



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

Processo nº 005.677.2013-6

Recurso HIE/CRF-730/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Recorrida: JOSINALDO MADRUGA DE CARVALHO.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE MAMANGUAPE.

Autuante: LUIZ ANSELMO DA SILVA SEABRA.

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO EFETUADO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO E CONTA MERCADORIAS. IMPROCEDÊNCIA. CARTÃO DE CRÉDITO, NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O fato de estar a Nota Fiscal em nome de determinado adquirente produz os efeitos de lhe transmitir o ônus da prova negativa de aquisição. Estando o referido documento não registrado no livro Registro de Entradas do destinatário, deflagra a presunção de omissão de vendas, onde a exclusão de infringência somente se opera mediante prova inequívoca da não aquisição por parte do defendente de que não adquiriu as respectivas mercadorias. Reconhecimento da denúncia com recolhimento efetuado.

Improcedência das acusações lastradas por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias e do Levantamento Financeiro, diante de arbitramento indevido de valores das entradas por compras de mercadorias provocando incerteza e iliquidez de seu resultado.

Comprovou-se a iliquidez da exação fiscal calcada na acusação de omissão de vendas derivada das operações com cartão de crédito e débito, por configurar outra infração não denunciada na lide, o que caracteriza erro na natureza da infração, resultando em nulidade por vício formal, permitindo, no caso em apreço, sua correção por meio de um novo procedimento fiscal.

Redução da multa em decorrência da Lei 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, mantendo a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento 93300008.09.0000099/2013-00, lavrado em 22/1/2013, contra a empresa JOSINALDO MADRUGA DE CARVALHO, inscrição estadual nº 16.160.919-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 272,00(duzentos e setenta e dois reais), sendo R\$ 136,00(cento e trinta e seis reais) de ICMS por infringência aos artigos 158, c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 136,00 (cento e trinta e seis reais) de multa por infração principal, nos

termos do art. 82, V, alínea “f”, da Lei nº 6.379/96.

Por oportuno, mantenho cancelada, por indevida, a importância de R\$ 438.358,50(quatrocentos e trinta e oito mil, trezentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 148.649,95(cento e quarenta e oito mil, seiscentos e quarenta e nove reais e noventa e cinco centavos) de ICMS e R\$ 289.708,55(duzentos e oitenta e nove mil, setecentos e oito reais e cinquenta e cinco centavos) de multa por infração em razões das fundamentações apresentadas.

Urge ressaltar que do montante devido acima, o contribuinte efetuou o recolhimento de ICMS, com correspondente valor de multa por infração, conforme se depreende de cópia anexa às fls. 174 dos autos.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PETÔNIO RODRIGUES LIMA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, diante da decisão proferida em primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000099/2013-00, lavrado em 22/1/2013, (fls.3), em razão das seguintes irregularidades:

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

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

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

- OMISSÃO DE VENDAS – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Em decorrência das acusações, por infringência aos art. 158, I, 160, I, c/c art. 646, c/ fulcro art. 643, § 4º, II, c/ fulcro art. 643, § 4º, II, todos do RICMS, aprovado pelo decreto 18.930/97, e artigos 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou artigos 82 e 84 da Res. CGSN n.º 094/2011, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor total de R\$ 148.785,95 (cento e quarenta e oito mil, setecentos e oitenta e cinco reais e noventa e cinco centavos) e R\$ 289.844,55 (duzentos e oitenta e nove mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96 e art. 16, II, da Res. do CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II, da Res. CGSN nº 094/2011, perfazendo o crédito tributário de R\$ 438.630,50 (quatrocentos e trinta e oito mil, seiscentos e trinta reais e cinquenta centavos).

(Instruem os autos: fls. 5/148) – ordem de serviço normal, termo de início de fiscalização, demonstrativo da conta mercadorias, demonstrativo do levantamento financeiro, demonstrativo de notas fiscais não registradas, demonstrativo e extrato do simples nacional, cópia dos livros fiscais, termo de encerramento de fiscalização.

Cientificada, de forma pessoal, em 6/2/2013, (fls. 4), a autuada veio tempestivamente aos autos. Em suas razões defensuais, aduz que os seguintes pontos:

- que, em relação à acusação de omissão de saídas detectada através da Conta Mercadorias nos exercícios de 2009, 2010 e 2011 e no tocante ao Levantamento Financeiro do exercício de 2012, a fiscalização elaborou os demonstrativos com base no arbitramento dos valores, sem base em qualquer documentação do contribuinte;

- que, em relação às omissões de venda de outubro e dezembro de 2009 e de fevereiro, março, setembro e dezembro de 2010, apuradas no confronto de vendas de cartão de crédito verificaria o que se denomina de “bis in idem” por se tratar de mesmo fato gerador incluído nas omissões relativa ao levantamento da Conta Mercadorias;

Por fim, requer que seja declarado improcedente o auto de infração, com exceção da exigência sobre a Nota Fiscal de nº 0727, tida como não lançada, em que a autuada reconhece a procedência da acusação, e cujo pagamento do ICMS foi realizado, conforme DAR posto às fls. 174 dos autos.

Contestando os argumentos defensuais, o autuante compareceu às fls. 177 dos autos, informando que não acata as alegações da reclamante, solicitando a procedência das acusações fiscais.

Após a prestação de informação sobre a inexistência de antecedentes fiscais e com conclusão dos autos (fls. 178), estes foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais com distribuição ao julgador singular, Petrônio Rodrigues Lima, que ao analisar as provas materiais acostadas, decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA fundamentando sua decisão conforme explicitado abaixo:

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. MATÉRIA NÃO LITIGIOSA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONTA MERCADORIAS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ILÍQUIDO E INCERTO. INFRAÇÕES DESCARACTERIZADAS. DENÚNCIA POR MEIO DA OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO NÃO EVIDENCIADA. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE.

O reconhecimento da acusação de falta de lançamento de nota fiscal de aquisição por parte da autuada, aliado ao pagamento do crédito tributário exigido, fundamentou a procedência da infração.

Restando comprovado que as Contas Mercadorias e os Levantamentos Financeiros foram lastreados com arbitramentos das compras de mercadorias pelo autor do feito fiscal, sem amparo legal, ensejou a fragilidade das acusações, tornando os créditos tributários veiculados ilíquidos e incertos.

Erro da natureza da infração na peça acusatória, por omissão de vendas por meio da operação cartão de crédito/débito, conduz a sua nulidade por vício formal, sem prejuízo na realização de um novo procedimento fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Com os ajustes efetuados, o crédito tributário foi reduzido ao montante de R\$ 272,00, sendo R\$ 136,00, de ICMS, e R\$ 136,00, de multa por infração.

Cientificada por Aviso Postal, em 22/8/2014, através da Notificação nº 00083473/2014, o contribuinte não se manifestou nos autos.

Remetidos a esta Corte Julgadora, foram os autos distribuídos a esta relatoria para devida apreciação e julgamento.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A presente querela teve a devida análise meritória proferida pelo douto julgador singular que de forma prudente e imparcial motivou sua sentença pela parcialidade do crédito tributário original.

Em face de não existir recurso voluntário impõe-se apreciar as razões meritórias e motivadoras da decisão proferida pela instância “**a quo**”, onde separo 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.

Acusação 1:

FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. EXERCÍCIOS DE 2010:

A acusação decorre da falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada e tem por fundamento a presunção ***juris tantum***, que admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte, de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimindo 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**, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).

Dessa maneira, são afrontados os arts. 158, I, e 160, I, do supracitado regulamento, *in verbis*:

"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".

A materialidade da infração foi confirmada pela autuada que reconheceu a irregularidade fiscal, antes da decisão singular proferida, situação esta devidamente comprovada no relatório analítico de situação dos débitos fiscais emitidos pela Gerência de Arrecadação, abaixo transcrito, dando por encerrado qualquer questionamento meritório desta irregularidade, face ao pagamento do crédito tributário pelo contribuinte, conforme DAR posto as fls. 174 dos autos, senão vejamos:

Nosso Número	Parcela	Referência	Principal	Infração	Pago	Sit. Débito	O
3005554090	8	12/2010	136,00	272,00	232,41	QUITADO	E E

Por estas razões, ratificamos a decisão de procedência sobre esta acusação.

Acusações 2 e 3:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS NOS EXERCÍCIOS DE 2009, 2010 E 2011 - DEMONSTRATIVO FINANCEIRO NO EXERCÍCIO DE 2012:

Para as acusações acima citadas, notável e largo é o conhecimento entre os que labutam nos ramos do direito tributário e da contabilidade que a técnica fiscal do Levantamento Financeiro, conjuntamente com a da Conta Mercadorias constituem-se em procedimentos de fiscalização, onde, na primeira detecção fiscal, temos o confronto das entradas e saídas de recursos financeiros com vista a atender as necessidades de operacionalização de qualquer empresa, seja do ramo comercial, industrial ou de serviços.

No caso, constatado pagamentos acima dos recebimentos num determinado período, estará caracterizada diferença tributável passível da aplicação da alíquota interna para efeito de cobrança do imposto devido, conforme previsto no parágrafo único do artigo 646 do RICMS, acima citado.

No caso da conta mercadorias, o levantamento tem o condão de verificar se o contribuinte de fato atendeu a legislação do ICMS em vigor e apurou lucro bruto com mercadorias tributáveis em percentual mínimo de 30%, caso em que, não ocorrendo, vai refletir na falta de recolhimento do ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Todos esses levantamentos devem ser apurados mediante exame da escrita fiscal, diante da ausência de escrituração contábil regular, na forma do artigo 643^[1], do RICMS/PB, e seus parágrafos, não se admitindo arbitramento dos valores que compõem os citados levantamentos, salvo por determinação legal, como nas vendas previstas no citado dispositivo normativo, em seu inciso II do §4º^[2], referente à Conta Mercadorias.

Neste sentido, prudente foi a análise efetuada pelo julgador singular ao observar que a fiscalização apurou os levantamentos financeiros e a contas mercadorias com elementos sem comprovação documental de origem relativo às entradas de mercadorias, tendo em vista que a fiscalização arbitrou os valores das compras em valores iguais aos das vendas declaradas, sem critério justificável, o que compromete a liquidez e certeza do crédito tributário veiculado.

Diante da falta de comprovação das compras de mercadorias e de seus pagamentos, caberia ao auditor fiscal autuante proceder à fiscalização com o uso de outra técnica de auditoria, como, por exemplo, o Levantamento Quantitativo.

In casu, o autor da ação fiscal não poderia ter apurado a Conta Mercadorias e o Levantamento Financeiro, arbitrando elementos carentes de escrituração e documentos fiscais, comprometendo o procedimento de auditoria adotado.

Portanto, resta ratificar a decisão de improcedência das denúncias de omissões de saídas de mercadorias tributáveis por meio Levantamento Financeiro do exercício de 2012, e através da Conta Mercadorias dos períodos de 2009 a 2011, diante da constatação de incerteza e iliquidez do crédito

tributário veiculado.

Acusação 4:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CARTÃO DE CRÉDITO. EXERCÍCIOS DE 2009 E 2010:

No que se refere a esta acusação verificamos uma delação de omissão de vendas de mercadorias tributáveis, decorrentes de o contribuinte ter declarado valores de suas vendas inferiores às informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, nos termos do art. 646, V, do RICMS/PB, senão vejamos:

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

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

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

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

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

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

No entanto, se infere dos autos é que os valores denunciados tratam, na verdade, de outra situação infracional, decorrente da existência de Notas Fiscais de Saída não declaradas nas GIM's em conformidade com as planilhas demonstradas às fls. 29 e 56 dos autos, cuja situação é exógena ao campo da acusação em tela, fato que levou a decretação de nulidade por erro na determinação da natureza da infração.

Assim, temos que a acusação inserta na exordial de "Omissão de Vendas" por divergência nas operações com cartão de crédito e débito não se encontra em consonância com as provas contidas nos autos, situação que se coaduna com hipótese de erro na descrição da natureza da infração, cabendo sua nulidade, diante do vício formal insanável, em consonância com o artigo 17 da Lei nº 10.094/13.

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. (g. n.)

Em face desta prudente interpretação, não nos resta alternativa senão comungar com a decisão de nulidade, por vício formal, ficando ressalvada a realização de novo feito fiscal, com a descrição correta da natureza da infração.

Por fim, necessário ratificar a redução da multa, diante das alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13) que passou a vigor seus efeitos a partir de 01/09/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício passam regidas pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN, com redução de 50% do valor original lançado ao tempo da prática do ato delituoso.

Diante destas considerações, arrimada na legislação de regência e nas considerações de cunho legal, esta Relatoria mantém o mérito da decisão firmada na sentença recorrida, dando como líquido e certo o crédito tributário na forma sentenciada pela GEJUP.

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento 93300008.09.0000099/2013-00, lavrado em 22/1/2013, contra a empresa JOSINALDO MADRUGA DE CARVALHO, inscrição estadual nº 16.160.919-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 272,00(duzentos e setenta e dois reais), sendo R\$ 136,00(cento e trinta e seis reais) de ICMS por infringência aos artigos 158, c/c 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 136,00 (cento e trinta e seis reais) de multa por infração principal, nos termos do art. 82, V, alínea "f", da Lei nº 6.379/96.

Por oportuno, mantenho cancelada, por indevida, a importância de R\$ 438.358,50(quatrocentos e trinta e oito mil, trezentos e cinquenta e oito reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 148.649,95(cento e quarenta e oito mil, seiscentos e quarenta e nove reais e noventa e cinco centavos) de ICMS e R\$ 289.708,55(duzentos e oitenta e nove mil, setecentos e oito reais e cinquenta e cinco centavos) de multa por infração em razões das fundamentações apresentadas.

Urge ressaltar que do montante devido acima, o contribuinte efetuou o recolhimento de ICMS, com correspondente valor de multa por infração, conforme se depreende de cópia anexa às fls. 174 dos autos.

Sala das

Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2016.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro