



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 120.026.2009-1

Recurso VOL/CRF Nº 051/2016

Recorrente: J.RISELDA & CIA LTDA. - ME

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

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE CAJAZEIRAS

Autuante: RAIMUNDO ALVES DE SÁ

Relator: CONS.º PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VALOR DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. NULIDADE. REPRESENTAÇÃO FISCAL. OMISSÃO DE VENDAS. CONTA MERCADORIAS. RECOLHIMENTO PARCIAL ESPONTÂNEO ANTERIOR À AÇÃO FISCAL. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Imposto declarado e não recolhido não é objeto de contencioso tributário, não podendo prosperar a acusação de falta de recolhimento do ICMS, verificado no Livro de Registro de Apuração do ICMS, mediante auto de infração, e sim por Representação Fiscal. Lançamento nulo. - No levantamento da Conta Mercadorias, a apuração de lucro bruto inferior a 30% do CMV representa omissão de saídas tributáveis com consequente falta de recolhimento do ICMS, em conformidade com a presunção legal relativa. “In casu”, a ação de espontaneidade do contribuinte, mediante declaração e confissão de débito, que recolheu o ICMS referente a um dos períodos denunciados, por meio do REFIS/PB, elidiu parte do crédito tributário exigido. - Multa por infração reduzida, por força da Lei nº 10.008/13, em obediência ao princípio da retroatividade benéfica.

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 do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e, no mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar quanto aos valores a decisão singular, mantendo *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001774/2009-31 (fl. 7), lavrado em 30/11/2009, contra o contribuinte J. RISELDA & CIA LTDA. - ME, CCICMS nº 16.034.064-0, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 5.064,38 (cinco mil, sessenta e quatro reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ 2.532,19 (dois mil, quinhentos e trinta e dois reais e dezenove centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c art. 643, §4º, II, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 2.532,19 (dois mil, quinhentos e trinta e dois reais e dezenove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 4.096,79 (trinta e seis mil, quinhentos e dez reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 1.335,32 (cinco mil, noventa e seis reais e cinquenta e sete centavos), a título de ICMS, e R\$ 2.761,47 (trinta e um mil, quatrocentos e treze reais e setenta e cinco centavos), a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima citadas.

Ao tempo em que fica ressalvada a possibilidade de realização de lançamento de ofício por meio da REPRESENTAÇÃO FISCAL, inerente ao valor de R\$ 1.015,22 de ICMS declarado e não recolhido, relativamente ao mês de março/2007, acima evidenciado, com lastro no art. 173, II, do CTN.

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 14 de julho de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

#RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o presente recurso voluntário, interposto nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001774/2009-31, lavrado em 30/11/2009, (fl. 7), no qual o contribuinte acima identificado é acusado das seguintes infrações:

1 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL) >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte não ter destacado no(s) documentos(s) fiscais o respectivo imposto.

2 - 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.

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente do artigo 54, combinado com os artigos 2º, 3º, 60, I, “b” e III, “d”, 101, 102 e 106 e aos artigos 158, I; 160, I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 18.930/97, com fulcro nos artigos 9º e 10 da Resolução CGSN nº 030/2008, sendo propostas multas por infração, com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, e art. 16, II, da Res. Nº 030 CGSN/2008, com exigência de crédito tributário no valor de R\$ 9.161,17, sendo R\$ 3.867,51, de ICMS, e R\$ 5.293,66, de multa por infração.

Instruem os autos demonstrativos e provas documentais, às fls. 8 a 124.

Cientificado da autuação, pessoalmente, em 1/12/2009 (fl. 7), o contribuinte apresentou peça reclamatória, tempestiva, em 30/12/2009, fl. 126, e anexos às fls. 127 a 129, que, em suma, suscita a compensação do crédito apurado no Auto de Infração, ora em exame, com o valor recolhido por meio de parcelamento no REFIS, mediante uma confissão de débitos não constituídos, fl. 129, no valor de R\$ 4.547,00, no sentido de quitar qualquer débito referente aos exercícios 2004, 2006 e 2007, ainda não constituídos.

Em contestação, fl. 131, a fiscalização concorda com o pleito da reclamante, já que nada reclamou do feito fiscal, e que apenas se antecipou aos resultados da auditoria, recolhendo valor a maior.

Em diligência, às fls. 138 e 139, e reiterada em nova solicitação, conforme documento à fl. 173, a Auditoria Jurídica da GEJUP requisitou o desmembramento do processo referente à infração de falta de recolhimento do ICMS para cobrança através de processo não contencioso e a complementação da alíquota para 17% mediante a lavratura de Termo de Infração Continuada, em relação ao Levantamento da Conta Mercadorias (exercícios de 2007 e 2009), solicitação esta não atendida (fl. 141) em razão de memorando (fl. 142), expedido pela Gerência Executiva de Fiscalização, o qual estabelece a manutenção da alíquota utilizada no Auto de Infração, para aplicação aos contribuintes que efetuarem parcelamento do referido débito.

Sem registro de antecedentes fiscais, fl. 132, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que, após sua apreciação e análise, exarou sentença (fls. 205/214) julgando o Auto de Infração **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. REPRESENTAÇÃO FISCAL. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. CONTA MERCADORIAS. CONFIGURAÇÃO. PARCELAMENTO. QUITAÇÃO PARCIAL. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO.

A falta de recolhimento de ICMS declarado e não recolhido é objeto de Representação Fiscal, não sendo cabível a lavratura de Auto de Infração. Nulidade - vício formal, não suscetível de efeito decadencial para período de sua constituição.

Provas materiais atestam a omissão de saída de mercadorias sem emissão de notas fiscais decorrente do levantamento da conta Mercadorias, nos exercícios 2007 e 2009. Parcelamento referente ao exercício 2007.

Lei nº 10.008/2013 alterou o percentual da multa aplicado, acarretando a sucumbência parcial do crédito.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Com os ajustes, o crédito tributário exigido passou ao montante de R\$ 5.704,58, sendo R\$ 2.852,29, de ICMS, e R\$ 2.852,29, de multa por infração, sendo cancelado, por irregular, o valor excedente total de R\$ 3.456,59, lançado a título de multa por infração.

Regularmente cientificado da sentença singular, em 22/1/2016, fl. 216, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 217 a 220), protocolado em 16/2/2016, requerendo a extinção do crédito tributário exigido, uma vez que teria realizado confissão de débito, com parcelamento e quitação, conforme Processo de Parcelamento nº 1012712009-2. Que teria se antecipado e realizado a quitação em razão do prazo determinado para adesão ao REFIS, e que não contesta as alegações que lhe são imputadas.

Seguindo critério regimental previsto, os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso voluntário decorre de decisão da autoridade julgadora singular que julgou parcialmente procedente o lançamento de ofício efetuado contra a empresa J. RISELDA & CIA LTDA. - ME, qualificada nos autos, por entender que já teria reconhecido e parcelado o ICMS devido por meio de parcelamento com adesão ao REFIS, mediante “declaração e confissão de débito não constituído”.

Antes da análise meritória, torna-se imprescindível destacar que nas oportunidades regulamentares dadas ao contribuinte para manifestação de sua defesa, este não questionou as infrações apontadas na exordial, limitando-se a requerer improcedência da autuação, mediante sua declaração e confissão de débitos não constituídos, verificado à fl. 129, cujos valores se referem aos períodos de 12/2004, 12/2006 e 12/2007, extraídos das contas mercadorias, segundo observação na citada declaração, e parcelados com adesão ao REFIS, por meio do Processo nº 1012712009-2 (demonstrativo dos detalhes da apuração à fl. 172).

Tal confissão de débitos realizada pelo sujeito passivo, anteriormente ao início dos procedimentos de auditoria, o que demonstra sua espontaneidade, renuncia a contestação do valor e quanto a sua procedência, ressalvado a existência de outras importâncias apuradas pelo FISCO.

Assim, diante da confissão de débitos não constituídos, há de se considerar tão somente o valor recolhido relativamente ao exercício de 2007, já que os débitos porventura existentes de 2004 e 2006 não fazem parte do objeto do Auto de Infração em epígrafe.

Passemos, então, ao exame das denúncias em questão.

Acusação 1:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL).

Vislumbra-se nos autos que a infração por falta de recolhimento do imposto foi decorrente da apuração da conta corrente do ICMS, relativo ao período de março/2007, fls. 66 e 72, e não por ausência de débito fiscal, equivocadamente denunciada na inicial, tratando-se, assim, de imposto declarado e não recolhido no valor de R\$ 1.015,22. Consequentemente, não se trata de irregularidade a ser exigida por meio de Auto de Infração, e sim, por Representação Fiscal, conforme dispõe o art. 40, §1º, da Lei nº 10.094/13, infracitado:

Art. 40. O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis, inclusive as recidivas, quando for o caso.

§ 1º - A Representação Fiscal terá como objeto qualquer das seguintes hipóteses:

I – o imposto declarado e não recolhido;

II – o imposto lançado e apurado em livro próprio, não declarado e não recolhido, no todo ou em parte;

III – o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

IV – a omissão da entrega de documentos de controle e informações fiscais.

§ 2º- Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I – por escrituração fiscal eletrônica;

II – **em guias de informação e apuração.** (*grifo nosso*)

Portanto, em se tratando de matéria não contenciosa, relativamente a ICMS declarado e não recolhido, nos termos do dispositivo legal acima citado, um novo lançamento deve ser realizado por Representação Fiscal, ressaltando se tratar de vício formal, suscetível do efeito decadencial no prazo previsto no art. 173, II, do CTN^[1].

Destarte, corroboro com as razões que fundamentaram a decisão do julgador monocrático, que julgou nula a denúncia ora em questão.

Acusação 2:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS.
EXERCÍCIOS DE 2007 E 2009

A segunda acusação é de que o contribuinte, nos períodos de 2007 e 2009, omitiu saídas de mercadorias tributáveis que resultaram na falta de recolhimento do ICMS, irregularidade esta detectada por meio do levantamento da Conta Mercadorias.

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, acrescido de um TVA de 30%, 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 presunção legal de que ocorreram saídas pretéritas 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 transcrito:

“**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. 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.

(...)

§ 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.

(...)

§6ºAs 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.

(...)”.

Destaque-se que a auditoria, equivocadamente aplicou a alíquota de 1,25%, inerente ao Simples Nacional, quando esta deveria ter sido de 17%, correspondente às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 13, §1º, XIII, “f”, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 13, IV, RICMS/PB[2]. Não sendo realizada a lavratura do Termo Complementar de Infração, conforme solicitado pela instância prima em diligência, tal alíquota não mais pode ser alterada, em razão do alcance do instituto da decadência tributária, não sendo possível a realização de novo feito fiscal para seu complemento para 17%, devendo ser mantida a alíquota de 1,25%, aplicada na época da autuação.

Nestes termos, e diante da falta de contestação da denúncia ora em comento, considero correta a apuração do imposto no valor de R\$ 320,10, em relação ao exercício de 2007, contudo, tal valor não poderia ter sido mais objeto de autuação, diante do recolhimento espontâneo realizado pelo contribuinte, no valor de R\$ 582,00, por confissão antecipada de débito, acima comentado.

É de bom alvitre esclarecer que não se trata compensação de imposto, conforme entendeu a julgadora *a quo*, mas sim de uma cobrança indevida de um ICMS que já tinha sido recolhido anteriormente por denúncia espontânea[3]. Assim, improcedo o crédito tributário exigido em relação ao exercício de 2007.

Já em relação ao exercício de 2009, este não foi alvo da confissão espontânea de débitos, devendo o crédito tributário apurado ser parcialmente procedente, em razão da redução da multa aplicada para 100%, por força da Lei nº 10.008/13, que alterou o art. 82 da Lei nº 6.379/96.

Desta forma, comungo com as correções das penalidades realizadas na decisão singular, pelas razões acima explanadas.

Diante de todo exposto, comungo em parte a decisão monocrática, devendo o crédito tributário ser constituído em conformidade com o quadro resumo abaixo demonstrado:

INFRAÇÃO	PERÍODO		ICMS	MULTA	TOT
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS	01/03/2007	31/03/2007	0	0	0

(AUSÊNCIA DE
DÉBITO FISCAL)

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2007	31/12/2007	0	0	0
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2009	31/12/2009	2.532,19	2.532,19	5.06
TOTAL			2.532,19	2.532,19	5.06

Pelo exposto,

VOTO, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e, no mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar quanto aos valores a decisão singular, mantendo *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001774/2009-31 (*fl.* 7), lavrado em 30/11/2009, contra o contribuinte J. RISELDA & CIA LTDA. - ME, CCICMS nº 16.034.064-0, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 5.064,38 (cinco mil, sessenta e quatro reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ 2.532,19 (dois mil, quinhentos e trinta e dois reais e dezenove centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c art. 643, §4º, II, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 2.532,19 (dois mil, quinhentos e trinta e dois reais e dezenove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 4.096,79 (trinta e seis mil, quinhentos e dez reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 1.335,32 (cinco mil, noventa e seis reais e cinquenta e sete centavos), a título de ICMS, e R\$ 2.761,47 (trinta e um mil, quatrocentos e treze reais e setenta e cinco centavos), a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima citadas.

Ao tempo em que fica ressalvada a possibilidade de realização de lançamento de ofício por meio da REPRESENTAÇÃO FISCAL, inerente ao valor de R\$ 1.015,22 de ICMS declarado e não recolhido, relativamente ao mês de março/2007, acima evidenciado, com lastro no art. 173, II, do CTN.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de
julho de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator