Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 174.834.2013-8
Recurso EBG /CRF Nº 005/2017
EMBARGANTE: SIGMA COMÉRCIO LTDA.
EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.
AUTUANTE: FERNANDO ANTONIO CRUZ VIEGAS.
RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. NÃO ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de erro material na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, não encontram fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, restando, por esse fato, a via do não acolhimento dos embargos de declaração.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos embargos declaratórios, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento,através do Acórdão nº 437/2016 (fl. 92), que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002124/2013-90 (fls. 3 e 4), lavrado em 11/12/2013, contra a empresa SIGMA COMÉRCIO LTDA., devidamente qualificada nos autos.

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 27 de janeiro de 2017.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, os Embargos de Declaração opostos tempestivamente e motivados por discordância ao Acórdão nº 437/2016.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002124/2013-90 (fls. 5 e 6), lavrado em 11/12/2013, a autuada foi acusada de prática das infrações abaixo relatadas, juntamente com as respectivas notas explicativas:

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

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro.”

Tais irregularidades, de acordo com as referidas acusações, ocorreram nos exercícios de 2011, 2012 e 2013, e motivaram a cobrança do crédito tributário no montante de R$ 458.973,24, constituído do ICMS no valor total de R$ 244.784,38, por infringência os arts. 158, I e 160, I, c/c os arts. 646, parágrafo único e 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, além do art. 13, §1º, XIII, “g” e “h” da LC nº 123/2006, bem como da penalidade pecuniária na importância de R$ 214.188,86, ao fundamento dos arts. 82, II, “e” e V, “f” da Lei nº 6.379/96.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o auto de infração foi julgado PROCEDENTE, ao fundamento de que a autuada se conformou com uma das acusações que lhe foi imposta, enquanto em relação às delações remanescentes, e que foram objeto da contraposição defensual, a interessada não produziu provas capazes de elidir o lançamento de ofício.

Interposto recurso voluntário, a esta instância *ad quem*, o voto da minha relatoria, que o recebeu e conheceu, confirmou *in totum* a decisão singular, mantendo a procedência do auto infracional, ante o reconhecimento expresso da acusada sobre as acusações de falta de recolhimento do ICMS e do Simples Nacional Fronteira, e também em decorrência da falta de contraposição da delatada no que respeita à imputação de omissão de saídas tributáveis detectada mediante Levantamento Financeiro, além da inexistência de apresentação de provas capazes de excluir o resultado do lançamento de ofício baseado na acusação de omissão de saídas tributáveis constatada por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, tudo isso culminado com a confirmação da sentença no que toca à regularidade da penalidade sugerida no auto infracional.

O referido voto (fls. 81 a 89), aprovado à unanimidade pela Corte recursal, deu origem ao Acórdão nº 437/2016, constante na fl. 90 e 91, e certificado na fl. 92, em face do qual a sucumbente tempestivamente opõe os Embargos de Declaração, de fls. 94 a 99, após ser notificada da decisão colegiada, em 16/12/2016 (AR, de fl. 94), alegando a existência de vícios no referido acordão, ao fundamento de que estaria baseado em premissa fática equivocada, que se manifestaria na decisão de proceder o lançamento de ofício alicerçado no Levantamento Financeiro, a despeito de reconhecer que a acusação tem suporte em presunção relativa.

De acordo com a embargante, o defeito do aresto reside exatamente na circunstância de que a verdade dos fatos não pode ser estabelecida por mera presunção, o que a seu ver a falha que

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

contamina o procedimento de lançamento está na falta de observação do disposto no art. 142 do CTN, segundo o qual compete à autoridade administrativa comprovar a materialidade do fato gerador do tributo, de forma que, com tal agir, a Fiscalização se afastou da realidade factual, em expressa afronta ao imperativo processual administrativo oriundo do Princípio da Verdade Material.

Argumenta que, ademais, outro vício também acometeria o aresto objurgado consiste na aplicação da alíquota de 17% do ICMS, o que a seu ver é conflitante com a orientação da Resolução CGSN nº 94/2011, especialmente no art. 83 do citado diploma legal o que demanda correção mediante aplicação do percentual de 3,95, nos termos do Anexo V da citada Resolução.

Com esses argumentos, pugna pela improcedência do auto infracional em tela ou, caso assim não seja entendido, que se determine o afastamento da apuração mediante Levantamento Financeiro e, subsistindo crédito tributário, seja este apurado com base nas alíquotas a que está submetida embargante, por estar adstrita ao Simples Nacional.

Está relatado.

VOTO

Cuida-se de Embargos Declaratórios que têm por objeto corrigir erro material que acometeria o aresto refutado, visto que este estaria baseado em premissa equivocada caracterizada (a) mediante a circunstância de o decisório haver procedido o lançamento de ofício alicerçado no Levantamento Financeiro, a despeito de reconhecer que a acusação tem suporte em presunção relativa, o que contrariaria o art. 142 do CTN, porquanto se afastaria da realidade factual, atropelando, por este fato, o Princípio da Verdade Material, e (b) pela aplicação da alíquota do ICMS no percentual de 17%, em desprezo à alíquota do Simples Nacional estabelecida na Resolução CGSN nº 94/2011, especialmente no art. 83 do citado diploma legal, o Princípio da Verdade Material.

Com efeito, além da omissão, obscuridade e da contradição, que constituem pressupostos de admissibilidade dos embargos na decisão embargada (art. 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010 e art. 535 do CPC), são admissíveis, ainda, o referido recurso, quando o julgado embargado padece de erro material (art. 1.022, III do Novo CPC).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Isto considerando, observo que carece de fundamento de fato o argumento da embargante, visto que, nas razões de decidir exaradas no voto que deu origem aresto embargado não se vislumbra a existência dos erros materiais suscitados.

Efetivamente, o voto desta relatoria teve como objeto o recurso voluntário no qual a recorrente se ateve unicamente a contraditar a delação de omissão de saídas pretéritas tributáveis, constatada por falta de registro de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, além de atacar a penalidade aplicada, sem sequer tecer uma linha de contraposição sobre o resultado do Levantamento Financeiro, no qual se apoia a delação de omissão de saídas tributáveis, nem tampouco sobre a aplicação da alíquota de 17% de ICMS, em vez da alíquota do Simples Nacional, mencionada somente nos fundamentos da peça dos embargos.

Em verdade, o recurso voluntário se restringiu a ataques genéricos da utilização de presunção relativa pela Fiscalização e também no Processo Administrativo Tributário, sem se referir especificamente ao resultado do Levantamento Financeiro, conforme se depreende da leitura dos argumentos aduzidos na peça recursal em referência.

Confirma-se essa conclusão mediante uma simples na leitura dos requerimentos formalizados pela recorrente na respectiva peça dos aclaratórios.

Portanto, rechaço veementemente os argumentos da embargante, pois o decisório refutado se manifestou de maneira clara sobre a questão suscitada, inclusive reproduzindo os pleitos que na oportunidade haviam sido formalizados pela recorrente, conforme fragmentos abaixo transcritos:

TRECHO CONSTANTE DO RELATÓRIO

“Por fim, requer que, uma vez invertido o ônus da prova, seja anulado o crédito tributário decorrente da acusação de “aquisição de mercadorias com receita de origem não comprovada” (sic), porquanto estaria baseada exclusivamente em elementos presuntivos que não refletiriam a realidade material dos fatos. Requer, outrossim, que seja afastada ou, no mínimo, reduzida a penalidade para o percentual de 87,5%, aplicando-se, assim, o princípio da legalidade e do não confisco, bem como do princípio da proporcionalidade.”

TRECHOS DOS FUNDAMENTOS DO VOTO

“Não obstante as acusações acima mencionadas, o objeto do recurso voluntário a ser discutido por

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

esta relatoria diz respeito à delação de omissão de saídas pretéritas tributáveis, constatada por falta de registro de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, posto ter ser este o único ponto da contraposição da recorrente à decisão singular que concluiu pela procedência do auto infracional em tela.

De acordo com concepção recursal a acusação não merece prosperar, porque se apoiaria apenas em elementos presuntivos que não exime o Fisco do dever de comprovar a ocorrência do fato jurídico, na forma da lei, sob pena de atropelamento às garantias constitucionais e legais.

O fundamento de fato da delação fiscal consiste nas informações colhidas nos sistema informatizado, existente nesta Secretaria de Estado da Receita, que contém informações sobre as notas fiscais eletrônicas emitidas pelos respectivos remetentes das mercadorias destinadas a recorrente, conforme atestam os demonstrativos de fls. 18 a 22. Desse modo, ao contrário do entendimento da recorrente, exatamente por constarem no citado sistema informatizado, essas informações possuem o atributo da fidedignidade, visto que originárias do portal nacional de emissão nota fiscal eletrônica, e por tal razão se prestam como base para a formação do juízo presuntivo que se instaura a partir da não escrituração das notas fiscais de entradas, consoante o disposto no RICMS/PB, no dispositivo seguinte:

"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. (g. n.)

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." (Grifos não constantes do original).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Dessa forma, são afrontados os arts. 158, I e 160, I, do mencionado diploma legal, 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”.

Considerando a presunção relativa legalmente estabelecida (art. 646 do RICMS/PB), importa concluir que o deslinde da questão nos remete à definição de presunção relativa.

Para Leonardo Sperb de Paola (Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997) as presunções relativas constituem “normas sobre provas”, pois que modificam o objeto destas, e não a prova em si mesma considerada. Nesse sentido, o meio de prova propriamente dito é o fato cujo conhecimento se fez de forma direta, sendo “a base do raciocínio presuntivo” (prova em sentido objetivo), enquanto que a presunção representa a expressão da convicção do sujeito sobre a ocorrência do fato indiretamente provado. É a prova em sentido subjetivo.

As presunções relativas legais - ou "juris tantum" – são aquelas em que, a partir do conhecimento direto de determinado fato, infere-se, como conclusão lógica, a existência de outro que, nestes termos, resta indiretamente provado, admitindo-se a produção de prova em sentido contrário, para infirmar a ocorrência do fato indiretamente provado.

É fora de dúvida que o juízo presuntivo de que o fato desconhecido ocorreu após estabelecer-se uma correlação lógica entre ele e o fato efetivamente ocorrido, de forma que é imprescindível a existência de uma relação de causalidade direta entre o fato conhecido e o presuntivo.

Assim, para a formação de um juízo presuntivo sobre a ocorrência de um fato aquele indiretamente ligado há que existir uma “correlação lógica” precisa e segura entre ambos, de forma quer seja

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

razoável, plausível inferir-se que o fato presumido efetivamente ocorreu.

A propósito dessas assertivas, transcrevo preciosa lição de Aires F. Barreto e Cleber Giardino (Base de Cálculo, alíquota e princípios constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1998):

"*O ato ou processo presuntivo, intelectual que é, ocorre e se esgota no plano do raciocínio. Presta-se a induzir convicção quanto à existência de um fato (por definição, inicialmente desconhecido), dado o reconhecimento da ocorrência de outro, do qual geralmente depende. Firma, assim, a aceitação de veracidade ou verossimilhança do chamado 'fato suposto' (fato presumido). (...) As impropriamente chamadas presunções 'juris tantum' são assim (...) singelas normas jurídicas. Que se dirigem ao aplicador do direito, vale dizer, o responsável pelos atos de declaração, seja de subsunção e de incidência, seja de instauração e eventual extinção dos vínculos jurídicos consequentes (...). Constituem, em síntese, regras jurídicas – com a conotação ou qualidade que lhe atribui a lei – quando impossível verificar-se, pelos instrumentos usuais de prova, a sua não ocorrência, ou a sua ocorrência de modo diverso".*

Portanto, a base do processo lógico em exame repousa em fato conhecido ou fato-base (compras de mercadorias), cujo lançamento se omite e caracteriza despesas não contabilizadas, para encobrir receitas igualmente omitidas porque adquiridas através de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais (fato presumido que tem relação direta com o fato conhecido ou fato-base).

Pois bem, o fato conhecido, isto é, as aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas, no caso dos autos, é originário das informações ínsitas no sistema informatizado desta Secretaria de Estado da Receita, as quais são provenientes do portal nacional de emissão de nota fiscal eletrônica, e suficientes para proporcionar aos Fiscos – da origem e do destino - o acompanhamento das operações de circulação de mercadorias entre os contribuintes envolvidos no negócio.

A partir dos dados coletados nessas fontes, ficou evidenciada a falta de registro das notas fiscais relativas às aquisições efetuadas, no exercício de 2012, e inferiu-se pela ocorrência de outro fato com o qual guarda correlação lógica de causa e efeito: o fato presuntivo, isto é, as saídas tributáveis omitidas ou sem emissão de notas fiscais, que geraram receitas com as quais foram realizadas as aquisições não escrituradas.

Eis a base da aplicação da presunção inserta na norma do art. 646 do RICMS/PB. Contudo, considerando sua relatividade, posto que admite a prova em contrário a cargo da autuada, conclui-se, pelos fundamentos acima expendidos, que esta não se desincumbiu a contento desse ônus que lhe atribui a lei, visto que ficou apenas no campo das argumentações sem valor probante da existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito que se estabeleceu a partir do fato presuntivo acima mencionado.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Portanto, diante de tais circunstâncias permito-me concluir que as informações contidas nos demonstrativos elaborados pela Fiscalização são oriundas de fato certo, porque constatado através de informações constantes nas notas fiscais eletrônicas de aquisições interestaduais, de modo a caracteriza-se legítima a aplicação da presunção legal retro mencionada, diante das constatações expedidas, mormente em face da inexistência da prova em contrário, a cargo da autuada, capaz de demonstrar a inocorrência do fato.

Efetivamente, devido a sua relatividade, a presunção admite a prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do acusado, no caso, a recorrente que, no entanto, não se desincumbiu desse encargo que lhe atribui a lei, apesar de ser a legítima possuidora de toda a documentação fiscal/contábil do empreendimento que lhe pertence.

Ademais, registro que a utilização da presunção relativa observou as garantias individuais da recorrente – a ampla defesa e o devido processo legal - em todas as fases pelas quais perpassou o presente Processo, em atendimento às previsões normativas vigentes. Atesta-se a assertiva mediante a regular ciência, tanto do auto infracional como da decisão singular, que lhe proporcionou oportunidade para se defender em ambas as casas de julgamento do processo fiscal em tela.

Portanto, são carecedoras de suporte jurídico e de fato as alegações recursais, e diante dessa circunstância mantenho a acusação fiscal em referência.

Firmando convicção acerca da repercussão tributária oriunda da conduta da autuada, transcrevo jurisprudência pacífica e dominante do egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, proveniente do julgamento de caso semelhante, que deu lugar ao acórdão cuja transcrição peço vênia para fazer:

"MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM RECEITAS OMITIDAS.

A AUSÊNCIA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS CARACTERIZA A PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM" DE QUE AS MESMAS FORAM ADQUIRIDAS COM RECEITAS OMITIDAS. Redução do "quantum" exigido tendo em vista as correções efetuadas na instância prima. Mantida a decisão recorrida.

Auto de Infração Parcialmente Procedente" (CRF-PB, Ac. nº 357/05. Relator Cons. José de Assis Lima).

Em relação à segunda e à terceira denúncia, de falta de recolhimento de ICMS Simples Nacional Fronteira e falta de recolhimento do ICMS (faturas identificadas no cálculo do crédito tributário), não há razões para aprofundamento sobre a causa, diante do reconhecimento expresso da autuada

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

sobre a regularidade da exigência fiscal, manifestado em sua peça reclamatória. Assim, tratando-se de matéria não litigiosa, implica no crédito tributário definitivamente constituído, sujeito às implicações estabelecidas nos termos do art. 69 da Lei nº 10.094/13, consoante observação efetuada na primeira instância de julgamento.

No tocante à quarta denúncia, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada no exercício de 2011, que se alicerça no Levantamento Financeiro cujo mecanismo de aferição proporciona analisar se houve equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos e as receitas auferidas, repercutindo em omissão de vendas, se as despesas declaradas superarem tais receitas, também não há razões para incursões nessa matéria, visto que não foi objeto de contraposição da empresa na sua peça de recurso voluntário, apesar de a instância singular ter dado procedência ao respectivo lançamento de ofício."

Assim, sem razões para maiores considerações sobre o assunto, visto que o silêncio da acusada acerca da matéria versada caracteriza aceitação tácita da imputação baseada no Levantamento Financeiro, o acórdão contraditado decidiu pela manutenção da correspondente exação fiscal, conforme se depreende na leitura do último parágrafo dos fragmentos do voto condutor, acima trasladados.

Em face desses fundamentos, esta relatoria não identifica os erros materiais suscitados, nem mesmo quanto à alíquota do ICMS aplicada que, para as infrações de omissão de saídas tributáveis, observou a disposição legal do art. 13, § 1º, XIII, "f" da Lei Complementar nº 123/2006. Aliás, a norma do art. 83 da Res. CGSN nº 94/2011, mencionada pela embargante, aplica-se a casos de impossibilidade na identificação da origem da omissão de receitas, o que não se coaduna às situações em que esta é determinada pela prática irregular de omissão de saídas, isto é, falta de emissão de notas fiscais de saídas tributáveis.

O que se denota nos argumentos da embargante é uma simples tentativa de rediscutir a matéria mediante instrumento impróprio a essa finalidade. As questões suscitadas no recurso voluntário foram adequadamente enfrentadas e fundamentadas no voto que deu origem ao acórdão refutado, quando da análise do recurso voluntário.

Portanto, rejeito os aclaratórios manejados.

Nestes termos,

VOTO pelo recebimento dos embargos declaratórios**,** por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento,através do Acórdão nº 437/2016 (fl. 92), que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002124/2013-90 (fls. 3 e 4), lavrado em 11/12/2013, contra a empresa SIGMA COMÉRCIO LTDA., devidamente qualificada nos autos.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 20 de janeiro de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA
Conselheira Relatora

Phoca PDF