Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 145.485.2012-0
Acórdão nº 462/2015
Recurso HIE/CRF-401/2014
RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
RECORRIDA: CLODOALDO DE SOUSA PEREIRA (EPP)
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
AUTUANTE: IZABEL CRISTINA R. LEITE DE LIMA.
RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DESCRIÇÃO GENÉRICA. NULIDADE NÃO RECLAMADA. MANTIDO O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. FALTA DE PAGAMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS.LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. PROVAS DA OCORRÊNCIA DE ERROS NA SUA MONTAGEM. REDUÇÃO DA DIFERENÇA TRIBUTÁVEL. PENALIDADE. LEI MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE DESPROVIDO

- Mantida a acusação genérica de falta de recolhimento do ICMS em decorrência da não existência de pedido de nulidade da delação fiscal formalizado pela autuada no exercício do seu direito de defesa.
- Caracteriza-se legítima a ação fiscal que exige do contribuinte autuado o pagamento do ICMS Simples Nacional Fronteira não oportunamente efetuado sobre as operações sujeitas ao pagamento antecipado do imposto por este, realizadas.
- O Levantamento da Conta Mercadorias tem o efeito de inverter o ônus da prova para cometê-lo ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza do seu resultado. No caso, a autuada apresenta provas da ocorrência de erros nos valores das notas fiscais não lançadas e levadas a efeito no procedimento fiscal, o que demandou ajustes no resultado inicial, reduzindo a diferença tributável original.

Correção da redução da penalidade aplicada na decisão singular, em face do advento de lei posterior mais benigna

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

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de RecursosFiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença prolatada na primeira instância que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

93300008.09.00003145/2012-41 (fls. 3 e 4), lavrado em 28 de novembro de 2012, em que foi autuada a empresa CLODOALDO DE SOUSA PEREIRA**,** com inscrição estadual n° 16.144.356-7, qualificada nos autos, e fixar o crédito tributário no valor de R$ 1.711.653,48 (um milhão, setecentos e onze mil, seiscentos e cinquenta e três reais e quarenta e oito centavos), sendo R$ 857.358,17 (oitocentos e cinquenta e sete mil, trezentos e cinquenta e oito reais e dezessete centavos) de ICMS, por infração ao artigo 106, I, "g", além do art. 106, e arts. 158, I e 160, I c/c o arts. 643, § 4º, I, todos do RICMS/PB, bem como ao art. 13, § 1º, XIII, "g" e "h" da Lei Complementar nº 123/2006, e R$ 854.295,31 (oitocentos e cinquenta e quatro mil, duzentos e noventa e cinco reais e trinta e um centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, inciso II, alínea "e" e inciso V, alínea "a" da Lei nº 6.379/96, com alteração atribuída pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por irregular, o montante de **R$ 881.278,44,** sendo R$ 8.994,36 de ICMS e R$ 872.284,08 de multa por infração**,** comfundamento nas razões acima expendidas.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de setembro de 2015.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Assessora Jurídica

Recurso HIE /CRF N.º 401/2014
RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
RECORRIDA: CLODOALDO DE SOUSA PEREIRA (EPP)
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
AUTUANTE: IZABEL CRISTINA R. LEITE DE LIMA.
RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DESCRIÇÃO GENÉRICA. NULIDADE NÃO RECLAMADA. MANTIDO O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. FALTA DE PAGAMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. PROVAS DA OCORRÊNCIA DE ERROS NA SUA MONTAGEM. REDUÇÃO DA DIFERENÇA TRIBUTÁVEL. PENALIDADE. LEI MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE DESPROVIDO.

- Mantida a acusação genérica de falta de recolhimento do ICMS em decorrência da não existência de pedido de nulidade da delação fiscal formalizado pela autuada no exercício do seu direito de defesa.

- Caracteriza-se legítima a ação fiscal que exige do contribuinte autuado o pagamento do ICMS Simples Nacional Fronteira não oportunamente efetuado sobre as operações sujeitas ao pagamento antecipado do imposto por este, realizadas.

- O Levantamento da Conta Mercadorias tem o efeito de inverter o ônus da prova para cometê-lo ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza do seu resultado. No caso, a autuada apresenta provas da ocorrência de erros nos valores das notas fiscais não lançadas e levadas a efeito no procedimento fiscal, o que demandou ajustes no resultado inicial, reduzindo a diferença tributável original.

- Correção da redução da penalidade aplicada na decisão singular, em face do advento de lei posterior mais benigna.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo etc.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de **Recurso Hierárquico,** interposto contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003145/2012-41, de fls. 3 e 4, lavrado em 28/11/2012, em que o contribuinte acima identificado é acusado do cometimento das práticas irregulares assim denunciadas:

- ***FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS–SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA*** *– Contrariando dispositivos legais, ocontribuinte optante do Simples Nacional, não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS-Simples Nacional Fronteira (1124).*

- ***FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS*** *- Falta derecolhimento do imposto estadual.*

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

Segundo o entendimento acima, o autuante constituiu o crédito tributário na quantia total de R$ 2.592.931,92, sendo R$ 866.352,53, de ICMS, por infringência ao art. 106, I, “g”, c/c o art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da Lei Complementar nº 123/2006, e do art. 106, além dos arts. 158, I e 160, I, todos do RICMS/PB, c/c os arts. 9º e 10º da Res. CGSN nº 030/2008 e dos arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 94/2011, e R$ 1.726.579,39, de multa por infração, com fundamento no artigo 82, II, “e” e V, “a” da Lei Estadual nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 5 a 216: Ordem de Serviço Normal, Notificação para entrega de livros fiscais e respectivo comprovante de entrega via AR, Termo de Início de Fiscalização, Instrumento Particular de Procuração, cópia de documento de identificação de pessoa física, Dados de Equipamento por Usuário de ECF, Detalhamento de Requerimento de Autenticação de Livros Fiscais, Extratos Demonstrativos de Faturas, demonstrativos do Levantamento da Conta Mercadorias e do Levantamento Financeiro (Exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011), Relação de Notas Fiscais de Entradas Não Declaradas (Exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011), cópia de notas de fiscais de aquisições, Notas Fiscais de Terceiros, Detalhamento de Auto de Infração, Recibo Oficial de Entrega de Obrigação Acessória/GIM Dados Anuais, Extrato de Pagamentos por Contribuinte, Termo de Encerramento de Fiscalização, cópia do livro Registro de Entradas (2008,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2009, 2010 e 2011), cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (lançamentos do período de janeiro e fevereiro).

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, mediante o Aviso de Recebimento nº RA 15918596 5 BR (fl. 218), assinado em 19/12/2012 por seu receptor, a autuada apresenta defesa tempestiva, às fls. 220 a 222, alegando, a seu prol, os seguintes fatos:

- A Fiscalização não verificou a documentação que lhe foi entregue e verificou que havia umas notas que não foram localizadas nos exercícios de 2007 a 2011 e assim no auto de infração onde já continha o ICMS Simples Nacional Fronteira e acrescentou uma omissão de saídas de mercadorias tributadas na Conta Mercadorias.

- Sem verificar os valores corretos dos estoques e das saídas bem como sem verificar o que está no sistema da própria Secretaria de Estado da Receita fez um auto de infração cujo valor a empresa não tem condições de liquidar.

- Os valores estão totalmente diferentes dos livros fiscais e os estoques são outros.

- Não é verdade que não houve lançamento de notas fiscais, pois, verificando em 2008, a Nota Fiscal nº 43126 (13/8/2008) está devidamente lançada no Registro de Entradas e isto se repete nos anos de 2009, 2010 e 2011.

- Estão anexados a esta defesa os Relatórios de Saída por Talão, desenvolvidos pela SER, onde constam todas as notas do talão modelo U, sendo que autuante declarou que não foram declaradas, inclusive juntou notas fiscais que foram detectadas por outra Fiscalização, aumentando, assim, o débito fiscal.

- Verificando que os Auto de Infração nºs 93300008.09.00003145/2012-41 e 93300008.09.00003146/2012-96, os dois da mesma data e entregues no mesmo dia, nota-se que houve divergência na fiscalização e, por isso a empresa pede a anulação para que seja feita uma nova fiscalização com os documentos e livros devidamente analisados, frente ao que pede, ainda, um prazo de 30 para apresentar todos os documentos, uma vez que ainda estão com a Fiscalização documentos que lhe foram entregues e ainda não devolvidos.

Acosta documentos às fls. 223 a 252 (Notificação, planilhas, cópia de lançamentos efetuados no Registro de Entradas/Períodos de agosto de 2008, abril, maio, outubro e dezembro de 2009, bem como janeiro e fevereiro de 2010).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Instada a contestar, a autuante argumenta que todos os livros e documentos foram devolvidos à autuada, conforme recibo de entrega (fl. 254), sendo que o procurador da empresa “esqueceu na repartição talonários de notas fiscais e não mais voltou a buscá-los, então falamos com o contador da empresa, através do telefone (...), tendo, ele próprio se comprometido a buscar o restante do material no dia seguinte”.

Prosseguindo, alega que:

- A retificação deve ser espontânea em tempo hábil, isto é, antes da Fiscalização.

- Quanto aos estoques estes foram rigorosamente considerados os informados nos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte, uma vez não lhe foram fornecidos livros de inventário.

- Relativamente à Conta Mercadorias/2008 foi abatido o valor R$ 594,21 referente à Nota Fiscal nº 43126, em face da comprovação do seu lançamento no Registro de Entradas, de modo que, nessa rubrica, em vez do valor inicial de R$ 133.959,35 passa a ser R$ 133.364,14, e o ICMS para o exercício (já abatida o ICMS da operação cartão de crédito, no valor de R$ 10.807,64 – AI nº 93300008.09.00001314/2009-03) é de R$ 124.423,66, conforme anexos em PDF e às fls. 260.

- Quanto à Conta Mercadorias do exercício de 2009, cujo levantamento inclui nota fiscais não registradas, concordamos com o argumento defensual de que houve lançamento dos seguintes documentos no livro fiscal próprio: Nota Fiscal nº 17597 (valor de R$ 695,63), Nota Fiscal nº 959806 (valor de R$ 235,69), Nota Fiscal nº 6612 (no valor de R$ 3.609,88), Nota Fiscal nº 8224 (valor de R$ 7.491,19), Nota Fiscal nº 43300 (valor de R$ 106,88).

- As Notas Fiscais de nºs 89294 e 89297, referentes ao exercício de 2009, não foram lançadas, como quer a reclamante.

- Na Conta Mercadorias/2009 as notas fiscais não lançadas passam ao valor total de R$ 180.090,10, em vez de R$ 192.229,37, como inicialmente considerado, e o valor do ICMS (já abatida a operação cartão de crédito de R$ 13.625,30) passa a ser R$ 123.413,72, para o exercício, conforme demonstrativos em PDF e em papel anexado na fl. 261.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- Na Conta Mercadorias/2010 a autuada reclama o lançamento dos seguintes documentos, nos respectivos valores: Nota Fiscal nº 9824 (R$ 8.808,00), às fls. 54 e 149, Nota Fiscal nº 10049 (R$ 8.579,67), às fls. 54 e 150, Nota Fiscal nº 10514 (R$ 7.847,07), Nota Fiscal nº 10538 (R$ 2.730,23), estas anexadas às fls. 54 e 151,).

- Essas notas fiscais, referentes ao exercício de 2010, foram lançadas, apesar de algumas com valores incorretos, ou seja, a Nota Fiscal nº 9824 foi registrada com o valor de R$ 888,00, a Nota Fiscal nº 10538, no valor de R$ 2.730,23, foi registrada no valor de R$ 27.430,23, portanto, devendo abater os valores corretos, de modo que o valor total das notas fiscais não lançadas passa a ser R$ 599.339,73, em vez de R$ 627.304,70, com o ICMS de R$ 147.169,44, para o exercício (já abatida operação cartão de crédito no total de R$ 78.129,81).

- Relativamente ao levantamento da Conta Mercadorias do exercício de 2011 não houve reclamação e, no que concerne às notas fiscais alegadas como cobradas na fronteira como Simples Nacional e na Conta Mercadorias, ressalto que cada qual foi cobrada consoante o desdobramento do fato gerador.

Ao final, após algumas considerações de ordem geral, pugna pela aceitação das reparações que efetuou nos levantamentos de sua autoria, e também pela manutenção parcial do auto de infração.

Acosta documentos às fls 255 a 265 (Recibo Oficial de Entrega de Obrigação Acessória/GIM Dados Anuais, referente aos exercícios de 2006, 2007, 2008, 2010 e 2011, demonstrativos dos levantamentos da Conta Mercadorias, dos exercícios de 2008, 2009 e 2010, com os valores corrigidos, Quadro Demonstrativo para Cobrança do ICMS pelo Não Lançamento de Notas Fiscais de Entradas Não Lançadas nos Livros Fiscais de Entradas/2009/2010 e resultado de consulta resumida da NF-e.

Conclusos os autos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais, após a informação de haver antecedentes fiscais (fls. 279) da acusada, sem caracterização de reincidência, estes foram distribuídos ao Julgador Singular, Anisio de Carvalho Costa Neto, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ao acolher os ajustes efetuados pela autuante que, diante das provas apresentadas pela autuada, retificou o levantamento da Conta Mercadorias dos exercícios de 2008, 2009 e 2010, e, ante a falta de provas da empresa sobre os fatos remanescentes, manteve a exação fiscal, inclusive no que concerne às demais acusações, oportunidade em que reduziu a multa infracional original, aplicando retroativamente as disposições da Lei nº 10.008/2013, ao fundamento do princípio da retroatividade da lei que comina penalidade, insculpido no art. 106, II, “c” do CTN.

Diante do que, o crédito tributário passou a se constituir do montante de R$ 1.711.653,48, sendo R$ 857.358,17 de ICMS e o mesmo valor de multa infracional, conforme sentença de fls. 282 a 288.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Procedida a interposição de recurso hierárquico (fl. 291) e notificada a autuada para, querendo, interpor recurso a este Colegiado (conforme atestam os documentos de fls. 292 e 293, notificação e Aviso de Recebimento, respectivamente), e ainda assim esta manteve-se inerte por não integrar a relação processual. Na sequência, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, onde me foram distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

V O T O

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora para proceder parcialmente o lançamento de oficio, porquanto entendeu como indevida a exação de uma parte do crédito tributário que se relaciona à acusação de “omissão de saídas tributáveis” detectada mediante o levantamento da Conta Mercadorias dos exercícios de 2008, 2009 e 2010, mantendo o resultado original, tanto o relativo aos exercícios de 2007 e 2011, apontado no levantamento da Conta Mercadorias, correspondente a esses exercícios, como as exações fiscais atinentes às acusações de Falta de Recolhimento do ICMS e de Falta de Recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira, e ajustando a penalidade às previsões advindas de lei posterior que estabelece sanção mais benigna, ao fundamento do disposto no art. 106, II, “c” do CTN.

Passo ao exame da causa, adotando, para tanto, a sequência das acusações postas no libelo basilar.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

Trata-se de denúncia que não apresenta todos os elementos necessários à compreensão dos fatos que se pretendeu imputar ao contribuinte, o que em princípio suscitaria a nulidade do respectivo lançamento. Todavia, os documentos de fls. 30 e 31 (Extrato Demonstrativo de Fatura) deixam entrever que pode consistir de falta de pagamento do ICMS Diferença de Alíquota Simples Nacional Complementar e a autuada, ao exercer seu direito de defesa mediante apresentação de reclamação, não se manifestou contrária a esta acusação, diante do que, é possível inferir, com razoável grau de certeza que, apesar da falta dos elementos acima mencionados, esta a assimilou perfeitamente e com ela se conformou, pois não requereu a nulidade da delação.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Portanto, considerando que a autuada exerceu o direito de defesa, mediante a apresentação de peça reclamatória na qual não solicitou a declaração de nulidade do respectivo lançamento de ofício, compreende-se que, à falta de prejuízo à sua defesa, porquanto a exerceu plenamente, esta se conformou com os fatos que lhes são imputados, não me cabendo, pois, invalidar de ofício o citado lançamento. É o que se infere da disposição ínsita no art. 15, parágrafo único da Lei Estadual nº 10.094/2013, in verbis:

“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 o argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido”. *(Grifo não constante do original).*

Realço que a regra excepcional somente se aplica a casos de denúncia genérica, nos moldes da que consiste o objeto do lançamento em exame.

Além disso, há que se observar o Princípio da Instrumentalidade das Formas, orientado nos artigos 154, 244 e 249, § 2º, do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

“Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”

“Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de penalidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

“Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

Donde se compreende que o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio segundo o qual os atos processuais não dependem de forma, exceto quando legalmente cominadas, restando a discussão

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

acerca da possível existência ou inexistência de vício nos atos processuais, passíveis de nulidade, oriundos da inobservância da forma prescrita. Assim, há defensores que atribuem relevo à instrumentalidade, conforme ensina Silva sobre a escolha feita pelo direito processual:

*"Sendo o direito processual uma disciplina essencialmente formal, seria natural imaginar, em seu campo, o predomínio do princípio da rigidez das formas, segundo o qual haveriam de ter-se por válidos todos os atos processuais que não obedecem rigorosamente à determinação de forma estabelecida para sua realização. E nos sistemas jurídicos rudimentares, como se verificava no direito primitivo, as solenidades processuais e a rigidez formal eram absolutas. A mais insignificante inobservância dos ritos impostos por lei era motivo suficiente para causar a nulidade do processo. Contudo, no direito moderno tal não ocorre. Precisamente por sua natureza eminentemente instrumental, domina no Direito Processual o princípio da liberdade das formas, consagrado pelo art. 154 do Código, segundo qual os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de modo diverso, hajam preenchido a finalidade essencial que a lei lhe atribuir" (*Silva, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 204).

Nessa mesma linha situa-se Paixão Júnior:

"O raciocínio que leva à aplicação do princípio é o seguinte: se ocorrer desrespeito a uma exigência formal e, ainda assim, o ato processual tiver atingido a finalidade para a qual a forma tiver sido estabelecida, ela será eficaz, pois não é um fim em si próprio, ao contrário, a criação do procedimento visa à garantia da liberdade das partes" (Paixão Júnior, Manuel Galdino da. *Teoria Geral do Processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 233).*

Por visar à finalidade do ato, o Princípio da Instrumentalidade das Formas não está dissociado do devido processo legal, pois sua aplicação deve se atrelar à presença ou não de prejuízo. Em havendo prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, não há que se invocar a instrumentalidade das formas. Nesse sentido, afirma Daniel Roberto Hertel: *"(...) o devido processo legal valoriza as formas no que concerne à realização das suas finalidades"* (*Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 160).

Com base nessas diretrizes, é prudente afirmar, com elevado grau de certeza, que, no caso de não apresentação de defesa pelo autuado, isto é, quando se caracteriza sua Revelia, não é possível concluir que este tenha compreendido do que é acusado, ou seja, qual ilícito lhe é imputado no auto de infração. Desse modo, terá lugar a nulidade do auto infracional, o que não deve ocorrer quando é exercido seu direito de defesa, mediante apresentação de reclamação ou recurso, nos quais a ausência de pedido de nulidade do lançamento indiciário permite concluir que a autuada assimilou a acusação e aceitou-a tacitamente.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Tal entendimento encontra âncora em Parecer nº 01/2014, 090.695.2012-5, proferido pela Assessoria Jurídica desta Casa, Dra. Sancha Maria Formiga C. e Rodovalho de Alencar, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, que, nos autos do Processo nº 090.695.2012-5, pronunciou-se a respeito de matéria de idêntica natureza, isto é, com narrativa genérica da infração que se pretendeu denunciar, fato prejudicial diante do estado de revelia da parte autuada, o que tornaria inaplicável o disposto legal contido no artigo 15 da Lei n° 10.094/2013, conforme emenda abaixo transcrita:

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER Nº 01/2014

Processo n.° 090.695.2012-5

RECORRENTE	**Gerência Executiva de Julg. De Processos Fiscais - GEJUP**
RECORRIDA	**Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda.**
REPARTIÇÃO	**Coletoria Estadual de Sousa**
AUTUANTE	**Wanderlino Vieira Filho**
RELATOR(a)	**Consª. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa**

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - IMPRECISÃO NA

NATUREZA DA INFRAÇÃO – REVELIA DA PARTE AUTUADA –

DECLARAÇÃO DE NULIDADE – INAPLICABILIDADE DO ART. 15 DO NOVO PAT (LEI Nº 10.094/2013).

Com base nesses fundamentos, não me resta alternativa senão confirmar a decisão singular que

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

manteve o lançamento de ofício em tela.

Quanto ao mérito, a referida acusação encontra-se lastreada nos documentos de fls. 30 e 31, donde, nesse aspecto, nada há a reparar.

SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. Falta de recolhimento.Exercícios de 2011 (abril, setembro, outubro, novembro e dezembro) e 2012 (janeiro, fevereiro, março, julho e agosto).

Quanto à questão de fundo da causa, caracteriza-se regular a ação fiscal, pelo que, nada a há a reparar relativamente aos valores do ICMS, principalmente diante dos documentos de fls. 18 a 29, que oferecem suporte legal à exação fiscal em pauta, e da falta de provas da sua improcedência, devido à falta de argumentos contrários da autuada, tanto na reclamação, quando fez apenas breve menção à cobrança sem, contudo, contradita-la, como em decorrência da não interposição de recurso voluntário a esta Corte de Julgamento.

Com efeito, a obrigação de recolhimento do Simples Nacional Fronteira encontra fundamento no art. 106, I, alínea “g”, do RICMS/PB, *in verbis:*

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

I - antecipadamente: (...)

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

Assim, resta mantido o resultado do procedimento de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregado pela Fiscalização, no que concerne aos créditos de tributários de ICMS, referentes aos exercícios de 2011 2012, pelo que, nesse quesito, confirmo a decisão monocrática.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

– CONTA MERCADORIAS. Exercícios de 2007, 2008, 2009,2010 e 2011.

É sabido que o Levantamento da Conta Mercadorias com arbitramento do lucro bruto é uma técnica de auditagem absolutamente legítima de que se vale a fiscalização para aferição da movimentação mercantil das empresas que possuem apenas escrita fiscal.

As diferenças apuradas na citada conta suportam o lançamento indiciário do ICMS devido, posto que firmam presunção de saídas sem o pagamento do imposto correspondente.

Dado à relatividade dessa presunção, admite-se a prova em contrário a cargo do contribuinte, uma vez que este possui o domínio de toda a documentação fiscal do estabelecimento que lhe pertence.

Tal ilação tem assentamento em lei, que ressalva ao contribuinte a apresentação de prova da insubsistência da acusação de omissão de vendas (art. 643, § 4º, II, § 6º, do RICMS/97).

No caso em análise, a questão de fato parece-me dirimida, posto que na oportunidade da reclamação a autuada comprova o lançamento de algumas notas fiscais de aquisição de mercadorias, que haviam sido levadas a efeito na montagem do levantamento da Conta Mercadorias, referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, no Registro de Entradas. Trata-se das Notas Fiscais nºs 17597, 959806, 6612, 8224, 46300, 9824, 10049, 10514 e 10538, cujos lançamentos constam na cópia do referido livro fiscal, respectivamente às fls. 172, 174, 184, 188, 194, 195 e 196.

Quanto aos valores dos estoques, não há como desconsiderá-los nos mencionados levantamentos, visto que, segundo a Fiscalização, diante da falta de apresentação do Registro de Inventário, esses dados foram colhidos nas informações prestadas pela empresa nos arquivos magnéticos entregues ao Fisco fls. 43, 47, 7, 109 e 143. Portanto, também nesse quesito, considero acertada a providência fiscal e, devido a não apresentação do citado livro até mesmo na oportunidade da reclamação, o que poderia modificar o resultado da ação fiscal, não há como alterar os respectivos valores.

Quanto ao levantamento da Conta Mercadorias dos exercícios de 2007 e 2011, não houve manifestação contrária da autuada. Razão por que, considero regular o procedimento fiscal.

Também não merece acolhida o argumento defensual de que as notas fiscais referentes ao ICMS Simples Nacional Fronteira também teria sido objeto do lançamento na Conta Mercadorias, visto que

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

cada qual foi denunciada segundo a natureza do fato gerador a que correspondem, não havendo, pois, duplicidade na cobrança.

Desse modo, dou como acertado os ajustes efetuados pela própria Fiscalização, após a apresentação de provas pela reclamante, as quais suscitaram redução no resultado da ação fiscal.

Assim sendo, excetuando o ICMS a recolher dos exercícios de 2007 e 2011, que permaneceu a mesmo originalmente apresentado (R$ 68.316,08, este com abatimento da operação cartão de crédito – Auto de Infração nº 1345/2009-03, e R$ 387.909,60), o resultado relativos aos exercícios remanescentes (2008, 2009 e 210) passou aos seguintes valores, também deduzido o imposto correspondentes à acusação de omissão e saídas detectada mediante a operação cartão de crédito, correspondente ao citado auto infracional (Auto de Infração nº 1314/2009-03 e Auto de Infração nº 267/2012-86):

Exercício	ICMS (R$)
2008	124.423,66
2009	123.413,72
2010	147.169,44

Diante do que, infere-se que a questão encontra-se dirimida, não havendo, pois, razão para maiores delongas quanto ao valor do ICMS devido.

PENALIDADE

Por último, impõe-se corroborar a providência da Primeira Instância, que aplicou as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 8/6/13) com efeitos a partir de 1/4/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício, e cujo processo está pendente de decisão definitiva, devem se reger pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Assim, reputo correta a aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que o valor das multas por infração passou a ser calculados com base no percentual de 50% e 100%, fixando-se o crédito tributário devido consoante os valores abaixo:

Infração	Exerc.	ICMS	M. por Infr.	Total (R$)
S. Nacional Front.	04/2011	(R$)	(R$)	
		58,35	**29,25**	87,53
S. Nacional Front.	09/2011	**20,12**	**10,06**	30,18
S. Nacional Front.	09/2011	**15,60**	**7,80**	23,40
S. Nacional Front.	10/2011	**743,97**	**371,98**	1.115,96
S. Nacional Front.	11/2011	**368,46**	**184,23**	552,69
S. Nacional Front.	12/2011	**83,85**	**41,92**	125,78
S. Nacional Front.	01/2012	**105,41**	**52,70**	158,12
S. Nacional Front.	02/2012	**60,00**	**30,00**	90,00
S. Nacional Front.	03/2012	**311,29**	**155,64**	466,94
S. Nacional Front.	03/2012	**56,20**	**28,10**	84,30
S. Nacional Front.	07/2012	**25,20**	**12,60**	37,80
S. Nacional Front.	08/2012	**416,05**	**208,02**	624,08
Falta Rec ICMS	06/2011	**3.500,00**	**1.750,00**	5.250,00
Falta Rec ICMS	07/2011	**361,17**	**180,58**	541,76

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Omiss Saíd/C Merc 2007		**68.316,08**	**68.316,08**	**136.632,16**
Omiss Said/C Merc 2008		**124.423,66**	**124.423,66**	**248.847,32**
Omiss SaídC Merc	2009	**123.413,72**	**123.413,72**	**246.827,44**
Omiss SaídC Merc	2010	**147.169,44**	**147.169,44**	**294.338,88**
Omiss SaídC Merc	2011	**387.909,60**	**387.909,60**	**775.819,20**
Totais	**-**	857.358,17	854.295,31	1.711.653,48

Pelo exposto**,**

VOTO - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e,no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença prolatada na primeira instância que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00003145/2012-41** (fls. 3 e 4), lavrado em 28 de novembro de 2012, em que foi autuada a empresa CLODOALDO DE SOUSA PEREIRA**,** com inscrição estadual n° 16.144.356-7, qualificada nos autos, e fixar o crédito tributário no valor de R$ 1.711.653,48 (um milhão, setecentos e onze mil, seiscentos e cinquenta e três reais e quarenta e oito centavos), sendo R$ 857.358,17 (oitocentos e cinquenta e sete mil, trezentos e cinquenta e oito reais e dezessete centavos) de ICMS, por infração ao artigo 106, I, “g”, além do art. 106, e arts. 158, I e 160, I c/c o arts. 643, § 4º, I, todos do RICMS/PB, bem como ao art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da Lei Complementar nº 123/2006, e R$ 854.295,31 (oitocentos e cinquenta e quatro mil, duzentos e noventa e cinco reais e trinta e um centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, inciso II, alínea “e” e inciso V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96, com alteração atribuída pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por irregular, o montante de **R$ 881.278,44,** sendo R$ 8.994,36 de ICMS e R$ 872.284,08 de multa por infração**,** comfundamento nas razões acima expendidas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de setembro de 2015.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.
Conselheira Relatora

Phoca PDF