seu favor, pois o recurso é cópia fiel da reclamação.

Portanto, aduz que não há argumentação capaz de desqualificar a autuação fiscal, requerendo a manutenção da decisão prolatada na instância singular.

Os autos foram remetidos a esta Casa, e, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de práticas evidenciadas pelo descumprimento de obrigação principal apurada em omissão de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis por ter deixado de lançar as notas

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

fiscais de entrada nos livros ficais nos exercícios de 2008 e 2008 e pelos resultados mensurados nos Levantamentos Financeiros do exercício de 2008 e 2012 e Demonstrativos da Conta Mercadorias dos exercícios de 2009, 2010 e 2011 correspondentes às mercadorias recebidas em seu estabelecimento comercial.

De início, vejo que a demanda fiscal atende os requisitos normativos previstos pela legislação fiscal de regência, estando corretamente evidenciada a pessoa do infrator, a descrição da conduta denunciada, a capitulação legal dos dispositivos violados e a penalidade aplicada.

Em abordagem preliminar, vislumbro ser impróprio o pleito na alegação de equívoco no procedimento desenvolvido pela fiscalização, pois toda ação encontra-se delineada pela observância aos requisitos formais exigidos pela legislação tributária vigente, atendendo a todas as exigências legais, não havendo deslize na conduta e no proceder da auditoria, pois os fatos infringentes que foram apurados encontram repercussão tributária, tanto para as empresas com regime de Tributação Normal como para aquelas inseridas no regime do Simples Nacional, tendo em vista que tal classificação em uma ou em outra, não a desobriga de promover o devido lançamento e registro das operações fiscais, tanto de entrada como de saída, cuja legislação fiscal lhe impõe, de modo a possibilitar o seu controle por parte das autoridades tributárias competentes.

Neste sentido, o lançamento indiciário encontra fundamento e ressonância na legislação paraibana, que prevê a obrigação de lançar os documentos fiscais, apurar o imposto devido e recolher o débito ao erário estadual, com o fim de que a escrita fiscal do contribuinte deve e venha a refletir, o que se materializou no mundo dos fatos.

Portanto, não há diferença de tratamento de obrigação de lançar e apurar o imposto devido, tanto para as empresas submetidas ao regime simplificado de tributação ou àquelas que não estejam classificadas como tal, motivo por que não merecem prosperar as alegações aduzidas em preliminar.

Faz-se necessário lembrar que por ser uma empresa enquadrada no Simples Nacional, não obstante as fundamentações apresentadas pelo julgador singular, esta relatoria entende que caberia a adoção da alíquota para 17% para todos os períodos auditados, fato não ocorrido na denunciação da repercussão tributária do Levantamento Financeiro sobre o exercício de 2008, não sendo possível aplicar às disposições da Instrução Normativa n° 015/2012 – GSER por contrariar o comando normativo previsto na Lei Complementar n° 123/2006, dando tratamento semelhante ao das demais pessoas jurídicas, àquelas empresas que incorressem em omissões detectadas em ação fiscal, fato não observado pela fiscalização, cujo teor transcrevo abaixo:

"Art. 1º *Os dispositivos da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, de 27de agosto de 2012, a seguir anunciados, passam a vigorar com as respectivas redações:*

II – o art. 2º:

"Art. 2º No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006." (g.n)

Quanto à alegação de efeito confiscatório da multa de aplicada, necessário rechaçar o pleito pelas seguintes razões:

É cediço que a nossa Constituição Federal de 1988 trata do princípio de vedação ao confisco, dos tributos, no art. 150, IV. *In verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, ***é vedado*** *à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

(...)

IV – ***utilizar tributo com efeito de confisco****; (****g.n****.)*

Neste norte, em que pese as multas, assim como os tributos, figurarem no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem, conforme definição de tributo extraída do artigo 3° do C.T.N. (Lei nº 5.172/66), abaixo reproduzido:

*Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (****g.n****.)*

Por outro lado, as multas, por não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízos ao Estado, não estão limitadas ao preceito constitucional anteriormente transcrito. Portanto, a aplicação do postulado tributário do não confisco não deve a elas ser estendido.

Como se observa, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório e sua gradação varia conforme a gravidade da infração praticada, quanto mais grave for o ato, maior deverá ser a penalidade aplicada. Sendo inerente aos poderes de império e de polícia do Estado no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos. Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa proposta na peça vestibular.

Além disso, os fazendários atuaram nos limites da Lei n° 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) com redação vigente à época da autuação, e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto n° 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano. Neste sentido, não carece de acolhimento a presente preliminar.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No mérito, faço separar as acusações com base no procedimento de aferição adotado pela fiscalização, no fito de tornar o desfecho da questão mais objetivo e claro, sendo mais compreensivo para as partes interessadas, uma vez que os trâmites estão dentro das diretrizes regulamentares, senão vejamos:

Acusação 1:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO- Exercícios de 2008 e 2012:

A acusação presente trata de irregularidade apoiada numa presunção "*juris tantum"*, ou seja, a legislação de regência determina que a falta de contabilização ou de registros de notas fiscais de aquisição autoriza a presunção de omissão das saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma disciplinada pelo artigo 646 do RICMS/PB, infra:

Art. 646*. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa,suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de*

obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (grifo nosso)

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

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

Os fatos apurados comprovam que as mercadorias constantes nas notas fiscais arroladas pela fiscalização revelam a ocorrência de omissão de faturamento, comprovado pela aquisição não oficializada nas operações de entrada ao contribuinte autuado, fato não elidido pela recorrente que pudesse contradizer a presente acusação fiscal.

Registre-se que nada foi oposto pela autuada que pudesse atenuar a situação apurada, diante das argumentações apresentadas em grau de reclamação, dando como certa a condenação imposta na sentença singular.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Dentro do âmbito das presunções, aquelas que serviram de fundamento se constituem de natureza relativa. Com esse condão, fica aberta a possibilidade de o contribuinte apresentar elementos probatórios que a desconstituam, fato não demonstrado pelo recurso impetrado. De modo contrário, a presunção se torna imperativa, devendo ser aplicada em seu desfavor.

No caso em tela, como o contribuinte não desconstituiu a presunção legal que deu supedâneo ao auto de infração, de modo que não se encontram, neste processo, quaisquer meios de provas que tenham a força de descaracterizar o ônus da inversão criada pela legislação relacionada ao caso, dando como certa a acusação motivadora sentenciada sobre os exercícios de 2008 e 2012.

Acusação 2:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO- Exercícios de 2008 e 2012:

Em relação a esta acusação, esta relatoria destaca que o Demonstrativo Financeiro consiste em um procedimento fiscal, cujo mecanismo de aferição proporciona ao auditor fiscal analisar se há equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos com as receitas auferidas. Caso se constate que os desembolsos foram superiores às disponibilidades auferidas, a legislação vigente autoriza a fiscalização a se valer da presunção "***juris tantum***", arrimada no parágrafo único do Artigo 646 do RICMS/PB, que prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção, como se verifica adiante:

Art. 646–(...)

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. (g.n)

Nesta linha de entendimento, dá-se a presunção legal de que o *déficit* encontrado teve origem de vendas pretéritas omitidas, inferindo-se que foram utilizadas receitas que ficaram à margem do faturamento oficial, levadas para liquidação das despesas efetuadas sem lastro financeiro.

Pela adoção do ônus da prova, a autuada silenciou acerca dos levantamentos realizados não se opondo, com qualquer prova contrária, a apuração das receitas e despesas, tendo o mediador monocrático atestado veracidade e legitimidade nos procedimentos fiscais de apuração, motivo que me faz comungar com as conclusões de sua razão de decidir sobre a ocorrência de ilicitude fiscal calcada na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto durante o exercício de 2008 e 2012.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Desta ótica, não vejo como deixar de acolher a peça acusatória que encontra ressonância em diversos julgados desta Corte "***ad quem***", conforme decidiu o Pretório Excelso, na oportunidade do julgamento do Recurso VOL nº 190/99, que cedeu lugar ao Acórdão nº 5.166/99, cuja ementa transcrevo:

LEVANTAMENTO FINANCEIRO - RECURSOS VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Tem-se que as receitas obtidas pela pessoa jurídica no exercício de um fazer econômico, pelo óbvio, decorrem dessa prática. Do levantamento de recebimento e pagamento, no exercício da atividade, resultou em despesas de maior monta que os ingressos dados como base à tributação. Inexiste, documentalmente, prova contrária prevalecendo à presunção legal que dá certeza ao lançamento. (art. 646, RICMS/97)

Portanto, deve ser mantida a exigência em toda a sua plenitude sobre os exercícios fiscalizados, ressalvando não haver concorrência de infração entre a denúncia presente e anterior pela não inclusão das notas fiscais não registradas no demonstrativo financeiro.

Acusação 3:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS – Exercícios de 2009, 2010 e 2011*:*

Nesta denúncia é versada a ocorrência de diferença tributária deflagrada do levantamento da Conta Mercadorias, originária de saídas sem emissão documental de 2009 a 2011.

A realização de auditoria através da técnica de levantamento da Conta Mercadorias, importa registrar que o Auditor Fiscal efetua o confronto entre a Receita de Vendas e o Custo das Mercadorias Vendidas **tributáveis**, tomando os valores de Estoques Inicial e Final do período fiscalizado, o total das entradas e das saídas das mercadorias, sendo o imposto a ser lançado de ofício, calculado com base na diferença verificada, conforme prescrição do art. 643, § 4º, II, do RICMS/PB, o que leva à convicção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, conduzindo à desobediência ao disposto nos artigos 158, I e 160, I***,*** do mesmo Regulamento, transcritos a seguir:

Art. 643*. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nasescritas 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.*

(...) ...

§4º *Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição noconfronto fiscal, será obrigatório:*

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

II*- o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante dasvendas 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, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular.*

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;*

Por força da interpretação do dispositivo acima – art. 643, § 4º, II, conclui-se que o procedimento inicialmente adotado pela fiscalização foi correto, em se aplicar o TVA de 30% ao custo das mercadorias vendidas, por ocasião do levantamento da Conta Mercadorias, devido à inexistência de escrita contábil da empresa.

Situação que se adequa ao exame realizado que chegou a uma diferença tributária representativa de omissões de saídas de mercadorias tributárias, fato que chancelo como devido o resultado do ICMS apurado como devido ao erário estadual.

Em relação ao argumento de não consideração dos estoques inicial e final para efeito de levantamento da repercussão tributária, tal manifestação não merece qualquer acolhimento, vez que os referidos estoques foram considerados, de modo regular, no âmbito da apuração dentro da Conta Mercadorias, técnica de apuração cuja variável do estoque possui representatividade, fato que pode ser verificado em todos os demonstrativos acostados aos autos, a saber, nas fls. nº 43, 67, 103 dos autos.

Por derradeira, é de analisar a arguição de prescrição dos créditos constituídos, fundamentado no art. 815 do RICMS/PB.

De chofre, percebe-se confusão conceitual entre os institutos da prescrição e da decadência. No atual estágio processual não há o que se falar em prescrição como tenta caracterizar a recorrente, muito menos podemos ventilar a hipótese de decadência em relação aos lançamentos veiculados na exordial e relacionados aos exercícios de 2008 a 2012, em razão da ciência do auto de infração haver acontecido na data de 22 de maio de 2013, tal alegação se apresenta como manifestamente improcedente, pelas razões que passo a expor.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em primeiro plano, pelos termos contidos no art. 174 do Código Tributário Nacional, sabe-se, de fato, que o prazo prescricional se materializa em cinco anos, porém diferente do que estabelece a recorrente, o marco inicial somente ocorre quando do momento da constituição definitiva do crédito tributário, o que não se amolda ao presente caso, que se encontra, ainda, em face de processo contencioso administrativo, não encerrado a sua apreciação pelos órgãos de julgamento fiscal, ou seja, quando a administração não puder mais se pronunciar sobre o crédito nas vias do Processo Administrativo Tributário, assim se manifestando o CTN sobre o tema:

Art. 174. *A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cincoanos, contados da data da sua constituição definitiva.*

Assim sendo, pelo conteúdo dos autos, infere-se facilmente que nem mesmo começou a correr o prazo prescricional, uma vez que o seu termo ainda ocorrerá no futuro, quando da constituição definitiva, depois de transitado e julgado pelas instâncias administrativas de julgamento fiscal, motivo por que tal alegação se manifesta improcedente.

Em relação à ocorrência de decadência, de igual modo, esta não teria ocorrido frente ao presente caso, uma vez que se trata de peça constitutiva de obrigação acessória, cujo prazo decadencial toma como regência o disposto no contido no art. 173, inciso I do CTN, o qual oferece plenas condições para a constituição do crédito tributário ora combatido, onde relativo ao exercício de 2008, este poderia haver sido apurado até a conclusão do exercício de 2013, requisito integralmente atendido aqui na pela acusatória, na forma estabelecida pela legislação abaixo transcrita:

***Art**. **173**. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributárioextingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Diante do exposto, o presente feito não violou quaisquer dos termos legais no tocante ao prazo pertinente à sua constituição, ao tempo em que rejeito as alegações relacionadas a estas matérias.

Portanto, encontram-se os fundamentos da materialidade das infrações denunciadas na forma estabelecida pela sentença recorrida, sendo ratificada a redução promovida na gradação da penalidade pelo advento da Lei 10.008/2013.

Pelo exposto,

V O T O- pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regular e,do **Recurso Voluntário**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** DE AMBOS, para manter a sentença exarada na instânciamonocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **n.º 933000008.09.000000688/2013-98**, de 15/5/2013, lavrado contra

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MERCADINHO P.R. LTDA., inscrita no CCICMS sob nº 16.145.726-6, devidamentequalificado nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R**$ **3.281.453,22** (três milhões, duzentos e oitenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e vinte e dois centavos), sendo **R$ 1.640.726,61** (um milhão, seiscentos e quarenta mil, setecentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos) de **ICMS** por infração aos artigos 158, I, 160, I e 646 todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R$ 1.640.726,61** (um milhão, seiscentos e quarenta mil, setecentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos) de multa por infração nos termos do art. 82, V, alínea “a” e “f” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancela, por indevida, a quantia de **R$ 1.640.726,61** de multa por infração**,** com fundamento na Lei n° 10.008/2013.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 5 de maio de 2015.

.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator

Phoca PDF