



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

Processo nº 079.554.2012-8

Recurso HIE/CRF Nº 894/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Recorrida: W W BRASIL MINÉRIOS LTDA.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE CABEDELO

Autuante : JOSÉ ROBERTO GOMES CAVALCANTI

Relator: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS. REVEL. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Diferenças tributáveis apuradas por meio da Conta Mercadorias e do Levantamento Financeiro, em períodos distintos, caracterizaram a presunção legal de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, presumiram-se verdadeiras as acusações inseridas na inicial, diante do silêncio do sujeito passivo.

Redução das multas por força da Lei nº 10.008/13, em obediência ao Princípio da Retroatividade Benéfica.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001441/2012-08, lavrado em 12 de julho de 2012, contra a empresa W W BRASIL MINÉRIOS LTDA. (CCICMS: 16.138.342-4), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 231.189,52 (duzentos e trinta e um mil, cento e oitenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 115.594,76 (cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos), por infringência aos artigos 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 643, §4º, II, e art. 646, todos do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 115.594,76 (cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos), com fulcro no art. 82, V, "a", e "f", da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 115.594,76 (cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

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.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, NAYLA COELI DA COSTA BRITO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001441/2012-08, lavrado em 26 de outubro de 2012 contra a empresa W W BRASIL MINÉRIOS LTDA. (CCICMS: 16.138.342-4), que tem como atividade principal o Comércio Atacadista de Mármore e Granitos (CNAE 4679-6/02), em razão das seguintes irregularidades, identificadas nos exercícios de 2007 a 2009, conforme a descrição dos fatos, abaixo transcritos:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS >>

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias. (*exercícios de 2007 e 2009*)

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. (*exercício de 2008*)

Pelo fato, foram enquadradas as infrações nos artigos 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 643, §4º, II, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a”, e “f”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 346.784,28, sendo R\$ 115.594,76, de ICMS, e R\$ 231.189,52, de multa por infração.

Cientificada da acusação por meio do Edital nº 027/2012 – CAB, publicado no DOE em 30/11/2012, fls. 8 e 9, a autuada não se manifestou em sua defesa, sendo lavrado Termo de Revelia em 8/1/2013, fl. 11.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 12, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, que, em saneamento, fl. 15, retornou o presente Processo para que fosse lavrada a Representação Fiscal Para Fins Penais, bem como Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Cumprida a solicitação supra, por meio do Processo nº 0795552012-2, em apenso, foram os autos distribuídos à Julgadora Fiscal Adriana Cássia Lima Urbano, que solicitou em diligência à Repartição Preparadora, para que fosse juntadas aos autos, as provas referentes às infrações que foram objeto do presente Processo.

Cumprida a diligência solicitada, fls. 23 a 25, e após apreciação e análise pela julgadora singular, fls. 26 a 28, esta decidiu pela procedência parcial da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

REVELIA – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA APLICADO.

Quem se mantém em estado de revelia, assume o ônus da acusação que lhe é imposta. Todavia, a alteração do percentual da multa aplicado pela Lei nº 10.008/2013, com vigência a partir de 01 de setembro de 2013, acarretou a sucumbência parcial do crédito.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Em sua decisão, a julgadora fiscal condenou o contribuinte ao crédito tributário de R\$ 231.189,52, sendo R\$ 115.594,76 de ICMS, e R\$ 115.594,76, de multa por infração.

Cientificada da decisão *a quo* por meio do Edital nº 013/2014 – CAB, publicado no DOE em 27/6/2014, fls. 31 e 33, a autuada não se manifestou na fase recursal, 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 hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular para proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto entendeu ser necessária a correção das multas aplicadas, em razão da vigência de lei nova mais benéfica ao contribuinte, em relação à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas nos exercícios de 2007 a 2009.

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

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

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

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

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizou-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

Pois bem, é cediço que as ocorrências das infrações por omissão de saídas de mercadorias tributáveis se verificam por presunção legal *juris tantum*, nos termos do art. 646, do RICMS/PB. O ônus probante se inverte para a empresa, ressalvando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham às acusações.

Ressalve-se que no presente caso o sujeito passivo não fez uso do seu direito de provar a improcedência da presunção, haja vista que não apresentou qualquer peça de defesa, sendo declarado revel.

A revelia do sujeito passivo ratifica seu reconhecimento tácito à acusação imposta na peça vestibular. Inteligência que emerge do artigo 344 do Novo Código de Processo Civil (CPC), perfeitamente aplicado no Processo Administrativo Tributário, que assim dispõe: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”.

Embora o contribuinte em epígrafe tenha sido revel no presente Processo, cujo efeito repercute na procedência das acusações, além de avaliarmos a redução da penalidade que motivou o recurso de ofício, é de bom alvitre tecer algumas considerações em relação às técnicas de auditoria utilizadas, que evidenciaram as acusações de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

A primeira acusação apurada nos exercícios de 2007 (fl. 23) e 2009 (fl. 24), foi detectada por meio das Contas Mercadorias dos respectivos exercícios, cuja técnica fiscal se aplica no caso em que o contribuinte não apresenta uma contabilidade regular, circunstância em que se arbitra o lucro de

30% (trinta por cento) sobre o custo das mercadorias vendidas. Caso o valor das vendas seja inferior ao CMV acrescido deste lucro, a legislação autoriza a presunção de que houve saídas sem pagamento do imposto, conforme determina o Regulamento, nos seus artigos 643, § 4º, II, c/c artigos 158, I, e 160, I, **in verbis**:

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 sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com a 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:

(...)

II - o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (*destaque nosso*)

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;

Ressalte-se que a acusação em epígrafe teve como fulcro o artigo 646 do RICMS/PB, que impõe ao contribuinte a prova da improcedência da acusação, pois, para esta denúncia, inverte-se o ônus da prova, já que o contribuinte é o detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de ilidir a acusação imposta pelo Fisco. Vejamos:

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.)

Quanto ao Levantamento Financeiro levantado no exercício de 2008, fl. 25, este constitui uma técnica de auditoria, prevista no art. 643, I, do RICMS[1], que permite ao auditor fiscal concluir sobre o equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos efetuados e as receitas auferidas pelo contribuinte. Caso se constate que os desembolsos foram superiores às disponibilidades, a legislação tributária também autoriza o Fisco a se valer da presunção “*juris tantum*”, arrimada no parágrafo único do art. 646 do mesmo Regulamento, supracitado, que também prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção, dada a sua natureza relativa.

In casu, aplicada a técnica de Levantamento Financeiro no exercício auditado, a fiscalização constatou que as despesas realizadas foram superiores às receitas auferidas, o que levou a presunção legal relativa, de que houve omissões de receitas de mercadorias tributáveis, que deram origem ao pagamento de tais despesas, o que resultou na apuração e lançamento do crédito tributário. Como não houve manifestação do contribuinte em seu favor, considera-se procedente os fatos apurados e denunciados na inicial.

Contudo, quanto à penalidade aplicada por infração, comungo a decisão da instancia prima, em reduzir as multas por infração de 200% para 100%, em relação a todas as infrações, considerando as alterações advindas da Lei nº 10.008/13, particularmente do art. 82, da Lei nº 6.379/96, com efeitos a partir de 1º/9/2013, beneficiando o sujeito passivo, de modo que as penalidades lançadas de ofício passam a se reger pela regra estabelecida na citada Lei, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN[2].

Após a análise acima abordada, corroboro a decisão monocrática, que alterou o crédito tributário lançado apenas quanto à sanção aplicada, em harmonia ao Princípio da Legalidade e Retroatividade Benéfica, devendo a multa proposta na inicial de 200%, ser corrigida para 100%.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001441/2012-08, lavrado em 12 de julho de 2012, contra a empresa W W BRASIL MINÉRIOS LTDA. (CCICMS: 16.138.342-4), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 231.189,52 (duzentos e trinta e um mil, cento e oitenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 115.594,76 (cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos), por infringência aos artigos 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 643, §4º, II, e art. 646, todos do RICMS/PB, e da multa por infração de R\$ 115.594,76 (cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 115.594,76 (cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e seis centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

[1] Art. 643.

(...)

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

[2] *Código Tributário Nacional*

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (g.n.)

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de janeiro de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator