Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 039.359.2013-0
Acórdão nº 476/2015
Recursos HIE/VOL/CRF-136/2014
1ª Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP
1ª Recorrida: LAF COMÉRCIO ATACADISTA DE ESTIVA LTDA.
2ª Recorrente: LAF COMÉRCIO ATACADISTA DE ESTIVA LTDA.
2ª Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP
Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE ITABAIANA
Autuante: EDIWALTER DE CARVALHO VILARINHO MESSIAS
Relator: CONS.º ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EXPURGO DE OPERAÇÃO SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ISENTA E/OU NÃO TRIBUTADA. AJUSTE REALIZADO. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Confirmada a exação fiscal através da Conta Mercadorias no exercício de 2009, em cujo período coube a adoção do arbitramento do Lucro Bruto previsto na legislação de regência, diante da não apresentação de escrita contábil regular, bem como nos exercícios de 2010 e 2011 através do Levantamento Financeiro, visto que na peça recursal o recorrente deixou de acostar aos autos provas cabais capazes de elidir as acusações, tendo o Levantamento Financeiro, referente ao exercício de 2010, suscitado ajuste que foi promovido de ofício em decorrência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas, apurado em levantamento da Conta Mercadorias naquele exercício, o que reduziu o valor do ICMS inicialmente exigido.
Redução da penalidade por força da alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei n° 10.008/2013

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

Relatório

A C O R D A M os 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, e, no mérito, pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro e **PARCIAL PROVIMENTO** do segundo, para alterar quanto aos valores a decisão singular que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE,** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000503/2013-45** *(fl.5),*lavrado em 17/04/2013, contra o contribuinte **LAF COMÉRCIO ATACADISTA DE ESTIVA LTDA.**, CCICMS nº 16.161.785-9,qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de **R$ 1.186.203,82 (um milhão, cento e oitenta e seis mil e duzentos e três reais e oitenta e dois centavos)**, sendo **R$ 593.101,91 (quinhentos e noventa e três mil, cento e um reais e noventa e um centavos)** de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c osartigos 643, § 4º, II, e 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R$ 593.101,91 (quinhentos e noventa e três mil, cento e um reais e noventa e um centavos)** de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea “a” e “f”,da Lei nº 6.379/96, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008/2013, publicada no D.O.E., em 8/6/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de **R$ 603.153,49 (seiscentos e três mil, cento e cinquenta e três reais e quarenta e nove centavos)**, a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima citadas.

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 01 de outubro de 2015.

Roberto Farias de Araújo
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

RECURSO HIE/VOL CRF nº 136/2014
1ª Recorrente : GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP
1ª Recorrida : LAF COMÉRCIO ATACADISTA DE ESTIVA LTDA.
2ª Recorrente : LAF COMÉRCIO ATACADISTA DE ESTIVA LTDA.
2ª Recorrida : GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP
Preparadora : COLETORIA ESTADUAL DE ITABAIANA
Autuante : EDIWALTER DE CARVALHO VILARINHO MESSIAS
Relator : CONS.º ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EXPURGO DE OPERAÇÃO SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ISENTA E/OU NÃO TRIBUTADA. AJUSTE REALIZADO. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Confirmada a exação fiscal através da Conta Mercadorias no exercício de 2009, em cujo período coube a adoção do arbitramento do Lucro Bruto previsto na legislação de regência, diante da não apresentação de escrita contábil regular, bem como nos exercícios de 2010 e 2011 através do Levantamento Financeiro, visto que na peça recursal o recorrente deixou de acostar aos autos provas cabais capazes de elidir as acusações, tendo o Levantamento Financeiro, referente ao exercício de 2010, suscitado ajuste que foi promovido de ofício em decorrência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas, apurado em levantamento da Conta Mercadorias naquele exercício, o que reduziu o valor do ICMS inicialmente exigido.

Redução da penalidade por força da alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei n° 10.008/2013.

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

R E L A T Ó R I O

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os presentes **recursos hierárquico e voluntário**, interpostos nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000503/2013-45**, lavrado em 17/4/2013,*(fls. 3),*no qual o contribuinte acima identificado é acusadoda(s) irregularidade(s) e/ou infração(ões) descrita(s) na forma abaixo:

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS -

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias.

Nota Explicativa: EXERCÍCIO 2009 NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS COBRADAS NA CONTA MERCADORIAS (INFRAÇÕES CONCORRENTES); INFRAÇÃO DOS EXERCÍCIOS 2010 E 2011 COBRADA NO LEVANTAMENTO FINANCEIRO (CONCORRÊNCIA).”

“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 esta detectada através de Levantamento Financeiro.

Nota Explicativa: EXERCÍCIOS 2010 E 2011 COBRADA NO

LEVANTAMENTO FINANCEIRO (INFRAÇÕES CONCORRENTES)”

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao **art. 158, I; art. 160, I, c/c o art. 643, §4º, II, e art. 646, parágrafo único**, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, sendo propostas multas por infração com fulcro no **art. 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96**, com exigência de crédito tributário no valor de **R$ 1.794.383,10**, sendo **R$ 598.127,70**, de ICMS, e **R$ 1.196.255,40**, de multa por infração.

Instruem os autos, OSN 93300008.12.00011280/2012-10, TIF 93300008.13.00001937/2012-03, Levantamentos da Conta Mercadorias Exercícios 2009, 2010 e 2011, Levantamento Financeiro dos Exercícios 2009, 2010 e 2011, Planilha de Cruzamentos ÁTOMO x SINTEGRA referente Notas Fiscais de Entradas Não Lançadas nos Exercícios 2010 e 2011, Demonstrativos de Notas Fiscais Declaradas Por Terceiros Emitentes e Não Declaradas na GIM da Empresa nos Exercícios 2009, 2010 e 2011, Demonstrativo do Crédito Tributário Apurado Referente Notas Fiscais de Entradas Não Lançadas, Extrato de Notas Fiscais de Terceiros Destinadas à Empresa, DANFES e Termo de Encerramento de Fiscalização 93300008.13.00001335/2013-37 *(fls.04/89)*.

Cientificado da autuação por AR – Aviso de Recebimento dos Correios (RM 34090286), em 3/5/2013 *(anexo fl.90)*, o contribuinte apresentou reclamação *(fls.91/94)* em 3/6/2013, protocolizada no Documento nº 01197520139, alegando, em síntese, que:

1) o Auto de Infração de Estabelecimentos (...)*“... é carecedor de reforma, haja vista que o citado Auto encontra-se baseado em vários equívocos, merecedores de reforma por parte do GEJUP ...”*;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2) *"... os equívocos ocorridos são inexplicáveis, e enfatizamos que este auto só esta induzindo ao acometimento de uma bi tributação e consequentemente a extinção da pessoa jurídica, com a carga tributaria que enfrenta nos dias atuais, sendo obrigada ou condenada a pagar o imposto pela segunda vez e com juros e correções de alto grau, e ainda com a penalidade proposta de 200%.";*

3) *"... Passaremos a destacar alguns pontos de fundamental importância para a avaliação e conclusão com razões incontestáveis apurada da escrita fiscal e contábil ..."*;

4) *"A venda de mercadoria sem nota fiscal é pratica inexistente nesta empresa. E a omissão de saídas com base na receita de vendas e nas compras efetuadas isto é inexistente pelo fato da empresa emitir NF de todas as vendas efetuadas.";*

5) *"Um outro fato de fundamental importância é o não recebimento do cliente, ou seja a quitação das vendas. A empresa sofreu vários acidentes com o sistema de informação que utilizava, e gerou debito pois não vinha pagando a fornecedores, funcionários ou seja não vinha cumprindo com as obrigações é incalculável o prejuízo sofrido";*

6) *"Houve um erro no sistema que estava efetuando as vendas com o valor menor que o valor de aquisição.";*

7) *"... o auto é fundamentado com o artigo 646 grifo RICMS "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 ocorrências de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão da saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção."*, e alegando ainda

8) *"Podemos comprovar com a escrituração contábil e precisamente com o livro caixa que em nenhum dia houve insuficiência de caixa, por que a empresa encontra-se com títulos protestado, debito em banco fornecedores. Enfim não tem conseguido quitar os pagamentos. Estamos anexando copia de débitos não quitados.";*

9) *"A empresa não tem nenhum imobilizado, as únicas pecas que existe são os TEF, maquina registradora, e prateleiras, até o computador foi roubado...;,* e que

10)*"Tais considerações decorrem do fato de que a litigante busca no presente recurso ver restabelecida a VERDADE REAL que determina a reforma do Auto de Infração em discussão, objetivando apurar a VERDADE MATERIAL da contenda em apreço, sem deixar de analisar elementos intrínsecos e extrínsecos, verdadeiros definidores do conteúdo do processo referenciado."*, e ao final, entendendo convencido da decisão favorável que confia seja tomada, aguarda a concessão da*"... esperada anulação do Auto de Infração, mercê de uma acusação fiscal*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

insubsistente e impróspera.”.

No intuito de demonstrar o alegado, o contribuinte acosta aos autos cópias de extrato de consulta de Pendências Financeiras e Protesto do Estado, emitido pela Serasa Experian *(fls.96)*, onde figura a empresa com existência de registros de duplicatas pendentes e protestos efetivados; relação de Cheques Devolvidos ou Sustados Pelo Motivo 21 e 70, do Banco Central, por nº e valor do cheque *(fls.97/98, 102, 115)*; extrato de tela de Consulta Múltipla de Cheques Contra-Ordenados (*fl.99)*; extratos de tela de Consulta de Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos, *(fls.100/101 e 117)*; extratos de Cheques Liquidado/Baixado, Cheque em Poder do Cliente, Contra-Ordem Sem Ocorrência Policial e Cheque Supostamente Destruído *(fls.104/110 e 118/125)*, emitidos pelo Banco do Brasil, cópias de duplicatas/boletos bancários de cobrança *(fls.126/214)* que alega constituírem débitos não quitados, e outros.

Encaminhados os autos para oferecimento de contestação, o autuante afirmou que a auditoria alicerçou-se em elementos da escrita fiscal do contribuinte, devido a não apresentação de escrita contábil, além de demonstrativos dos sistemas ÁTOMO e ATF da Secretaria de Estado da Receita, e em cujos trabalhos detectou:

1) Nota Fiscais não lançadas cujos valores tributáveis correspondem a R$ 13.922,40 no exercício de 2009; R$ 11.485,00 no exercício de 2010 e R$ 1.656.175,89 no exercício de 2011, tendo sido cobrado o valor do exercício de 2009 na Conta Mercadorias de 2009 e os valores dos exercícios de 2010 e 2011 no Levantamento Financeiro de 2010 e 2011;

2) No levantamento da Conta Mercadorias, diferença tributável por omissão de saídas no Exercício de 2009 no valor de R$ 271.928,37; no Exercício de 2010 no valor de R$ 517.336,47 e no Exercício de 2011 no valor de R$ 1.943.899,94, sendo as diferenças dos exercícios de 2010 e 2011 cobradas no Levantamento Financeiro daqueles exercícios; e

3) No Levantamento Financeiro, diferença tributável por omissão de saídas no Exercício de 2010 no valor de R$ 1.174.729,74 e no Exercício de 2011 no valor de R$ 2.071.740,12.

Aduz, ainda, o autuante, que o contribuinte tenta ludibriar o julgador singular quando afirma que *“... Ressaltamos que os equívocos ocorridos são inexplicáveis, e enfatizamos que este auto só está induzindo ao acometimento da bi tributação ...”*; que *“A venda de mercadorias sem nota fiscal é prática inexistente nesta empresa...”* e que *“... A empresa sofreu vários acidentes como o sistema de informação que utilizava, e gerou débito pois não vinha pagando fornecedores, funcionários ou seja não vinha cumprindo com as obrigações é incalculável o prejuízo sofrido. Houve um erro no sistema que estava efetuando as vendas com o valor menor que o valor de aquisição.”(fls.217)*.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Afirma, também, que a fiscalização autua conforme preceitua o art. 646 do RICMS-PB, que os documentos apresentados às fls. 95/214 *"... não trazem nexo com o que foi apurado. São documentos dispostos de forma aleatória visando justificar o ilícito."* e que, quanto à aplicação da multa, alegada como confiscatória, a fiscalização submete-se aos preceitos da Lei nº 6.379/96.

Finalizando sua contestação, reproduz ementas de julgados desse Egrégio Conselho de Recursos Fiscais *(fls.218/219)* em matéria da mesma natureza.

Sem registro de antecedentes fiscais *(fl.227)*, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP que, efetuada a necessária correição processual, pelo critério de distribuição remete à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que, após apreciação e análise da peça reclamatória apresentada, entendeu pelo não conhecimento de seus termos em razão da ausência de assinatura do contribuinte e pela correta aplicação das técnicas de Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro utilizadas pela fiscalização, e, tendo em vista que a Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2011, alterou o percentual da multa anteriormente aplicável de 200%, reduzindo para 100%, prevista no art. 82, V, da Lei nº 6.379/96, exarou sentença *(fls.231/237)* julgando o Auto de Infração **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, nos termos do entendimento descrito a seguir.

"CONTA MERCADORIAS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO CABIMENTO – RECLAMAÇÃO INEPTA – CONSEQUENCIA – NÃO CONHECIMENTO DO SEUS TERMOS – REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PARA ADEQUAR À LEGISLAÇÃO VIGENTE – JULGAMENTO PARCIAL.

Não se deve conhecer reclamação que, em que pese tempestivamente interposta, mediante cópia, não se encontra devidamente assinada pela peticionária.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE."

Com os ajustes, o crédito tributário exigido passou ao montante de R$ 1.196.255,40, sendo R$ 598.127,70, de ICMS, e R$ 598.127,70, de multa por infração, sendo cancelado, por irregular, o valor excedente no montante de R$ 598.127,70, lançado a título de multa por infração.

Cientificado da decisão singular, por AR – Aviso de Recebimento dos Correios, em 19/11/2013 *(fl.240)*, o autuado manifestou-se através da peça recursal às fls.241/272, no prazo regulamentar, requerendo a acolhida de suas razões de recurso, argumentando, em síntese, que:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

1) *"... os documentos anexo apresentarem alguns transtorno pelo fato de ter sido trocado o documento com a da filial ...";*

2) *"No período de 2009 a conta mercadoria fica representada da seguinte forma:*

Movimentação de Mercadorias	*DÉBITO*	*CRÉDITO*
Entrada de Mercadorias c/ tributação Normal p/Compras	*478,320,05*	
Demais Entrada c Trib.Normal	*11.073,50*	
Entrada de Mercadorias c/substit. Tributária	*268.514,73*	
Saída de Mercadoria Trib.Normal		*364.283,25*
Saída de Mercad.c/Subst. Tributária		*260.332,98*
Estoque Final de Mercadorias Normal em c/Tributação		*185.532,81*
31/12/2009		
Estoque Final de Mercadorias Tribut. em c/Subst.		*48.736,16*
31/12/2009		
Lucro Bruto Apurado com Mercadoria Tributação com	*60.422,51*	

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Normal

Lucro Bruto Apurado com Mercadoria com Substituição 40.554,41

Tributária

3) *"Na planilha descrita acima da Conta de Mercadorias Exercício 2009 quando informamos o valor do Estoque Final das Mercadorias muda completamente o resultado final conforme podemos verificar na folha 10 deste processo faltou a informação do estoque em 31/12/2009 o que vem alterar a informação e reformular todo o relatório da Conta Mercadorias. Para que não venha cometer a bitributação, pois a empresa tinha um Estoque de Mercadoria tributação Normal no valor de R$-185.532,81, e Estoque de Mercadoria Substituição tributaria no valor de R$-48.736,16 como pode atestar na planilha acima. Este fato ocorreu em todos os relatórios na Conta mercadoria no exercício de 2010 que possuía em 31/12/2010 um estoque de mercadoria tributação normal no valor de R$-220.032,58 um estoque de mercadorias substituição tributaria no valor de R$50.230,20, o mesmo principio utilizado em 31/12/2011 ...";*

4) *"... as Notas Fiscais não lançada que esta constando na Conta Mercadoria onde já existe um auto de infração cobrando sobre isto e apresentamos defesa que existe um processo com empresa que vendeu com a nossa inscrição estadual e a mercadoria nunca chegou ao nosso estabelecimento, nem foi feito o pedido das mercadoria pelo nosso estabelecimento.";*

5) que, *"... com relação ao Levantamento Financeiro Exercício 2010/ pagina 14 do processo em discussão constatamos que houve sérios equívocos ao fazer a apuração conforme discriminado abaixo:*

a) Houve empréstimo junto ao Banco do Brasil no valor de R$-186.000,00 que não foi considerado ...";

b) No exercício de 2010 destacamos erros nos valores de compras de mercadorias que encontra-se com valor diferente da realidade, como também outras contas que encontram-se com valores equivocado, conforme comparativo de compras e venda do anexo para constatação.";

6) *"Em relação ao Levantamento Financeiro 2011 ocorreu outras receita proveniente da venda de um imóvel do Sócio Luis Rodrigues de Melo Filho que no primeiro momento foi emprestado a*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

empresa conforme Contrato Mutuo de Empréstimo e Contrato de Compra e Venda do Imóvel anexo no valor de R$-355.000,00 que logo em seguida foi integralizado ao Capital da empresa valores este utilizado para pagamento a fornecedores. Sabemos que o valor de empréstimo muda todo o resultado de qualquer relatório e fere todos os princípios contábeis e legislação vigente desconsiderar, ignorar qualquer tipo de conta, rubrica existente em uma empresa no momento de uma auditoria fiscal contábil ..." e finaliza dizendo que *"Diante dos fatos citado acima esclarecemos que trabalhamos alguns equivoco por amostragem de fundamental importância que altera o relatório tanto o Levantamento Financeiro, como a Conta Mercadoria, e colocamos a disposição toda documentação da empresa no momento que se fizer necessário;"*.

Ainda em suas alegações de recurso, aduz encontrar-se a *"... peça vestibular com vários equívocos...",* e que a fiscalização efetuou a acusação *"... se utilizando de fato inexistentes, decorrente de Omissão de Vendas, desconsiderando com este fato toda uma alguns (sic.) fatos definidores favorável a empresa ferindo todos os princípios e normas da contabilidade e legislação vigente ..."*; foram *"... constatados em relação à fiscalização erros grotesco."*; *"Estes atos, por si só, denunciadores de grosseiros e comprometedores procedimentos praticados pela repartição Fiscal com uma única finalidade de levantar auto, sem se quer verificar alguns papeis de trabalho definidores dos resultados"*; foram *"... tais fatos não ponderados pela auditoria fiscal e assim prejudicando a empresa levando a cometer a bitributação para uma empresa que vem lutando para permanecer no mercado."*; *"... a defendente com suporte nos fundamentos acima, e em harmonia com postulados legais que norteiam as questões em apreciação, entende que o pretório colegiado há de restabelecer a verdade dos fatos..."*; *"... a litigante busca no presente recurso ver restabelecida a VERDADE REAL que determina a reforma das acusações em discussão, objetivando apurar a VERDADE MATERIAL da contenda em apreço ..."*.

Concluindo, declara *"... o convencimento da favorável decisão que confiamos seja tomada pela justiça fiscal administrativa, após analisar as peças que integram o processo, concedendo a esperada anulação do auto de infração..."*, e requer, ao final, *"... SEJA REFORMADA A SETENÇA (sic) prolatada na 1ª instância administrativa – Processo Administrativo nº 0393592013-0, declarando o direito a IMPROCEDENCIA através da anulação do AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00000503/2013-43, e a EXTINÇÃO DA LIDE, por falta de objeto ...".*

Em contra-arrazoado, o autuante afirma que as provas apresentadas permanecem precárias, aduzindo que o Registro de Inventário *(fl.253)* carece de autenticidade e inexiste na base de dados desta SER-PB; que os Contratos de Empréstimos carecem de autenticidade e de prova de sua efetividade quanto à sistemática de sua utilização (demonstrativo caixa/extratos bancários dos ingressos de numerário e pagamentos, imposto de renda etc) e quanto aos equívocos de compras realizadas o contribuinte não apresenta justificativas que refutem os valores escriturados nos livros fiscais.

Seguindo critério regimental previsto, os autos foram, a mim, distribuídos, para análise e decisão.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em análise preliminar, entendendo necessário aferir a regularidade das operações de empréstimos pela empresa no período fiscalizado, de forma a justificar a origem dos recursos utilizados para fazer frente às despesas incorridas, consideradas pelo autuante nos levantamentos da Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro dos exercícios de 2009 a 2011, determinei diligência no sentido de a repartição preparadora intimar o recorrente a apresentar, no prazo de cinco dias, o **Livro Caixa** da empresa, do período de **jan/2009 a dez/2011**, regularmente autenticado pela repartição fiscal de seu domicílio e os **Extratos bancários** dos períodos fiscalizados de **jan/2009 a dez/2011**, consignando a **data e valor** dos lançamentos dos **créditos de R$ 215.000,00**, em 23/5/2011, de **R$ 50.000,00,** em 25/5/2011, e do valor total de **R$ 90.000,00**, creditado em parcelas, em 19/6/2011, 19/7/2011 e 19/8/2011, ref. ao Contrato de Empréstimo Mútuo *(fl.257/258)*, a **data e valor** dos lançamentos oriundos do **crédito fixo** aberto pelo Banco do Brasil (Contrato nº 016.401.488, *fls.267/273*) e a **data e valor** do crédito e respectivo encargo financeiro **efetivamente utilizado** pela empresa no período fiscalizado, oriundo do **crédito rotativo** aberto pelo Banco do Brasil (Contrato nº 016.401.533, *fl.259/266*).

Transcorrido o prazo, o recorrente apresenta resposta declarando que deixou de atender a solicitação sob o argumento de que o fiscal autuante *"...*

apreendeu o livro caixa do Período de Janeiro de 2009 a dezembro de 2011, juntamente com os extratos solicitados, não devolvendo até o presente momento.", sem contudo fazer prova da retenção de livros e/ou documentos pelo autuante, e afirmando que*"... foi até o Banco do Brasil e solicitou os extratos de Janeiro de 2009 até dezembro de 2011, e só estará disponível dia 28 de agosto de 2015, prazo este que supera o ofertado na notificação."*, solicita que seja acolhida a resposta apresentada para o fim de ser oferecido um prazo maior para a juntada dos documentos, como também que se notifique o Auditor Fiscal para que proceda a entrega dos livros Caixas da empresa, conquanto entende necessários ao julgamento do recurso.

É o RELATÓRIO.

V O T O

Os presentes recursos hierárquico e voluntário, decorrem de decisão da autoridade julgadora singular, que entendeu pela redução do crédito tributário lançado na peça basilar, ao reconhecer procedente, em parte, o lançamento de ofício efetuado, acolhendo, como indevida, a parte relativa ao percentual da penalidade excedente a 100% aplicada nos períodos autuados de 2009, 2010 e 2011, por força da alteração de seu valor previsto no art. 82, inciso V, alínea "a", da Lei nº 6.379/96,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

determinado pelo art. 1º, inciso XII, da Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2013, e do inconformismo do contribuinte, refletido nas alegadas razões acima, com a decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o libelo basilar em análise.

Nos autos, observo que o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000503/2013-45, constituindo a peça base do PAT em análise, teve sua lavratura precedida de Termo de Início de Fiscalização *(fl.8/9)*, no qual o contribuinte foi intimado e cientificado, em 19/10/2012, a apresentar no prazo de 72 horas, entre outros, os livros de Registro de Entradas, Saídas, Apuração de ICMS, Inventário, Diário, Razão, Caixa e demais documentos fiscais/contábeis existentes, com base no art. 170, I, da Lei nº

6.379/96, *in verbis:*

"Art. 170. *Mediante intimação escrita são obrigados a prestar aautoridade fiscalizadora todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades próprias ou de terceiros:*

I - os contribuintes e todas as pessoas físicas ou jurídicas que tomarem parte em operações sujeitas a tributação; (...)"

Observo, ainda, constar informação da autoridade fiscal lançadora de que a auditoria que resultou na lavratura da peça exordial foi realizada *"... alicerçando-se em elementos da escrita fiscal do contribuinte,* ***haja vista a não apresentação de escrita contábil****, além de demonstrativos dos sistemas ÁTOMO e ATF da Secretaria deEstado da Receita..."*(grifos nossos), consignando o Auto de Infração duas acusações, para as quais faço mister proceder à análise na forma individualizada adiante descrita.

Preliminarmente, em decorrência do não cumprimento à exigência efetuada em diligência determinada por esta relatoria, e em resposta à solicitação do contribuinte para que *"... seja acolhida a resposta apresentada para o fim de ser oferecido um prazo maior para a juntada dos documentos, como também que se notifique o Auditor Fiscal para que proceda a entrega dos livros caixas da empresa ..."*, indefiro tal solicitação, imprópria em sede de recurso, por entender também inócua e protelatória, tendo em vista não constar, no sistema ATF/Fiscalização desta SER-PB, qualquer registro de pedido de autenticação de Livro Caixa por parte do contribuinte, conforme se comprova por extrato de consulta às fls. 300/304, dos autos, não obstante sua afirmação na peça impugnatória à fl. 245 de que colocaria*"... a disposição toda documentação da empresa no momento que se fizer necessário ..."*, e, chegado o momento, o contribuinte não só deixou de fazê-la, como não trouxe aos autos, a prova da alegada retenção, pelo autuante, de livros e/ou documentos da empresa, consolidando assim a perda de mais uma oportunidade de tentar ilidir o lançamento indiciário consignado na peça basilar.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Isto posto, passo, pois, à análise meritória das referidas acusações.

Acusação 1:

Descrição da Infração: 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 Conta Mercadorias.

Nota Explicativa: EXERCÍCIO 2009 NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS COBRADAS NA CONTA MERCADORIAS (INFRAÇÕES CONCORRENTES).

Com efeito, a primeira acusação é de que o contribuinte, no período de 1º/1/2009 a 31/12/2009, omitiu saídas de mercadorias tributáveis que resultaram na falta de recolhimento do ICMS, tendo o autuante detectado a irregularidade mediante a utilização da técnica de aferição fiscal através do levantamento da Conta Mercadorias, na forma preconizada no art. 643, § 3º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº

18.930/97, *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 mantenha escrituração contábil regular devidamente registrada na Junta Comercial, será exigido o livro Caixa, devidamente autenticado pela repartição fiscal do domicílio do contribuinte, com a escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.”*

A realização de auditoria através da técnica de levantamento da Conta Mercadorias consiste no confronto entre a Receita de Vendas Tributáveis e o Custo das Mercadorias Vendidas, tomando-se os valores dos Estoques Inicial e Final do período fiscalizado, o Total das Entradas e o Total das Saídas das mercadorias, sendo o imposto a ser lançado de ofício calculado com base na diferença verificada, levando-se à convicção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis sem a respectiva emissão de documentos fiscais, conduzindo à desobediência aos artigos 158, I, e 160, I,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

do mesmo Regulamento, na forma abaixo transcrita:

"Art. 158*. Os contribuintes, excetuados os produtoresagropecuários, 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**;*

(...)

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

(...)

§ ***4º*** *Para efeito de aferição da regularidade das operações quantoao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, onde couber, os procedimentos abaixo, dentre outros, cujas repercussões são acolhidas por este Regulamento:*

(...)

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, observado o disposto no inciso III do parágrafo único do art. 24.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

§ ***6º*** *As diferenças verificadas em razão dos procedimentosadotados nos incisos I e II do § 4º deste artigo denunciam irregularidade de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, observado o disposto no parágrafo único do art. 646 deste Regulamento.*

*(...)**”.***

De fato, da análise das alegações recursais contra a primeira acusação, frente aos documentos trazidos aos autos, não há senão que refutá-las, porquanto o contribuinte:

1) apresenta quadro demonstrativo de Conta Mercadorias contendo valor diverso do apurado pela fiscalização, mas não faz prova dos valores que entende corretos a serem lançados para os estoques inicial e final do exercício de 2009, bem como não faz prova das efetivas despesas financeiras naquele exercício;

2) alega ter existido estoques inicial e final no exercício de 2009, contudo, o Registro de Inventário apresentado às fls. 253/256 não constitui livro hábil a provar o alegado, porquanto encontra-se desprovido das exigidas formalidades extrínsecas (termos de abertura e encerramento, autenticação pela repartição fiscal, assinatura de contabilista habilitado, etc.) e intrínsecas (individualização, clareza e cronologia dos lançamentos, etc.);

3) afirma que as Notas Fiscais não lançadas e cobradas na Conta Mercadorias já constam em auto de infração anteriormente lavrado, pelo que julgo improcedente a alegação em razão de o resultado da consulta ao sistema ATF, desta SER-PB, evidenciar a existência do Auto de Infração nº 93300008.09.00000505/2013-34 (Processo nº 0401192013-4) compreendendo exclusivamente o lançamento de multa acessória por falta de lançamento das referidas notas fiscais nos livros fiscais da empresa, lançamento esse diverso do consignado na peça basilar em análise, o qual compreende o imposto e a multa por infração decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido;

Diante de tais fatos, analisada a aplicação dos dispositivos legais acima citados, conclui-se correto o procedimento adotado pela fiscalização para o exercício de 2009 *(fl.10)*, quando fez aplicar a Margem de Valor Agregado (MVA) de 30% (trinta por cento) ao custo das mercadorias vendidas, por ocasião do levantamento da Conta Mercadorias, bem como quando fez computar, para efeito de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

apuração do valor total das omissões de vendas no período, o valor total das Notas Fiscais de Entradas não lançadas na escrita fiscal, por caracterizar procedimento fiscal concorrente com a cobrança, à parte, do crédito tributário oriundo da falta de lançamento de notas fiscais nos livro fiscais correspondentes, tendo o fiscal autuante encontrado diferença tributável, representativa de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cujo resultado chancelo, como devido, o ICMS no valor de R$ 46.227,82 lançado como crédito tributário no exercício de 2009, corroborando com a decisão singular.

Acusação 2:

Descrição da Infração: 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 esta detectada através de Levantamento Financeiro.

Nota Explicativa: EXERCÍCIOS 2010 e 2011 NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS COBRADAS NO LEVANTAMENTO FINANCEIRO (INFRAÇÕES CONCORRENTES).

A segunda e última acusação é de que o contribuinte, no período de 1º/1/2010 a 31/12/2011, omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, irregularidade evidenciada a partir de pagamentos efetuados em valores superiores às receitas auferidas pela empresa e detectada através de Levantamento Financeiro.

Inicialmente, importante destacar que o Levantamento Financeiro constitui procedimento de aferição fiscal, previsto 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. Assim, 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 prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo a prova da improcedência da presunção ao sujeito passivo, nos termos abaixo transcrito:

"***Art. 643.*** *.....*

(...)

I - a elaboração de Demonstrativo Financeiro, através do qual deverão ser evidenciadas todas as

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

receitas e despesas, bem como considerada a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e no final do período fiscalizado;

(...)

***Art. 646**. Autorizam a presunção de omissão de saídas demercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis 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, 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."

Neste contexto, ocorrendo a hipótese aventada, dá-se a presunção legal de que o *déficit* encontrado teve origem nas vendas pretéritas omitidas, inferindo-se que foram auferidas receitas que ficaram à margem do faturamento oficial do estabelecimento e posteriormente levadas para liquidação das despesas efetuadas sem lastro financeiro.

In casu, aplicada a técnica de Levantamento Financeiro aos exercícios 2010 e 2011 *(fls.14/15)*, a fiscalização constatou a ocorrência de desembolsos superiores às receitas declaradas pelo estabelecimento naqueles períodos, que resultaram na apuração e lançamento do crédito tributário de ICMS no valor de R$ 199.704,06 para o exercício de 2010, e de R$ 352.195,82 para o exercício de 2011.

Da análise dos argumentos de recurso contra a segunda acusação posta na exordial, frente aos documentos trazidos aos autos, observo, também, que devo refutar tais alegações, em razão do contribuinte:

1) alegar *"... ter sido trocado o documento com a da filial ..."*, mas não faz prova dos documentos que alega terem sido objeto de troca;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2) afirmar a ocorrência de erro no Levantamento Financeiro do exercício de 2010, argumentando não haver sido considerado o empréstimo contraído pela empresa junto ao Banco do Brasil, bem como de erro nos valores das compras e outras contas lançadas naquele levantamento, todavia não faz provar, através de registro em Livro Caixa regularmente autenticado em sua repartição fiscal, da efetiva entrada, na empresa, dos recursos oriundos do empréstimo, nem da existência de erro nos valores das compras e outras contas consideradas no referido levantamento. Neste item, diversamente do que afirma, o contribuinte fez anexar cópias de contratos junto ao Banco do Brasil que totalizam R$ 139.000,00 *(fls.259/273)*, e não R$ 186.000,00, sendo R$ 40.000,00 de crédito rotativo (e não de empréstimo) e R$ 99.000,00 de empréstimo para capital de giro, contratos esses que, além de constarem assinados unicamente pelo sócio-administrador da empresa. Sr. Luiz Rodrigues de Melo Filho, não constam comprovados em lançamentos em Livro Caixa e em extratos bancários os valores dos empréstimos efetivamente creditados em conta e aqueles efetivamente utilizados do crédito rotativo pelo contribuinte;

3) afirmar a ocorrência de erro no Levantamento Financeiro do exercício de 2011, argumentando não haver sido considerado o empréstimo contraído pela empresa no valor de R$ 355.000,00 junto ao seu sócio-administrador, cuja origem dos recursos decorrera da alienação de direitos deste com terceiros, conforme cópia de Contrato Particular de Cessão de Promessa de Compra e Venda Já Quitada, Irretratável e Irrevogável *(fls.249/251)*, contudo, mais uma vez, não traz prova de registro do lançamento do referido empréstimo como entrada de recursos no Livro Caixa, ou sua integralização no Capital Social da empresa, se foi o caso. Observo, ainda, apresentar-se confuso e eivado de vícios o contrato de empréstimo mútuo *(fls. 257/258)* no valor de R$ 355.000,00 firmado pelo sócio-administrador com a empresa há nove anos, antes mesmo da data de sua abertura em 30/4/2009 *(fl.291)*, cuja cópia se apresenta sem autenticação e registro em Cartório, no qual o sócio-administrador se compromete a colocar à disposição da empresa, naquele momento (19/7/2006), o referido empréstimo, ao tempo em que fixa a entrega dos valores para cinco anos após a data de sua firmatura, de forma parcelada, consignando a entrega da terceira parcela à mutuária no valor de R$ 90.000,00 em três cheques para os dias 19/7/2011, 19/8/2011 e 19/9/2011, sem contudo fixar os valores de cada cheque;

4) não trazer, aos autos, os extratos bancários do período de jan/2009 a dez/2011, solicitados por via postal, em 17/8/15 *(fl.292)*.

Todavia, há de se realizar ajuste no exercício de 2010 em razão da fiscalização, na apuração da base de cálculo do imposto devido naquele exercício, não haver deduzido, do valor total da “omissão de vendas” apurada no Levantamento Financeiro, o valor correspondente ao prejuízo bruto apurado nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas apontado no Levantamento da Conta Mercadorias *(fl.7)* naquele exercício, porquanto indevida a tributação de tais operações por já ter sido o ICMS pago por antecipação, ou legalmente afastada sua cobrança por isenção ou não incidência, afinal, a presunção que se instaura sobre a diferença apurada no Levantamento Financeiro há que se reportar tão somente à omissão de saídas tributáveis, nos termos do art. 646, parágrafo único, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte de Julgamento, quando da análise de questão

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

semelhante cujo Acórdão abaixo transcrevo:

“RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OPERAÇÕES ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁDAS. PARCIALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

A denúncia de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais constatadas mediante levantamento financeiro suscita alteração no valor do crédito tributário correspondente, frente à constatação de que uma parte dessas saídas compreenderam mercadorias não tributáveis ou sujeitas ao regime de pagamento por substituição tributária, impondo, dessa forma, a dedução do valor das operações apontadas no Levantamento da Conta Mercadorias com mercadorias não tributáveis ou com substituição tributária da diferença tributável apurada no Demonstrativo Financeiro. Reforma da decisão recorrida.” (Acórdão nº 318/2013, D.O.E. de 11/10/2013, Rel. Consº João Lincoln Diniz Borges)

Em face de tal ajuste, a apuração do valor do ICMS devido e lançado para o exercício de 2010, compreende os seguintes valores:

Exercício de 2010:

“Omissões de Vendas” apurada ..... R$
no Levantamento Financeiro

1.174.729,74

Prejuízo Bruto Apurado na Conta
Mercadorias c/ mercadorias

sujeitas a substituição tributária, ... (-) R$
isentas e/ou não tributadas

29.563,45

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

.....Difer R$
ençaTributável

1.145.166,29

ICMS Devido R$
17%
.....
.....

194.678,27

Por fim, ressalto que o ato administrativo de constituição de crédito tributário através de Auto de Infração goza de presunção *juris tantum*, passível de ser desconstituído diante de sólidos argumentos provados através de documentos que, no presente caso, foi oportunidade perdida pelo contribuinte, em função da documentação acostada não fazer prova capaz de afastar a liquidez e certeza relativas do crédito tributário.

Ademais, resta a apreciação e a análise sobre as penalidades consignadas na peça basilar.

Quanto às multas aplicadas, devo declarar a impossibilidade de se discorrer sobre o enfatizado caráter confiscatório alegado pelo contribuinte, porquanto esta Corte de Justiça Fiscal Administrativa, por determinação legal, limita-se a apreciar e julgar, nos contenciosos administrativos tributários, tão somente a legalidade do lançamento efetuado, não se incluindo no âmbito de sua competência a declaração de inconstitucionalidade de lei ou regulamento, nos termos do art. 55, inciso I, da Lei nº 10.094/2013.

Nesse aspecto, com a edição da Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2013, data posterior à lavratura do auto de infração, o art. 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, passou a vigorar com a redação, com efeito legal a partir de 1.9.2013, nos seguintes termos:

“Art. 82*. As multas para as quais se adotará o critério referido noinciso II, do art. 80, serão as seguintes:*

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

V - de 100% (cem por cento):

(...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de

mercadoria ou de prestação serviço, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive, a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;"(grifos nossos)

Por sua vez, a Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, arts.

105 e 106, inciso II, assim determinam:

*"**Art. 105**. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.*

***Art. 106**. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: (...)

c) ***quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática****."(grifos nossos)*

Assim, nos termos dos referidos dispositivos legais, cabível se torna a redução das multas aplicadas em todos os períodos consignados no lançamento indiciário, de forma que a mesma deve ser no percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido em cada período autuado, passando a configurar a composição do crédito tributário, lançado no libelo acusatório, na seguinte forma:

Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000503/2013-45

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

em R$ Valores

	CRÉDITO TRIBUTÁRIO		VALORES EXCLUÍDOS		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
Período	LANÇADO						
	ICMS	Multa	ICMS	Multa	ICMS	Multa	Total
01/01/2009							
a	46.227,82	92.455,64-		46.227,82	46.227,82	46.227,82	92.455,64

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

31/12/2009							
01/01/2010							
a 30/06/2010	199.704,06	399.408,02	15.025,79	199.704,06	194.678,27	194.678,27	389.356,54
01/01/2011							
a 31/12/2011	352.195,82	704.391,64	-0	352.195,82	352.195,82	352.195,82	704.391,64
TOTAL	598.127,70	1.196.255,40	15.025,79	598.127,70	**593.101,91**	**593.101,91**	**1.186.203,82**

Pelas razões acima descritas, relativamente ao ICMS, procedente é a denúncia sobre as omissões de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas através da técnica de aferição fiscal CONTA MERCADORIAS, no exercício 2009, e parcialmente procedente aquelas detectadas através LEVANTAMENTO FINANCEIRO, nos exercícios 2010 e 2011, relacionadas na peça exordial, cujas mercadorias não foram faturadas pelo contribuinte, materializando a presunção legal de omissão de vendas, todavia, indevida a parte da penalidade excedente ao percentual de 100% (cem por cento),

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

aplicada sobre o valor do imposto lançado em cada período consignado na peça basilar.

Pelo exposto,

VOTO- pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, edo Recurso Voluntário, por regular e tempestivo, e, no mérito, pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro e **PARCIAL PROVIMENTO** do segundo, para alterar quanto aos valores a decisão singular que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE,** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000503/2013-45** *(fl.5),* lavrado em 17/04/2013, contra o contribuinte **LAF COMÉRCIO ATACADISTA DE ESTIVA LTDA.**, CCICMS nº 16.161.785-9, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de **R$ 1.186.203,82 (um milhão, cento e oitenta e seis mil e duzentos e três reais e oitenta e dois centavos)**, sendo **R$ 593.101,91 (quinhentos e noventa e três mil, cento e um reais e noventa e um centavos)** de ICMS, por infração aos artigos 158, I,160, I, c/c os artigos 643, § 4º, II, e 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R$ 593.101,91 (quinhentos e noventa e três mil, cento e um reais e noventa e um centavos)** de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alínea“a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008/2013, publicada no D.O.E., em 8/6/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de **R$ 603.153,49 (seiscentos e três mil, cento e cinquenta e três reais e quarenta e nove centavos)**, a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima citadas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de setembro de 2015.

ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO
Conselheiro Relator

Phoca PDF