



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 1789672013-2

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

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

Preparadora:SUBGER. DA REC. DE RENDAS DA GER. REG. DA PRIMEIRA REGIÃO

Autuante:MAXWELL SIQUEIRA UMBIZEIRO

Relatora:CONS^a. DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Relator(VOTO DIVERGENTE):CONS.^o PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. BARES, RESTAURANTES E SIMILARES. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O lançamento tributário se procedeu conforme os requisitos da legislação de regência, não se vislumbrando qualquer prejuízo à defesa da recorrente.

Nos lançamentos onde são apuradas omissões de vendas, a decadência se verifica após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

As diferenças apuradas no Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência, não elidida pelo sujeito passivo.

O benefício fiscal da redução de base de cálculo deve ser concedido devido ao segmento no qual a recorrente está enquadrada.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à maioria, e de acordo com o voto da relatora pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, alterando quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002245/2013-31, lavrado 20 de dezembro de 2013, contra a empresa GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (CCICMS: 16.146.456-4), condenando-a ao pagamento de R\$ 37.477,31 (trinta e sete mil, quatrocentos e setenta e sete reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 18.738,65 (dezoito mil, setecentos e trinta e oito reais e sessenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 18.738,65 (dezoito mil, setecentos e trinta e oito reais e sessenta e cinco centavos), a título de multa por infringência aos arts. 158, I, Art. 160, I com fulcro no art. 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07, cujo valor da penalidade teve por arrimo o

art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o montante de R\$ 33.280,52 (trinta e três mil, duzentos e oitenta reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 16.640,26 (dezesesseis mil, seiscentos e quarenta reais e vinte e seis centavos) de ICMS e R\$ 16.640,26 (dezesesseis mil, seiscentos e quarenta reais e vinte e seis centavos) a título de multa e, acrescento a este valor o montante de R\$ 16.061,69, (dezesesseis mil, sessenta e um reais e sessenta e nove centavos), sendo R\$ 8.030,85 (oito mil, trinta reais e oitenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 8.030,85 (oito mil, trinta reais e oitenta e cinco centavos) a título de multa, perfazendo um total cancelado de R\$ 49.342,21 (quarenta e nove mil, trezentos e quarenta e dois reais e vinte e um centavos).

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2018.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara, acompanhando o voto da Relatora MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, e com voto divergente PETRONIO RODRIGUES LIMA.

Assessor Jurídico

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002245/2013-31, lavrado em 20 de dezembro de 2013, contra a empresa GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (CCICMS: 16.146.456-4), em razão da irregularidade, identificada no exercício de 2008, abaixo citada:

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 superam as receitas auferidas. Irregularidade

esta detectada através de levantamento financeiro.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 86.819,52, sendo R\$ 43.409,76 de ICMS e R\$ 43.409,76 referente à penalidade de multa, tendo como descumprimento aos arts. 158, I, Art. 160, I com fulcro no art. 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07, cujo valor da penalidade teve por arrimo o art. 82, V, "f", da Lei 6.379/96.

Demonstrativos instruem o processo às fls. 4 e 5.

Cientificada da autuação pessoalmente, fl. 3, recepcionado em 20/12/2013, a recorrente se manifestou, tempestivamente, apresentando peça reclamatória protocolada em 21/1/2014, fls. 6 a 15, e anexos às fls. 16 a 46.

Em breve síntese, a reclamante requer a insubsistência da autuação, sob o fundamento de que a fiscalização teria lavrado um Auto de Infração baseado unicamente no relatório e demonstrativo apresentado pelo fiscal autuante, sem que a impugnante pudesse esclarecer a forma como fora realizado o levantamento.

Aduz ainda, que: a) a cobrança é inexistente e se mostra eivada de ilegalidades, b) o fiscal autuante cometeu erros no demonstrativo, desconsiderando contas importantes, como empréstimos adquiridos junto a bancos e contrato de mútuos entre filiais, considerando apenas a rubrica vendas de mercadorias e desconsiderando totalmente as demais rubricas, como por exemplo saldo inicial de caixa, bancos e empréstimos; c) questiona o lançamento a título de outras compras para ativo fixo (não lançadas no Livro de Registro de Entradas), requer explicação de tal valores para que possa fazer sua análise, d) reforça infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa e da legalidade, pois não foi permitido à impugnante reconhecer de que forma se chegou aos valores informados dificultando sua defesa, por fim, e) argumenta a natureza confiscatória da multa aplicada e requer a nulidade da autuação e sua improcedência.

Foram os autos encaminhados para o fiscal autuante fazer a contestação à defesa, conforme fls. 48 e 49. Na contestação o fiscal informou que:

- a) Não levou em consideração os empréstimos, porque os mesmos não foram apresentados durante a fiscalização;
- b) Com relação à compra de três máquinas no valor de R\$ 53.800,00, NF 1028, teve entrada no Estado da PB no dia 7/8/2008 e junta cópia da nota fiscal e da consulta ao sistema Àtomo;
- c) Não considerou os saldos das contas caixa e saldo de bancos porque esses valores só devem ser considerados quando apresentados à fiscalização o Livro Caixa e o Razão de bancos devidamente escriturados e autenticados, por isso esses saldos não foram considerados;
- d) Quanto ao contrato de mútuo entre filiais, o mesmo é totalmente dispensável, embora as transferências de recursos entre filiais sejam legais, devem ser registrados no livro caixa de cada filial, como os livros não foram apresentados, os valores não foram considerados;
- e) Quanto ao saldo de duplicatas a pagar no próximo exercício, o mesmo não foi considerado porque o Livro Razão não foi apresentado;
- f) Quanto aos valores de despesas a maior, o contribuinte apresentou apenas as despesas com telefone, que realmente estava a maior, mas já foi corrigido, para as demais despesas o contribuinte

se omitiu em apresentar;

g) Tendo acatado parte das alegações, o crédito tributário inicial foi reduzido em R\$ 27.251,43 (vinte e sete mil, duzentos e cinquenta e um reais e quarenta e três centavos).

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 55, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos à julgadora fiscal, ROSELY TAVARES DE ARRUDA, que decidiu pela parcial procedência da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

EMENTA: NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE.

A lavratura do auto de infração em questão foi procedida consoante as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam os artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, estando a infração e o sujeito passivo bem determinados, tendo sido atendido também todos os requisitos formais.

Caracterizada a omissão de saídas tributáveis, sem o recolhimento do imposto, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. In casu, as provas apresentadas pela defesa levaram a necessidade de ajustes no levantamento financeiro, acarretando em uma diminuição do crédito tributário devido e a sucumbência de parte dos créditos lançados na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 67, recepcionado em 19/9/2017, a autuada se manifestou no prazo regulamentar. Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

O objeto do recurso voluntário a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou parcialmente procedente o auto de infração, porquanto constatou que, com base no levantamento financeiro realizado sobre as informações contábeis que a recorrente contraiu mais despesas do que receitas, constatando insuficiência de caixa, sendo

indicativo de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

No tocante à nulidade arguida, cabe considerar que o lançamento fiscal se procedeu em conformidade com o art. 142 do CTN, que assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, 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.

A suposta irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria apresentado mais despesas do que receitas, com base na reconstituição do levantamento financeiro do exercício de 2008. Esta conduta fez surgir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente, nos termos do que dispõem os artigos arts. 158, I, Art. 160, I com fulcro no art. 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07, cujo valor da penalidade teve por arrimo o art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96:

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

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

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

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

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

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

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. (g. n.)

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

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;

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, 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 forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Ante o exposto, entendo que o embasamento Legal utilizado para fundamentar a infração cometida estava em consonância com a legislação tributária vigente à época.

A correta tipificação da infração tem sua razão de ser na exatidão da penalidade a ser imposta ao infrator, de modo que incorretamente tipificada a conduta resta prejudicada a aplicação da punição.

Superados os aspectos formais, passaremos a analisar o mérito, o qual está relacionado com a presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, a qual é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido dispositivo.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante esclarecermos que, a técnica do levantamento financeiro é legalmente possível e, constatada, o artigo 646 do RICMS/PB autoriza a presunção de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto*.

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis.

A recorrente alega, que o levantamento financeiro apresentado pelo fiscal autuante apresenta diversas incorreções, as quais o deslegitimam para o fim de constituir crédito contra recorrente.

Argumenta que não foi citada para apresentar documentação, não tendo sido aberto Termo de Início de Fiscalização, restando claro o cerceamento de defesa. Sendo o auto de infração acompanhado unicamente do próprio levantamento financeiro fiscal, não foi concedido à recorrente a oportunidade de apresentar o Livro Caixa, sendo essa a premissa originária da acusação.

Reforça que não sabe de onde a fiscalização obteve esses valores, possivelmente houve um arbitramento dos mesmos, logo, essa técnica deve ser realizada em circunstâncias determinadas na legislação, não sendo possível arbitramento para levantamento financeiro.

Alega que, sendo relativa, a presunção do art. 646 do RICMS-PB, o arbitramento na forma como fora feito, é indevido, devendo o auto ser nulo, pois não há lastro probatório mínimo para fundamentar tal acusação.

Requer que seja declarada a decadência para o período de Janeiro a Novembro de 2008, podendo ser declarado de ofício e em qualquer fase do processo, em obediência ao art. 150 §4º do CTN, pois houve declaração (GIM) e pagamento, mesmo que a menor, por parte da recorrente.

Argumenta que houve um equívoco na eleição da alíquota aplicada, devendo ser utilizada a maior alíquota relativa à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, conforme disposto no art. 83 e 85 da Resolução CGSN Nº 94/2011.

No mesmo sentido da alíquota, houve equívoco no tocante à penalidade, devendo ser aplicada conforme dispõe o art. 34 da lei 13/2006, devendo ser aplicado o percentual de 75%.

Aduz que a recorrente é empresa do Simples Nacional e que atua no segmento de alimentos, bares, restaurantes e similares, devendo ser obedecida a carga tributária para esse segmento, com redução da base de cálculo com fundamento no art. 34, IV do RICMS-PB.

Por fim requer a anulação da autuação e, sua improcedência, conforme o caso.

Inicialmente, entendemos que não houve cerceamento de defesa, levando em consideração que foram dadas as oportunidades da recorrente apresentar suas informações contábeis, uma na impugnação e outra por via recursal, todas as alegações que foram comprovadas, foram acatadas pela instância singular, bem como, agora na fase recursal.

Decadência

Passaremos a tratar da decadência suscitada pela recorrente relativa à parcela do crédito tributário, referentes aos fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro e 30 de novembro de 2008.

Como se sabe a decadência, no direito tributário, é a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, em razão de decurso de prazo instituído em lei.

Neste sentido, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Por outro lado, a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por homologação, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa.

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita, por decurso do prazo legal, conforme estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Seguindo a linha do CTN, a legislação estadual da Paraíba, considerando que, com a entrega da declaração, o Fisco detém todas as informações do contribuinte de forma a proceder a homologação, estabeleceu, através da Lei nº 10.094/2013, que veio a introduzir modificações no Processo Administrativo Tributário, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, para os contribuintes que tivessem realizado a entrega da declaração ou recolhido a menor o imposto declarado, conforme prevê o art. 22, § 3º, que abaixo reproduzimos:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n.).

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada.

Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, o lançamento fiscal trata de irregularidades onde se presume a ocorrência de omissão de fatos geradores do imposto, decorrentes de diferenças apuradas em Levantamento Financeiro.

Portanto, tratando-se de fatos geradores omitidos, não há que se falar em pagamento antecipado do imposto, como expôs a recorrente, pois esses fatos geradores foram sequer declarados ao Fisco, nada havendo o que se homologar.

Assim, a recuperação de tais valores deve ser providenciada através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial, conforme o art. 173, I, do CTN, acima transcrito.

Neste sentido, os valores recolhidos pelo sujeito passivo se referem àqueles computados na sua apuração mensal do ICMS, sem qualquer relação com os valores autuados pela fiscalização.

Logo, considerando que o lançamento tributário se consolidou, em 20/12/2013, com a ciência do contribuinte, não há a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2008 e 30/11/2008, pois esta só se operaria em 1º/1/2014, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, considero que esses lançamentos não são passíveis de extinção pela decadência, tendo em vista a regra explícita no art. 173, I, do CTN.

Levantamento Financeiro

No tocante à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada em Levantamento Financeiro, ressaltamos que o método está respaldado na nossa legislação e se consubstancia pelo confronto de todas as receitas da empresa com as despesas operacionais, não operacionais e as disponibilidades em caixa e em bancos.

Assim, parte do princípio de que as receitas da empresa devem ser suficientes para satisfazer todos os dispêndios do estabelecimento, assim considerados não apenas a aquisição de mercadorias para a revenda, mas, também, às despesas com pessoal, água, energia, pró-labore, materiais de uso e consumo, aluguéis, e outras.

O procedimento é largamente utilizado e aceito como meio de aferição fiscal, estando disciplinado no artigo 643 do RICMS/PB, sendo que as diferenças verificadas denunciam

irregularidade por omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção estabelecida no artigo 646 do RICMS, conforme dispositivos transcritos abaixo:

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 esteja obrigado ao regime de tributação com base no lucro real e tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

I - a elaboração de Demonstrativo Financeiro, onde deverão ser evidenciadas todas as receitas e despesas operacionais ou não operacionais, bem como considerada a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e o no final do período fiscalizado;

§ 5º Na ausência da escrituração do livro Caixa, que trata o § 3º, para que se possa levar a efeito o demonstrativo financeiro referido no parágrafo anterior, os saldos no início e no final do exercício serão considerados inexistentes.

§ 6º As diferenças verificadas em razão do confronto fiscal denunciam irregularidade, observado o disposto no art. 646.

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 (Decreto nº 28.259/07).

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se igualmente a qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento.

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*.

Assim, sendo constatado que as receitas auferidas não foram suficientes para fazer frente às despesas do estabelecimento, no exercício considerado, aplica-se a presunção de que a diferença apresentada é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, restando ao sujeito passivo o direito de provar a improcedência da acusação com documentos que atestem a não ocorrência do fato gerador presumido.

No caso em comento, a fiscalização apurou diferença tributável no exercício de 2008, conforme demonstrativos (fls. 4-5).

Sendo considerada na instância singular as argumentações devidamente comprovadas pela autuada em sua defesa, reduzindo o crédito tributário inserto na inicial. Mantida em parte a acusação na primeira instância, a recorrente alega que não foi considerado, no levantamento, o valor do saldo inicial da conta caixa e bancos de 2008, no entanto, não trouxe aos autos documentos que comprovem suas alegações, por outro lado, consultando as informações constantes dos arquivos magnéticos da Secretaria não encontramos registros para o exercício de 2008, de modo que o levantamento financeiro apresentado à fl. 19, por não ter nenhum registro ou autenticação da repartição competente, não produz os efeitos esperados para comprovar o alegado.

Portanto, ratifico os termos da decisão singular, por considerar que está em consonância com os termos das provas constantes nos autos e com os dispositivos da legislação em vigor.

Base de Cálculo Reduzida

No tocante à pretensão da recorrente para a aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 34, IV, do RICMS/PB, no fornecimento de refeição por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, entendo que se aplica o referido benefício, devendo ser atribuída à recorrente a mesma carga tributária dos demais estabelecimentos do mesmo segmento, tendo em vista que o dispositivo legal que regulamenta tal benefício não traz limitações ou condições para as quais, não sendo

atendidas, o contribuinte perde o benefício, desta forma, em razão ao princípio da legalidade, entendendo por aplicável a redução em epígrafe.

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

IV - até 30 de abril de 2000, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98 e 05/99).

Corroborando com esse entendimento, transcrevo acórdão nº 242/2018, publicado recentemente, consolidando entendimento desta corte, por maioria.

Processo N° 181.561.2013-2

ACÓRDÃO N°. 242/2018

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

1ª Recorrida: GG INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

2ª Recorrente: GG INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Repartição Preparadora: SUB.DA RECEB. DE RENDAS DA GER.REG. DA 1ª REGIÃO.

Autuante: MAXWELL SIQUEIRA UMBUZEIRO

Relator: CONSº. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

Relatora Voto Parcialmente Divergente(Voto Vencedor): CONSª. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM 30% PARA FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES POR BARES E RESTAURANTES. REFORMADA A SENTENÇA RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

- A ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis verificada nas Contas Mercadorias e Levantamento Financeiro enseja a presunção de não recolhimento do ICMS, em conformidade com a legislação correlata.

- Fiscalização que procedeu corretamente com os lançamentos, nos termos da do art. 142 do Código Tributário Nacional. Não ocorrência de prejuízos à defesa do contribuinte.

- Benefício fiscal do art. 34, IV, do RICMS aplicável à espécie. Inexistência de fundamento legal para sua exclusão, ainda que verificada omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Para melhor visualização, apresentamos relatório com o novo saldo:

Quanto à alíquota do ICMS aplicada pela Fiscalização, cumpre observar que, não obstante a recorrente se encontrar inserida no Simples Nacional, a acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, da Lei Complementar nº 123/2006:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/ 2006:

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:

[...]

XIII - ICMS devido:

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal.”

(Grifos não constantes dos originais)

Por consequência, impõe-se declarar regularidade na aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo do ICMS, conforme efetuado no lançamento de ofício em tela. Sendo esse o mesmo entendimento para aplicação da penalidade cabível.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, alterando quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002245/2013-31, lavrado 20 de dezembro de 2013, contra a empresa GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (CCICMS: 16.146.456-4), condenando-a ao pagamento de **R\$ 37.477,31 (trinta e sete mil, quatrocentos e setenta e sete reais e trinta e um centavos)**, sendo R\$ 18.738,65 (dezoito mil, setecentos e trinta e oito reais e sessenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 18.738,65 (dezoito mil, setecentos e trinta e oito reais e sessenta e cinco centavos), a título de multa por infringência aos arts. 158, I, Art. 160, I com fulcro no art. 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07, cujo valor da penalidade teve por arrimo o art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o montante de **R\$ 33.280,52 (trinta e três mil, duzentos e oitenta reais e cinquenta e dois centavos)**, sendo R\$ 16.640,26 (dezesseis mil, seiscentos e quarenta reais e vinte e seis centavos) de ICMS e R\$ 16.640,26 (dezesseis mil, seiscentos e quarenta reais e vinte e seis centavos) a título de multa e, acrescento a este valor o montante de **R\$ 16.061,69, (dezesseis mil, sessenta e um reais e sessenta e nove centavos)**, sendo R\$ 8.030,85 (oito mil, trinta reais e oitenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 8.030,85 (oito mil, trinta reais e oitenta e cinco centavos) a título de multa, **perfazendo um total cancelado de R\$ 49.342,21 (quarenta e nove mil, trezentos e quarenta e dois reais e vinte e um centavos).**

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2018.

Dayse

Annyedja Gonçalves Chaves

Conselheira Relatora