



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 082.100.2012-9

RECURSO HIE/CRF Nº 672/2014

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Recorrida:MARISETTE BRANDÃO DE SOUZA ME

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante:RONALDO COSTA BARROCA

Relatora:CONS.^a DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OMISSÃO DE VENDAS REALIZADAS EM OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. PREVALÊNCIA DO LANÇAMENTO DE MAIOR MONTA. AJUSTES REALIZADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Nos autos, a comprovação da falta de lançamento de notas fiscais e do movimento de vendas promovidas por ECF nos livros próprios, bem como de falta de recolhimento do ICMS e de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através das técnicas de Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro e omissão de vendas declaradas em valores inferiores àqueles informados por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e débito, não ilididas pelo contribuinte, que se manteve revel, confirma a acusação amparada na presunção “juris tantum” de aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. Não cabe exigir imposto de empresa do Simples Nacional sob o fundamento de falta de lançamento no Livro Registro de Saídas, cuja obrigatoriedade não alcança as empresas enquadradas no regime simplificado de tributação. Configuram-se concorrentes as infrações de falta de recolhimento do ICMS decorrentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis quando, relativas a um mesmo período, tenham sido apuradas simultaneamente pela técnica de aferição fiscal Levantamento Financeiro ou Conta Mercadorias e pela diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, prevalecendo aquela de maior repercussão tributária. Ajustes realizados, em razão de equívoco na digitação de valor consignado em prova trazida aos autos pelo autuante, fez alterar quanto aos valores a decisão singular. Confirmada a redução da penalidade por força da alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros da **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para alterar quanto aos valores a decisão singular que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001522/2012-08 (fls.3/4), lavrado em 19/7/2012, contra o contribuinte MARISETE BRANDÃO DE SOUZA ME., CCICMS nº 16.095.449-5, qualificado nos autos, condenando-o ao recolhimento do crédito tributário no montante de R\$ 94.384,12 (noventa e quatro mil, trezentos e oitenta e quatro reais e doze centavos), sendo R\$ 47.372,93 (quarenta e sete mil, trezentos e setenta e dois reais e noventa e três centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c o art. 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 47.011,19 (quarenta e sete mil, onze reais e dezenove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 107.193,86 (cento e sete mil, cento e noventa e três reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ 20.060,89 (vinte mil, sessenta reais e oitenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 87.132,97 (oitenta e sete mil, cento e trinta e dois reais e noventa e sete centavos), de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

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

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de março de 2017.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DOMÊNICA CUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o presente recurso hierárquico, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, em razão da decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001522/2012-08, lavrado em 19/7/2012, fls.3/4, no qual o contribuinte é acusado da(s) seguinte(s) irregularidade(s) e/ou infração(ões):

“Descrição da Infração

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

“Descrição da Infração

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

Nota Explicativa

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE LANÇAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS VENDAS PROMOVIDAS POR ECF, EM DESACORDO COM ARTIGOS 364 § 1º E ARTIGO 366 DO RICMS/PB APROVADO DEC. 18.930/97”

“Descrição da Infração

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional, não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS-Simples Nacional Fronteira (1124)”

“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.”

“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.”

“Descrição da Infração

OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte 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.”

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao art. 106, I, “g”, 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, c/c art. 13, §1º, XIII, alíneas “g” e “h”, da LC nº 123/2006, com exigência de ICMS no valor de R\$ 67.433,82, sendo proposta aplicação de multa por infração no valor de R\$ 134.144,16, com fulcro no art. 82, II, “e”, e V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, totalizando o crédito tributário no valor de R\$ 201.577,98.

Instrui os autos, documentos de fls. 5 a 119.

Regularmente cientificado da peça vestibular, em 24/7/2012, AR nº RO 612932969 anexo à fl.3, o autuado não apresentou reclamação, sendo lavrado Termo de Revelia, em 28/8/2012, fl.78, e, encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, foram os autos distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que exarou sentença (fls.85/91) pela *parcial procedência*, nos termos da ementa abaixo:

“REVELIA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONTA MERCADORIAS E NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. SUCUMBÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR INFRAÇÕES CONCORRENTES.

Quem se mantém em estado de revelia, assume o ônus da acusação que lhe é imposta. Dormientibus non succurrit jus.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE”

Na instância monocrática, cuja decisão reconheceu parcialmente procedente o lançamento indiciário, fixando-o no valor total de R\$ 126.339,70, sendo R\$ 63.350,72 de ICMS, e R\$ 62.988,98 de multa por infração, o julgador singular recorreu de ofício, em face da redução do crédito tributário na parte do imposto e da penalidade proposta pelo autuante, por força da Lei nº 10.008/2013.

Cientificado da sentença singular pelo Edital nº 031/2014, em 24/7/2012, publicado no D.O.E. em 16/5/2014, o autuado não compareceu ao autos, sendo estes encaminhados a esta Corte Fiscal e, seguindo critério regimental previsto, a mim distribuídos, para análise e decisão.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso hierárquico decorre da decisão da autoridade julgadora singular pela redução do crédito tributário lançado, por constatar a existência de infrações concorrentes e por força da redução do valor da multa prevista no art. 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, determinada pelo art. 1º, inciso XII, da Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2013.

Observo que a peça basilar preenche os requisitos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, estando preenchidos todos os requisitos necessários à sua lavratura, conforme os ditames do art. 692 do RICMS/PB, e determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator, conforme art. 105, § 1º, da Lei nº 6.379/96.

Preliminarmente, como medida delineadora para a análise dos, cabe atestar que a recorrente se apresentou, durante todo o período objeto da ação fiscal – 1º/1/2007 a 31/12/2011 -, enquadrada sob o regime de apuração do ICMS pelo PARAIBASIM (23/8/2006 a 30/6/2007), como Microempresa, previsto no Decreto nº 24.431/2003, e pelo regime de apuração pelo Simples Nacional (1º/7/2007 a 31/12/2011), de que trata a Lei Complementar nº 123/2006, conforme consulta ao sistema ATF/Cadastro, desta SER-PB.

Face a inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar as razões motivadoras da decisão proferida pela instância a quo, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões em que se pretende fundamentar a decisão deste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais acerca do recurso hierárquico em análise, pelo que passo a fazê-la adiante.

PRIMEIRA ACUSAÇÃO

“FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS”

Nos autos, à exceção das NF 058256 e 000209, nos valores de R\$ 591,70 e R\$ 575,90, respectivamente, cujas cópias não foram trazidas como prova da acusação pelo autuante, constato a existência de prova inequívoca da falta de lançamento, nos livros fiscais do contribuinte, das demais notas fiscais relacionadas à fl.41, a que se refere o lançamento consignado no libelo acusatório, de forma a assegurar a presunção juris tantum – que admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte - de que a referida aquisição se deu 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, suprimimento 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". (grifos nossos)

Antes de tratar-se de questão de prova a cargo do contribuinte acusado, visto que o fato relatado no libelo acusatório tem suporte em presunção relativa da sua ocorrência, cabe à fiscalização a apresentação de prova de uma acusação fiscal consistente, de modo a viabilizar a certeza e a liquidez do crédito tributário lançado.

A base do processo lógico que ampara a tese da acusação em análise repousa em fato conhecido ou fato-base - compra(s) de mercadoria(s) -, cujo(s) lançamento(s) se omite e que caracteriza(m) despesa(s) não contabilizada(s), para encobrir receita(s) igualmente omitidas porque advinda(s) de saídas pretéritas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais - fato presumido que tem relação direta com o fato conhecido ou fato-base.

Constitui meio bastante de comprovação de operação interestadual de aquisição de mercadoria a cópia da respectiva nota fiscal, enquanto para as aquisições internas as informações de terceiros constantes nas bases de dados do sistema ATF/Declarações, desta SER-PB.

No caso em análise, constata-se, às fls. 44 a 76 dos autos, cópias dos documentos que amparam a acusação, bem como, em consulta ao sistema ATF/Declarações, fls. 101 a 119, extrato das notas fiscais de entrada declaradas pelo contribuinte, como comprovação do fato-base, uma vez que a(s) referida(s) nota(s) fiscal(is) não consta(m) declarada(s) pelo contribuinte no período, por ter ele deixado de lançá-la(s) em seu Registro de Entradas, confirmando o fato presumido em que se funda a acusação.

Oportuno registrar que a presunção que resultou no lançamento indiciário é a de omissão de saídas pretéritas em etapa anterior, cujo resultado econômico serviu de esteio para custear a(s) aquisição(ões) cuja(s) entrada(s) não foi(ram) registrada(s), ou seja, presunção de saídas pretéritas ao pagamento da(s) referida(s) nota(s) fiscal(is), daí porque irrelevante para a consideração da procedência da autuação o fato de tal(is) aquisição(ões) se referir(em) ou não a mercadoria(s) tributável(is), isenta(s) ou não tributável(is) ou, ainda, sujeita(s) ao regime de substituição tributária do imposto, posto que o que importa é que, havendo nota(s) fiscal(is) não lançada(s), autorizada está a presunção de que houve omissão de saída(s) pretérita(s) de mercadoria(s) tributável(eis).

Todavia, observo nos autos, que há concorrência das infrações por falta de lançamento de nota fiscal de aquisição nos livros próprios nos períodos de 10 a 31/3/2008, 1º a 30/4/2008, 1º a 31/5/2008, 1º a 30/6/2008, 1º a 30/9/2008 e 1º a 31/12/2008, nos quais se apurou o crédito tributário de ICMS no valor total de R\$ 1.103,61, e no período de 1º a 31/5/2009, no qual se apurou o crédito tributário no valor de R\$ 149,60, com as infrações de omissão de vendas por cartão de crédito e débito no período de 1º/1/2008 a 31/12/2008, no qual se apurou crédito tributário de ICMS no valor total de R\$ 33.183,37, e no período de 1º a 31/5/2009, em que se apurou o crédito tributário no valor de R\$ 3.057,79, devendo prevalecer aquelas de maior monta para os respectivos períodos, conforme fundamentação adiante exposta na análise da sexta acusação.

SEGUNDA ACUSAÇÃO

“FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS”

A acusação de falta de recolhimento do ICMS, com base na falta de lançamento, no Livro Registro de Saídas, dos valores das vendas efetuadas pelo contribuinte através de ECF – Emissor de Cupom Fiscal, no período de 1º/1/2011 a 31/1/2011, reputo improcedente.

As empresas do Simples Nacional não se encontram obrigadas à escrituração do Livro Registro de Saídas, ex-vi do art. 8º do Decreto nº 28.576/2007, que assim determina:

“Art. 8º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional adotará, para os registros e controles das operações e prestações que realizarem, os seguintes livros e documentos de informações fiscais, observada a Seção VIII do Capítulo II do Título I da Resolução CGSN nº 94/11 e a legislação estadual pertinente:

I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS;

III - Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de

comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS;

IV – Guia de Informação Mensal do ICMS – GIM, na forma, nos prazos e nas especificações técnicas previstas na legislação pertinente.”

Dessa forma, improcedente é a acusação consignada no libelo acusatório.

TERCEIRA ACUSAÇÃO

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA”

O recolhimento do imposto devido pelas diversas operações interestaduais realizadas pelas empresas enquadradas no Simples Nacional tem como fundamento, entre outros, o art. 106, I, alínea “g”, II, alínea “c”, § 3º, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, que assim determina:

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

I - antecipadamente:

(...)

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

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de (Decreto nº 30.177/09):

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal ou contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL (Decreto nº 28.401/07);

(...)

§ 3º Nas operações destinadas a contribuintes enquadrados no SIMPLES NACIONAL, salvo exceções expressas, o recolhimento previsto na alínea “g” do inciso I deste artigo, será o valor resultante do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor total da nota fiscal ou valor de pauta fiscal, inclusive IPI, se for o caso, seguro, transporte e outras despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, ficando vedado o aproveitamento da importância recolhida como crédito fiscal (Decreto nº 28.401/07).”

Nos autos, e em consulta ao sistema ATF/Arrecadação, observo regularidade no lançamento de ofício consignado na peça basilar, tendo em vista que o contribuinte deixou de efetuar o pagamento dos documentos de arrecadação DAR nº 3003590179, Ref. 9/2010 no valor de R\$ 230,89; DAR nº 3003614904, Ref. 11/2010 no valor de R\$ 301,69; DAR nº 3003260348, Ref. 12/2010 no valor de R\$ 164,59 e DAR nº 3004596653, Ref. 4/2011 no valor de R\$ 26,31, cujos códigos de receita 1140 e 1141 constituem receita complementar ao código de receita 1124 relativo às operações interestaduais por ele realizadas nos respectivos períodos.

Procedente é o lançamento consignado no libelo acusatório.

QUARTA ACUSAÇÃO

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS”

A acusação é de que o contribuinte, no período de 1º/1/2011 a 31/12/2011, 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 Conta Mercadorias, uma vez que não houve o atendimento à intimação para apresentação da escrita contábil solicitada, bem como a não apresentação de livro Caixa devidamente autenticado pela repartição fiscal do contribuinte, 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, do mesmo Regulamento, na forma abaixo transcrita:

“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;

(...)” (grifos nossos)

Ainda o referido art. 643 do RICMS-PB, em seus § 4º, inciso II, e § 6º, assim dispõe:

“Art. 643. (...)

(...)

§ 4º Para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao 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.

(...)

§ 6º As diferenças verificadas em razão dos procedimentos adotados 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.

(...)”.

Nos autos, analisada a aplicação dos dispositivos legais acima citados, reputo correto o procedimento adotado pela fiscalização, 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, fl. 38, por não haver o contribuinte apresentado sua escrita contábil, bem como quando fez computar, para efeito de apuração do valor total das omissões de vendas no período, o valor total dos estoques existentes em 1º/1/2011, tendo o fiscal autuante encontrado diferença tributável no valor de R\$ 16.389,50, representativa de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, em cujo resultado se apurou devido o ICMS no valor de R\$ 2.786,22, lançado para o período de 1º/1/2011 a 31/12/2011.

Por fim, ressalto que o ato administrativo de constituição do crédito tributário consignado no Auto de Infração em análise 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 do não comparecimento aos autos, para formalizar reclamação ou recurso contra o lançamento efetuado.

Reputo procedente o procedimento fiscal que resultou no lançamento tributário consignado no libelo acusatório para o período de 1º/1/2011 a 31/12/2011, no qual se apurou através da técnica de aferição fiscal da Conta Mercadorias o crédito tributário de ICMS no valor total de R\$ 2.786,22.

QUINTA ACUSAÇÃO

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO”

Com efeito, a quinta acusação é de que o contribuinte, no período de 1º/1/2007 a 31/12/2007, omitiu saídas de mercadorias tributáveis que resultaram na falta de recolhimento do ICMS, irregularidade esta detectada através do Levantamento Financeiro.

Preliminarmente, importa destacar que o Levantamento Financeiro constitui procedimento de aferição fiscal, previsto no art. 643, I, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, 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 ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção, nos termos abaixo transcrito:

“Art. 643.

(...)

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

(...)

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 ao período de 1º/1/2007 a 31/12/2007, a fiscalização constatou a ocorrência de desembolsos superiores à receita declarada pelo estabelecimento no período, que resultou na apuração e lançamento do crédito tributário de ICMS no valor total de R\$ 2.466,77, conforme levantamento às fls. 27 e 28.

Perscrutando os autos, observo que a denúncia inserta na peça basilar decorre da subsunção dos fatos às normas contidas na legislação tributária, em conformidade com os fundamentos legais consignados no instrumento acusatório.

Registro que o lançamento de ofício, ora em análise, foi procedido em conformidade com o art. 142 do CTN, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte por via postal, apesar da revelia do autuado, além do que não vislumbro nos autos aspectos de vício formal que motivariam eventual nulidade do ato administrativo, e por consequência, do processo

administrativo tributário, na forma disciplinada pelos arts. 16 e 17 da Lei nº 10.094/2013, “*in verbis*”:

“Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

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”.

Todavia, observo também, nos autos, que há concorrência desta infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, na qual se apurou através de levantamento financeiro no período de 1º/1/2007 a 31/12/2007 o crédito tributário de ICMS de R\$ 2.466,77, com a infração de omissão de vendas no período de 1º a 31/1/2007, no qual se apurou o crédito tributário no valor total de R\$ 5.053,37, devendo prevalecer esta de maior monta, conforme fundamentação adiante exposta.

SEXTA E ÚLTIMA ACUSAÇÃO

“OMISSÃO DE VENDAS”

A omissão de vendas de mercadorias tributáveis, constatada a partir de divergências verificadas entre as vendas declaradas pelo contribuinte à Receita Estadual e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, autoriza a presunção de falta de recolhimento do imposto, nos termos dos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, *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;

(...)

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.(...)

(...)”.

A referida acusação, não ilidida pelo contribuinte, que se manteve revel, enseja a presunção de certeza e liquidez do crédito tributário lançado.

Todavia, nos autos, observo que as infrações decorrentes da OMISSÃO DE VENDAS efetuadas por cartão de crédito e débito apuradas nos períodos de 1º a 31/12/2007, 1º a 31/1/2008, 1º a 28/2/2008, 1º a 31/3/2008, 1º a 30/4/2008, 1º a 31/5/2008, 1º a 30/6/2008, 1º a 31/7/2008, 1º a 31/8/2008, 1º a 30/9/2008, 1º a 31/10/2008, 1º a 30/11/2008, 1º a 31/12/2008, 1º a 31/5/2009 e 1º a 31/1/2011 constituem infrações concorrentes, respectivamente, com a infração de OMISSÃO DE SAÍDAS apurada através de levantamento financeiro no período de 1º/1/2007 a 31/12/2007, com a infração de FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. de AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS nos períodos de 1º a 31/3/2008, 1º a 30/4/2008, 1º a 31/5/2008, 1º a 30/6/2008, 1º a 30/9/2008, 1º a 31/12/2008 e 1º a 31/5/2009, devendo prevalecer no lançamento indiciário aquelas de maior monta.

Oportuno registrar a constatação, em desfavor do contribuinte e não observada na instância singular, de ocorrência de equívoco por parte da fiscalização quando da transcrição do valor da diferença tributável referente ao mês de 4/2008, extraída do Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM, a qual apurada no valor de R\$ 10.220,68 teve lançado no auto de infração o valor de R\$ 102.220,68, pelo que faço o necessário ajuste ao valor correto e efetivamente apurado pelo sistema ATF, desta SER-PB, fls. 14 a 16.

Dessa forma, à exceção da infração no valor de R\$ 363,12 apurada no período de 1º a 31/1/2011 e concorrente com a infração de OMISSÃO DE SAÍDAS em que se apurou através da Conta Mercadorias no período de 1º/1/2011 a 31/12/2011 e crédito tributário de ICMS total de R\$ 2.786,22, prevalecem nesta acusação de omissão de vendas realizadas através de cartão de crédito as infrações apuradas nos períodos de 1º a 31/12/2007, 1º a 31/1/2008, 1º a 28/2/2008, 1º a 31/3/2008, 1º a 30/4/2008 no valor de R\$ 1.737,52 após o ajuste de correção efetuado, 1º a 31/5/2008, 1º a 30/6/2008, 1º a 31/7/2008, 1º a 31/8/2008, 1º a 30/9/2008, 1º a 31/10/2008, 1º a 30/11/2008, 1º a 31/12/2008 e 1º a 31/5/2009.

Nesse sentido já decidira este Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, em matéria da mesma natureza, à unanimidade, em voto da Cons^a. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa, conforme ementa que abaixo colaciono:

“INFRAÇÕES CONCORRENTES – Efeitos

É defeso à autoridade fazendário à autoridade fazendária estadual exigir imposto que já houvera sido objeto de lançamento anterior, resultante de procedimentos diversos. Na hipótese, no que coincidir, dever-se-á proceder o cancelamento, de modo a se evitar a ocorrência da figura do “bis in idem” – Ação fiscal procedente em parte.

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO

Processo nº CRF 188/2000

Acórdão nº 5.926/2000 – Decisão Unânime de 14-07-2000

Relatora: Cons^a. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa

MULTA POR INFRAÇÃO:

Adentrando ao mérito da decisão da instância singular, que decidiu pela redução da penalidade consignada na peça basilar, observo que afigura-se devida a aplicação da multa por infração prevista no art. 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, que com a alteração advinda da Lei nº 10.008/2013, editada após a lavratura do auto de infração, o referido dispositivo legal passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

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;

(...)”

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:

(...)

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.”

Diante do exposto, reputo acertada a decisão do(a) julgador(a) de primeira instância, que fez reduzir a multa aplicada, para os percentuais de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do ICMS – Simples Nacional Fronteira e de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido pelas demais acusações nos períodos autuados, pelo que mantenho em todos os seus termos a decisão exarada.

Pelas razões acima, o crédito tributário lançado passa a configurar, no libelo acusatório, na forma abaixo:

Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001522/2012-08

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

			Valores em R\$							
Infração			Período	CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO		VALORES EXCLUÍDOS		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
				ICMS	Multa	ICMS	Multa	ICMS	Multa	Total
Falta de Lançamento de Notas Fiscais	Aquisição nos Livros Próprios	10 a 31/3/2008	136,00	272,00	136,00	272,00	0,00	0,00	0,00	
		1º a 30/4/2008	136,00	272,00	136,00	272,00	0,00	0,00	0,00	
		1º a 31/5/2008	136,00	272,00	136,00	272,00	0,00	0,00	0,00	
		1º a 30/6/2008	321,35	642,70	321,35	642,70	0,00	0,00	0,00	
		1º a 30/9/2008	234,66	469,32	234,66	469,32	0,00	0,00	0,00	
		1º a 31/12/2008	139,60	279,20	139,60	279,20	0,00	0,00	0,00	
		1º a 31/5/2009	149,60	299,20	149,60	299,20	0,00	0,00	0,00	
		1º a 31/5/2009	149,60	299,20	0,00	149,60	149,60	149,60	299,20	

30/6/2009

1º a 30/1 663,37 1.326,74 0,00 663,37 663,37 663,37 1.3

1º a 502,35 1.004,70 0,00 502,35 502,35 502,35 1.0

1º a 97,90 195,80 0,00 97,90 97,90 97,90 19

1º a 31/1 145,07 290,14 0,00 145,07 145,07 145,07 29

1º a 30/1 230,69 461,38 0,00 230,69 230,69 230,69 46

1º a 31/1 779,72 1.559,44 0,00 779,72 779,72 779,72 1.5

Falta Rec. ICMS 1º a 337,79 675,58 337,79 675,58 0,00 0,00 0,0

Falta de Recolhim Simple Nacional 1º a 230,89 230,89 0,00 115,45 230,89 115,45 34

ento de Fronteira ICMS 30/9/2010

1º a 30/1 301,69 301,69 0,00 150,85 301,69 150,85 45

1º a 31/1 164,59 164,59 0,00 82,30 164,59 82,30 24

1º a 26,31 26,31 0,00 13,16 26,31 13,16 39

Omissão de Saídas Conta Mercadorias 1º/jan a 3 2.786,22 5.572,44 0,00 2.786,22 2.786,22 2.786,22 5.5

Omissão Levantam 1º/jan a 3 2.466,77 4.933,54 2.466,77 4.933,54 0,00 0,00 0,0

de Saídas ento 1/dez/200
Financeir 7
o

O m i s s ã o d e V e n d a s	1º a 31/1 2/2007	5.053,37	10.106,74	0,00	5.053,37	5.053,37	5.053,37	10
	1º a 31/1/2008	1.207,35	2.414,70	0,00	1.207,35	1.207,35	1.207,35	2.4
	1º a 28/2/2008	899,65	1.799,30	0,00	899,65	899,65	899,65	1.7
	1º a 31/3/2008	1.322,43	2.644,86	0,00	1.322,43	1.322,43	1.322,43	2.6
	1º a 30/4/2008	17.377,52	34.755,04	15.640,00	33.017,52	1.737,52	1.737,52	3.4
	1º a 31/5/2008	3.113,39	6.226,78	0,00	3.113,39	3.113,39	3.113,39	6.2
	1º a 30/6/2008	6.583,11	13.166,22	0,00	6.583,11	6.583,11	6.583,11	13
	1º a 31/7/2008	2.193,98	4.387,96	0,00	2.193,98	2.193,98	2.193,98	4.3
	1º a 31/8/2008	1.528,03	3.056,06	0,00	1.528,03	1.528,03	1.528,03	3.0
	1º a 30/9/2008	2.172,10	4.344,20	0,00	2.172,10	2.172,10	2.172,10	4.3
	1º a 31/1 0/2008	1.684,19	3.368,38	0,00	1.684,19	1.684,19	1.684,19	3.3
	1º a 30/1 1/2008	1.967,75	3.935,50	0,00	1.967,75	1.967,75	1.967,75	3.9

	1º a 31/12/2008	8.773,87	17.547,74	0,00	8.773,87	8.773,87	8.773,87	17.547,74
	1º a 31/5/2009	3.057,79	6.115,58	0,00	3.057,79	3.057,79	3.057,79	6.115,58
	1º a 31/1/2011	363,12	726,24	363,12	726,24	0,00	0,00	0,00
TOTAL		67.433,82	134.144,16	20.060,89	87.132,97	47.372,93	47.011,19	94.384,12

Pelo exposto,

VOTO, pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para alterar quanto aos valores a decisão singular que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001522/2012-08 (fls.3/4), lavrado em 19/7/2012, contra o contribuinte MARISETE BRANDÃO DE SOUZA ME., CCICMS nº 16.095.449-5, qualificado nos autos, condenando-o ao recolhimento do crédito tributário no montante de R\$ 94.384,12 (noventa e quatro mil, trezentos e oitenta e quatro reais e doze centavos), sendo R\$ 47.372,93 (quarenta e sete mil, trezentos e setenta e dois reais e noventa e três centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c o art. 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 47.011,19 (quarenta e sete mil, onze reais e dezenove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 107.193,86 (cento e sete mil, cento e noventa e três reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ 20.060,89 (vinte mil, sessenta reais e oitenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 87.132,97 (oitenta e sete mil, cento e trinta e dois reais e noventa e sete centavos), de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de março de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora