



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

Processo Nº164.150.2013-7

Recursos HIE/VOL/CRFnº.134/2016

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ªRECORRENTE:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

1ªRECORRIDA:ET CALÇADOS LTDA EPP

2ªRECORRENTE:ET CALÇADOS LTDA EPP.

2ªRECORRIDA:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

PREPARADORA:SUB.GER.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG.DA 1ª REGIÃO

AUTUANTE:LUIZ ANSELMO DA SILVA SEABRA.

RELATORA:CONSª.NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO. CONCORRÊNCIA. TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE PRÁTICA REITERADA PELA EMPRESA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

A atuada advoga tratamento diferenciado quanto às responsabilidades tributárias, por se enquadrar no Regime do Simples Nacional, concluindo que esses contribuintes estão submetidos, quando de suas infrações, a auto de infração eletrônico. Nas operações ou prestações desacobertadas de documento fiscal, presumidas pela constatação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, a Lei Complementar nº 123/2006 remete à legislação interna do Estado da Paraíba. Preliminar afastada.

Observa-se a existência de concorrência das infrações, constantes na acusação de falta de lançamento de nota fiscal de aquisição e na delação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis baseada no Levantamento da Conta Mercadorias, haja vista as infrações terem sido detectadas por diferentes procedimentos de apuração, porém sendo resultante da mesma repercussão tributária: a omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, referente ao exercício de 2010, indiscutível a necessidade de se excluir a quantia cobrada em duplicidade.

As infrações de Omissão de Vendas- Cartões de Crédito e Notas Fiscais Não Lançadas nos Livros Próprios concorrem entre si, gerando, assim, a sucumbência de parte do crédito tributário nos exercícios de 2009 e 2011.

Reputa-se legítima a exigência fiscal relativa à infração de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, detectadas mediante a falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios, diante da regularidade do procedimento de detecção da falta e do reconhecimento do contribuinte. No presente caso, o atuado acostou provas capazes de fazer perecer parcialmente a acusação.

Legítima a exigência fiscal relativa à infração de falta de recolhimento do ICMS – omissão de saídas de mercadorias tributáveis, mediante procedimento fiscal efetuado por meio da técnica da Conta Mercadorias diante da regularidade do procedimento de detecção do ilícito, em face das provas carreadas aos autos.

A diferença a menor no valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as

informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, com as quais a declarante opera, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, exercício 2012.

A exclusão de ofício da empresa do Regime do Simples Nacional se dá nas hipóteses previstas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/06. A fim de se manter o Termo de Exclusão, indispensável ter ocorrido a prática reiterada da infração, nos termos disposto no art. 3º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, alterada pela 009/2013/GSER. Ausência de prática reiterada pela empresa configurada. Cancelamento do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular e, *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, declarando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, lavrado em de 18 de novembro de 2013, CCICMS nº 16.134662-6, declarando como devido o crédito tributário, no valor de R\$ 156.261,36 (cento e cinquenta e seis mil, duzentos e sessenta e um reais e trinta e seis centavos), sendo, R\$ 78.130,68, (setenta e oito mil, cento e trinta reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I; e 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e ,R\$ 78.130,68 (setenta e oito mil, cento e trinta reais e sessenta e oito centavos), referente à multa, com fundamento legal no art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº. 6.379/1996, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Por oportuno, com fundamento nas razões acima expendidas, cancelo, por indevido, o crédito tributário, no importe de R\$ 85.889,14 (oitenta e cinco mil, oitocentos e oitenta e nove reais e quatorze centavos), sendo, R\$ 42.944,21 (quarenta e dois mil, novecentos e quarenta e quatro reais e vinte e um centavos), de ICMS, e, R\$ 42.944,93 (quarenta e dois mil, novecentos e quarenta e quatro reais e noventa e três centavos), de multa, com fundamento nas razões expendidas neste voto.

Ressalvo, ante o exposto acima, que corroboro com o entendimento do *cancelamento* do Termo de Exclusão do Simples Nacional, lavrado contra a empresa ET CALÇADOS LTDA. EPP., em decorrência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, Processo nº 164.235.2013-5, em face de não ter ficado caracterizado, conforme preceitua o art. 3º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, alterada pela 009/2013/GSER, a conduta de prática reiterada.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de novembro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e GILVIA DANTAS MACEDO.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, lavrado em de 18 de novembro de 2013, onde a autuada, ET CALÇADOS LTDA EPP, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

“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)

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 – CONTA MERCADORIA >> 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.”

Por considerar infringidos arts. 158, I; 160, I; e 646, e aos arts. 158, I; 160, I c/c artigo 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, c/fulcro nos artigos 9º e 10 da Resolução CGSN nº 30/2008 e/ou aos arts. 82 e 84 da Resolução nº 94/2011/CGSN, levando-o a lançar de ofício, ICMS na quantia de R\$ 121.074,89 (cento e vinte e um mil, setenta e quatro reais e oitenta e nove centavos), caso em que foi sugerida a aplicação da penalidade pecuniária, no importe de R\$ 121.075,61 (cento e vinte e um mil, setenta e cinco reais e sessenta e um centavos), nos termos do art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº. 6.379/96 e art. 16, II da Resolução nº 30/CGSN e/ou art. 87, II da Resolução CGSN nº 94/2011, perfazendo um crédito tributário de R\$ 242.150,50 (duzentos e quarente e dois mil, cento e cinquenta reais e cinquenta centavos).

Documentos instrutórios constam anexados às fls. 5-516, dos autos.

Ato contínuo acosta *Termo de Conclusão de Ofício do Simples Nacional*, Processo nº 1642352013-5.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, via Aviso de Recebimento, fl.201, em 25/11/2013, a autuada, tempestivamente, ingressou com peça reclamatória, fls. 518-636, protocolada em 11/12/2013, por meio da qual, em síntese, requer seja julgada totalmente improcedente a ação fiscal, a fim de que esta não gere quaisquer efeitos.

Fundamenta seu pedido apresentando os seguintes argumentos, em síntese:

Advoga que as empresas optantes do Simples Nacional somente podem responder por crédito tributário através de Auto Eletrônico na forma de consórcio nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

A auditoria não considerou o Livro de Inventário, 2010 e 2011, e os Livros de Entrada, 2011 e 2012, não elencou as duplicatas a serem pagas e contabilizadas, no exercício seguinte.

A fiscalização não levou em consideração a sistemática de contabilização das duplicatas emitidas

e/ou recebidas pela empresa.

Advoga que as notas não lançadas apresentam possibilidades de erros e que diversas notas fiscais tiveram seus impostos recolhidos

Que a empresa passou por uma auditoria interna, a qual redundou no exercício de 2010, o valor devido no montante de R\$ 18.709,53, valor esse reconhecido pela autuada.

Realça, que no Livro de Entradas de 2012 encontram-se diversas notas fiscais registradas.

Por fim, solicita retificação do respectivo Auto de Infração, conforme documentos apresentados, onde a empresa reconhece sua devida obrigação e o cancelamento do Processo Administrativo da Exclusão do Simples Nacional.

Em contestação, o autor do feito informa sobre a improcedência do crédito tributário referente à delação de falta de registro de notas fiscais de entrada, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2011; janeiro a março, junho e dezembro de 2012. Solicitando a manutenção das demais delações remanescentes.

Na sequência, após a informação de não existência de antecedentes fiscais, fl. 642, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, fl. 643, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Francisco Alessandro Alves, que declinou seu entendimento pela *parcial procedência* do auto de infração, conforme ementa a abaixo transcrita:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. CONFIGURADA EM PARTE. CONTA MERCADORIA. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. NOTAS FISCAIS EXCLUÍDAS DA INFRAÇÃO. OMISSÃO DE VENDAS. INFORMAÇÕES DE PRESTADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. ACUSAÇÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PRÁTICA REITERADA PELA EMPRESA. CANCELAMENTO DO TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios evidencia a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Essa presunção admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte.

No presente caso, as notas fiscais de parte do exercício de 2011 e todo exercício de 2012 estavam lançadas no Livro de Registro de Entradas, o que gerou a exclusão das mesmas da infração. No entanto, o contribuinte não carrega aos autos provas capazes de ilidir a presunção de omissão

saídas, detectadas por meio da técnica de auditoria - levantamento da Conta Mercadorias - exercício 2010. As infrações de “Omissão de Vendas- Cartões de Crédito” e “Notas Fiscais Não Lançadas nos Livros Próprios” concorrem entre si, gerando, assim, a sucumbência de parte do crédito tributário no exercício que existiu a concorrência. No entanto, mantida a acusação para o exercício de 2012.

A exclusão de ofício da empresa do regime do Simples Nacional se dá nas hipóteses previstas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/06. In casu, a fiscalização lavrou o Termo de Exclusão do Simples Nacional com suporte no inciso XI do art. 29 combinado com inciso I do art. 26 da citada lei. Ocorre que, aliada à existência da prática delitiva, a fim de se manter o citado termo de exclusão, indispensável ter ocorrido a prática reiterada da infração, nos termos disposto no art. 3º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, alterada pela 009/2013/GSER.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em face do que, o crédito tributário passou a se constituir do montante de R\$ 156.261,36, (cento e cinquenta e seis mil, duzentos e sessenta e um reais e trinta e seis centavos) , sendo, R\$ 78.130,68, (setenta e oito mil, cento e trinta reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I; e 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e aos arts. 9º e 10 da Resolução nº 30/CGSN/2008, e/ ou arts. 82 e 84 da Resolução nº 94/CGSN /2011; e R\$ 78.130,68 (setenta e oito mil, cento e trinta reais e sessenta e oito centavos), referente à multa, com fundamento legal no art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº. 6.379/1996, consoante se infere da decisão monocrática, de fls. 645-660. Notificação acostada à fl. 662, dos autos.

Procedida à interposição de *recurso hierárquico*, fl.661, e cientificada a autuada, via Aviso de Recebimento, em 8/4/2016, para que interpusesse recurso a este Colegiado.

A recorrente apresentou tempestivamente, protocolado em 29/4/2016, *recurso voluntário*, fls. 666-718, reiterando os mesmos argumentos postulados em reclamação fiscal, suscitando a improcedência ou mesmo a nulidade do lançamento indiciário.

Em ato contínuo, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que teria consistido em omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios e omissão de saídas, detectada através do Levantamento Conta Mercadorias e diante da constatação de que o contribuinte declarou suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, tendo como objeto o *recurso voluntário*, interposto contra decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o lançamento de ofício, oriundo da lide em comento.

Em preliminar, a autuada advoga tratamento diferenciado quanto às responsabilidades tributárias, por se enquadrar no Regime do Simples Nacional, concluindo que esses contribuintes estão submetidos, quando de suas infrações, a auto de infração eletrônico, conforme Resoluções 30 e 32 do Comitê Nacional do Simples Nacional, pois seu cadastro é estadual e suas dificuldades de complementação de obrigação tributária devem ser levadas em conta perante o Simples Nacional.

Conclui seu raciocínio alegando que pode haver nota fiscal com substituição tributária pelas entradas, notas fiscais com isenção pelas saídas e até notas fiscais equivocadamente atribuídas ao contribuinte, mas que não foram por ele negociadas. Em todos os casos os documentos fiscais não podem ser autuados.

No que tange a este tópico, deve-se observar que, embora a Lei Complementar nº 123/2006 tenha conferido um tratamento diferenciado e simplificado para tributação e recolhimento de impostos, todavia estas empresas não se eximem de observarem, também, as disposições legislativas inerentes aos contribuintes estabelecidos no Estado da Paraíba. Lei Complementar nº 123/2006, no art. 13, § 1º, XIII, “f” e nas Resoluções do Conselho Gestor do Simples Nacional nº 30, de 07/02/2008, e posteriormente, a nº 94, de 29/11/2011, *in verbis*:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(.. .)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (g.n.).

XIII - ICMS devido:

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal; (g.n.).

Art. 82. Aplicam-se a ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional

(...)

§ 2º. Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento Fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006."

Assim, *afasto a preliminar* por entender, conforme se observa dos dispositivos acima, nas operações ou prestações desacobertadas de documento fiscal, presumidas pela constatação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, a Lei Complementar nº 123/2006 remete à legislação interna do Estado da Paraíba.

Ato contínuo, examinando-se a remessa oficial observa-se a existência de *concorrência de infrações*, haja vista as infrações terem sido detectadas por diferentes procedimentos de apuração, porém convergindo para um mesmo resultado: a *omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis*.

Em ambas as delações, referente ao período de 2010, o cerne da questão caracteriza-se por Omissão de Vendas, seja este valor obtido pela *falta de lançamento de nota fiscal ou através do Levantamento da Conta Mercadorias*. Percebe-se, ao final, que estes lançamentos tributários se sobrepõem, sendo, portanto, indiscutível a necessidade de se excluir a quantia cobrada em duplicidade.

Neste diapasão, cabe a este Órgão Colegiado proceder ex-officio aos ajustes necessários para extirpar do crédito tributário os valores cobrados em duplicidade, procedendo às necessárias correções, eliminando, dessa forma, as referidas concorrências de infrações, levando ao entendimento de que havendo concorrência de ilícitos deverá prevalecer o de maior crédito tributário, derrocando-se, portanto, o de menor monta, tal regramento somente se aplica quando as acusações estão contidas na mesma lide.

No caso em tela, corroboro com o entendimento da instância prima, ao cancelar o imposto apurado para os períodos/fatos geradores do exercício de 2010, quanto à omissão de saídas pretéritas, em decorrência da falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, pois os créditos apurados para esta infração são de monta menor que o identificado na Conta Mercadorias, do referido exercício.

Mesmo procedimento deve ser adotado, no que diz respeito às delações de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrentes do confronto das informações prestadas por parte das administradoras de cartão de crédito e débito com as vendas declaradas pela empresa*, bem como se constatarem *aquisições com notas fiscais não lançadas nos registros próprios*, durante os exercícios de 2009 e 2011.

Dessa maneira, corroboro com o entendimento da instância prima, ao cancelar o imposto apurado para os períodos/fatos geradores dos exercícios de 2009 e 2011, referente à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrentes do confronto das informações prestadas por parte das administradoras de cartão de crédito e débito com as vendas declaradas pela empresa, em razão desses exercícios já terem sido contemplados na acusação de “falta de lançamento de nota fiscal de aquisição”.

Ressalvo, no que diz respeito ao período de 2012, que não há a necessidade em proceder a exclusão deste crédito, pois, *apesar de se configurar a concorrência*, percebe-se que esse período também já foi objeto do julgamento da acusação de falta de lançamento de nota fiscal de aquisição, que a princípio seriam concorrentes, no entanto, considerando que o contribuinte conseguiu obter a improcedência da referida acusação, fato que o fez por meio de provas materiais juntadas aos autos, conseqüentemente, afastou a concorrência que poderia existir entre essas acusações.

Prosseguindo, quanto às delações remanescentes, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.”

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, se oportunizou ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, em reclamação e recuso voluntário, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Nesse norte, as naturezas das infrações estão perfeitamente definidas e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, não ensejando nulidade.

Em sequência, para melhor entendimento e compreensão, passo a análise individualizada do mérito das acusações de *falta de lançamento de nota fiscal de aquisição, omissão de saídas tributáveis - Conta Mercadorias e omissão de vendas- exercício 2012*.

A respeito da primeira delação, fls. 5, 9, 11, 17 e 21, esta decorre da *falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada*, obrigação principal, em período constante da exordial, esta tem por fundamento a presunção *juris tantum* (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, 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". (g.n.).

Dessa maneira, são afrontados os artigos 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".

Conforme demonstrativos acostados, a acusação se reporta a notas fiscais declaradas por terceiros, informações obtidas através do cruzamento com as informações do Sintegra e a constatação da falta de registro nas declarações mensais – GIM do contribuinte, que não foram registradas nos livros próprios, em período constante da exordial.

Ressalvo, no caso de empresa regida pelo Regime do Simples Nacional, pois, nessa situação específica, a autuada estaria submetida à legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, corroboro com o entendimento da instância monocrática, ao compreender que o fiscal autuante deveria ter aplicado a alíquota integral do ICMS, mês de junho de 2008, repercutindo erroneamente na penalidade pecuniária aplicada ao caso, todavia, devido ao fato gerador ter ocorrido no mês de

junho 2008, o crédito respectivo não poderá mais ser acrescido, em razão do transcurso do lapso temporal de mais de 5 (cinco) anos, e assim, operado a decadência para esse fato.

Conforme questionado pelo contribuinte, pois segundo seu entendimento, em nenhum dos casos os documentos fiscais podem ser autuados contra uma empresa do Simples Nacional, em *recurso voluntário*, fl. 669, deve-se ressaltar que, nesses casos, não importa a situação da tributação das mercadorias constantes das Notas Fiscais, pois a presunção é de que o pagamento de despesas sem o devido registro na escrita fiscal/contábil se verificou em decorrência de saídas pretéritas sem emissão de nota fiscal.

Da mesma forma, a simples negativa da aquisição, diante de cópias de notas fiscais, apensadas aos autos, cujo destinatário encontra-se a empresa autuada, ou mesmo a informação de que se trata de notas fiscais de consumo, que não compõem o processo produtivo, não sucumbe à exigência do crédito, pois a ratificação da falta de registro de nota fiscal de aquisição de mercadoria nos livros próprios enseja a presunção legal de que o dispêndio foi realizado com receitas marginais oriundas de omissão de vendas pretéritas, não se vinculando a tipo de operação, a qual as mercadorias estejam submetidas, desta forma entendo que o fato não invalida o lançamento, *haja vista a acusação retratar operações pretéritas*.

Quanto aos créditos lançados, referentes aos exercícios de 2009 e 2008, descritas na exordial, não vislumbro nos autos provas capazes de ilidi-las.

Assim, examinado a remessa oficial, corroboro com os ajustes realizados e acolhidos, na instância monocrática, fl. 650, assim descritos:

“No caso ora em apreciação, adentrando o mérito da questão, compulsando as alegações reclamatórias e contestatórias, cotejando-as com as provas e contraprovas trazidas à lide, percebemos, de plano, que de fato foram lançadas nos livros próprios da autuada as notas fiscais de entrada referente aos meses de janeiro (fls. 487), fevereiro (fls. 489), março (fls. 492), junho (fls. 498) e dezembro (fls. 510) do exercício de 2012, suscitado pela autuada em sua peça de defesa, e acolhida pelo fiscal autuante. Sendo assim, improcedo o crédito tributário referente a esse período. Quanto ao exercício de 2011, cabe também improceder os meses de maio (fls. 467), junho (fls. 470), setembro (fls. 476), novembro (fls. 481) e dezembro (fls. 483), em razão de também haver provas nos autos do efetivo registro desses documentos fiscais.”

Já, no tocante ao exercício de 2010, conforme já relatado, diante da ocorrência da concorrência, os valores dos créditos tributários lançados foram cancelados.

No que diz respeito à delação de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis*, apurada pela Conta

Mercadorias, exercício 2010, corroboro com o entendimento exarado pela instância prima, pois diante da ausência de provas capazes de elidir o resultado do procedimento de detecção dos ilícitos, resta, pois, caracterizada a infringência aos artigos 158, I e 160, I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 18.930/97.

Em suas alegações a empresa aduz que a fiscalização não levou em consideração o Livro de Inventário de 2010 e 2011, e ainda, não elencou as duplicatas da empresa que foram emitidas para serem pagas e contabilizadas no exercício seguinte, como também questionou a técnica empregada pela fiscalização em razão de não se registrar saldos de Banco e Caixa.

Neste caso, deve-se observar, conforme relatado pela instância monocrática, que:

A empresa se reportou ao registro de inventário de 2010 e 2011, no entanto, nos autos não há qualquer documento do referido registro de inventário. Quanto ao alegado acerca das duplicatas da empresa que, segundo ela, foram emitidas para serem pagas e contabilizadas no exercício seguinte, no entanto, a autuada não precisou nos autos quais duplicatas estaria se referindo, como também, a localização ou juntada desses documentos nos autos, assim, entende-se que apenas a mera alegação despida de documentação comprobatória não possui o condão de afastar acusações que lhe são impostas no auto de infração.

Ante a solicitação de que seja recepcionado um Levantamento Financeiro feito por uma auditoria externa, diferente do que foi feito pelo auditor fiscal da Receita Estadual, observo um equívoco da empresa autuada, pois apesar de não questionar diretamente os valores que compuseram o Levantamento da Conta Mercadorias, a empresa argui os saldos das Contas Caixa e Bancos, pois tais saldos das referidas contas não são indicadas no levantamento da conta mercadorias, e sim, compõe o levantamento financeiro, o qual também é técnica de auditoria que comumente se utiliza a fiscalização a fim de detectar omissões de vendas, porém, essa não foi a técnica utilizada pelo autuante.

Quanto à delação de *omissão de vendas, exercício de 2012, detectada por meio da operação de cartão de crédito/débito*, fl.108, não questionada pelo contribuinte, em recurso voluntário, observa-se através dos relatórios acostados que o contribuinte informou ao fisco, valores inferiores ao declarado pelas empresas prestadoras de serviços de cartão de crédito/débito. Diante da falta de provas carreadas aos autos pela autuada, corroboro com o entendimento da instância monocrática, julgando procedente o lançamento indiciário.

Assim sendo, seguindo o entendimento da instância prima, adaptando-se às particularidades presentes, corroboro com a decisão da sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente* a acusação de omissão dos lançamentos das notas nos livros de registro próprios, ficando o crédito tributário constituído conforme planilha adiante.

Diante do exposto, cabe-me promover os ajustes necessários, entendendo que se justifica a alteração com relação aos cálculos elaborados pela fiscalização, no que diz respeito ao percentual de multa, e acrescentando os valores da reincidência, ficando o crédito remanescente assim constituído:

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/06/2008	30/06/2008	1,44	1,44	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/09/2008	30/09/2008	8,03	8,03	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/11/2008	30/11/2008	958,92	958,92	1.9
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/12/2008	31/12/2008	1.749,70	1.749,70	3.4
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/01/2009	31/12/2009	10.088,81	10.088,81	20.1
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/01/2010	31/12/2010	-	-	

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/01/2011	31/12/2011	11.548,78	11.548,78	23.0
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO.	01/01/2012	31/12/2012	-	-	
OMISSÃO DE VENDAS	01/01/2009	31/12/2009	-	-	
OMISSÃO DE VENDAS	01/01/2011	31/12/2011	-	-	
OMISSÃO DE VENDAS	01/01/2012	31/12/2012	121,91	121,91	2
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS-CONTA MERCADORIAS	01/01/2010	31/12/2010	53.653,09	53.653,09	107.3
TOTAL			53.775,00	53.775,00	107.5

No que tange ao *Termo de Exclusão do Simples Nacional*, Processo nº 164.235.2013-5, vinculado ao Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, apesar de não ter sido questionado pela empresa autuada, em recurso voluntário, corroboro com o entendimento da instância prima.

Observando o que dispõe o art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, a competência para fiscalizar e proceder à exclusão do Simples Nacional, pela ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 29, é da Receita Federal do Brasil e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, *in verbis*:

“Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional

dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei

Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do

caput do art. 26;

(...)

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;”

Ao dispor sobre a exclusão do Simples Nacional, o Comitê Gestor do Simples Nacional editou a Resolução CGSN nº 15/07, que foi revogada pela Resolução CGSN nº 94/11, impondo, assim, a aplicação do gravame previsto no art. 76 da mencionada Resolução CGSN, *in verbis*:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei

Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea “a” do inciso

II do art. 97;

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais; (...)

Ocorre que, conforme observado, em sentença pela instância monocrática, esse dispositivo se refere diretamente ao descumprimento reiterado da obrigação de emitir documento fiscal, o qual, por meio da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, posteriormente modificada pela IN nº 009/2013/GSER, estabeleceu, em seu art. 3º, a definição de prática reiterada para fins de se lavrar o Termo de Exclusão do Simples Nacional, *in verbis*:

“Art. 3º Considera-se prática reiterada, a ocorrência de idênticas infrações, inclusive, de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 05 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração, a partir da decisão definitiva referente à infração anterior.

Parágrafo único. No momento da lavratura de auto de infração, verificada a hipótese de prática reiterada, deve o auditor fiscal lavrar Termo de Exclusão do Simples Nacional e providenciar a cientificação ao contribuinte.”

Assim, apesar de ter sido comprovado nos autos que o autuado incidiu em idênticas infrações, não se caracteriza prática reiterada, já que seria necessário para tanto uma decisão administrativa definitiva anterior no interstício de 05 (cinco) anos, em idêntica infração.

Nesse sentido, infere-se que apesar da prática infringente ter ficado caracterizada nos presentes autos, não cabe ao caso a exclusão da empresa autuada do Regime do Simples Nacional, em razão de *não ter ficado caracterizada a prática reiterada*, conforme disciplinada no art. 3º da Instrução Normativa nº 009/2013/GSER, condição essa indispensável para efetivação da referida exclusão.

Portanto, ante o exposto acima, corroboro com o entendimento do *cancelamento* do Termo de Exclusão do Simples Nacional, lavrado contra a empresa ET CALÇADOS LTDA. EPP., em decorrência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, Processo nº 164.235.2013-5, em face de não ter ficado caracterizado, conforme preceitua o art. 3º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, alterada pela 009/2013/GSER, a conduta de prática reiterada.

Em face desta constatação processual,

VOTO pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular e, *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, declarando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, lavrado em de 18 de novembro de 2013, CCICMS nº 16.134662-6, declarando como devido o crédito tributário, no valor de R\$ 156.261,36 (cento e cinquenta e seis mil, duzentos e sessenta e um reais e trinta e seis centavos), sendo, R\$ 78.130,68, (setenta e oito mil, cento e trinta reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I; e 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e ,R\$ 78.130,68 (setenta e oito mil, cento e trinta reais e sessenta e oito centavos), referente à multa, com fundamento legal no art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº. 6.379/1996, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Por oportuno, com fundamento nas razões acima expendidas, cancelo, por indevido, o crédito tributário, no importe de R\$ 85.889,14 (oitenta e cinco mil, oitocentos e oitenta e nove reais e quatorze centavos), sendo, R\$ 42.944,21 (quarenta e dois mil, novecentos e quarenta e quatro reais e vinte e um centavos), de ICMS, e, R\$ 42.944,93 (quarenta e dois mil, novecentos e quarenta e quatro reais e noventa e três centavos), de multa, com fundamento nas razões expendidas neste voto.

Ressalvo, ante o exposto acima, que corroboro com o entendimento do *cancelamento* do Termo de Exclusão do Simples Nacional, lavrado contra a empresa ET CALÇADOS LTDA. EPP., em decorrência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001924/2013-93, Processo nº 164.235.2013-5, em face de não ter ficado caracterizado, conforme preceitua o art. 3º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, alterada pela 009/2013/GSER, a conduta de prática reiterada.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de novembro de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora