



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

Processo nº 079.794.2012-8

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 022/2015

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.

1ª Recorrida: MERCADINHO CAMAÇARI LTDA. ME.

2ª Recorrente: MERCADINHO CAMAÇARI LTDA. ME.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.

Preparadora : COLETORIA ESTADUAL DE SANTA RITA.

Autuante: VALMIR SANTANA DA SILVA.

Relatora: CONSª. DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS E LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CARTÃO DE CRÉDITO. SIMPLES NACIONAL. REDUÇÃO DA MULTA. LEI NOVA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

É devido o recolhimento antecipado do imposto nas operações com mercadorias relacionadas em portaria do Secretário da Receita e nas aquisições interestaduais de produtos destinados ao consumo e/ou ativo fixo, nos termos da legislação tributária estadual.

As diferenças apuradas em Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro denunciam omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência.

A acusação de omissão de saídas tributáveis decorrente das vendas declaradas pelo contribuinte serem inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito encontra amparo na legislação de regência.

Reduzida a base de cálculo do Levantamento Financeiro, nos exercícios em que se detectou a ocorrência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas ou não tributadas.

Aplicada a redução da multa em decorrência de Lei nova mais benéfica ao contribuinte.

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 do recurso hierárquico, por regular e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo DESPROVIMENTO de ambos, para manter, integralmente, a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001449/2012-74, lavrado em 12/7/2012, contra a empresa MERCADINHO CAMAÇARI LTDA. ME., inscrição estadual nº 16.137.992-3, já qualificada

nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 312.985,13 (trezentos e doze mil, novecentos e oitenta e cinco reais e treze centavos), sendo R\$ 156.512,68 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e doze reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 13, XIII, “g” e “h”; artigos 158, I e 160, I; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, “f” e “g”, da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 156.472,45 (cento e cinquenta e seis mil, quatrocentos e setenta e dois reais e quarenta e cinco centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, II, “e” e V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 343.257,31 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e cinquenta e sete mil e trinta e um centavos), sendo R\$ 62.261,62 (sessenta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e sessenta e dois centavos), de ICMS, e R\$ 280.995,69 (duzentos e oitenta mil, novecentos e noventa e cinco reais e sessenta e nove centavos), referente a multa por infração.

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 03 de fevereiro de 2017.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DEAGUIAR, NAYLA COELI DA COSTA BRITO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001449/2012-74, lavrado em 12/7/2012, contra a empresa MERCADINHO CAMAÇARI LTDA. ME., inscrição estadual nº 16.137.992-3, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2008 e 31/12/2011, constam as seguintes denúncias:

- 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)

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

Nota Explicativa:

ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA CONCERNENTE À AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA USO/CONSUMO E ATIVO FIXO, NO VALOR DE ICMS DE R\$ 11,00, REFERENTE AO MÊS 10/2011, INFRINGINDO O ART. 106, I, "E" C/C O ART. 2º, §1º, INCISO IV; ART. 3º, XIV E ART. 14, X, DO RICMS.

- 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 detectada através de Levantamento Financeiro.

- 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.

- OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Foram dados como infringidos: o art. 106, I, "g", do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/c art.13, §1º, XIII, alíneas "g" e "h" da Lei nº 123/2006; arts. 158, I e 160, I c/c parágrafo único do art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030 de 7/2/2008. E apurado um crédito tributário de R\$ 656.242,44, sendo, R\$ 218.774,30, de ICMS, e R\$ 437.468,14, de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 3/8/2012, a autuada apresentou reclamação, em 31/8/2012 (fls. 149-152).

Na sua defesa, expõe os seguintes fatos e razões:

Declara que a fiscalização não anexou aos autos as Notas Fiscais referentes à acusação de aquisição de mercadorias com receitas provenientes de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, nos exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011.

No tocante às acusações de diferenças tributáveis encontradas no Levantamento Financeiro e da Conta Mercadorias, informa que não há prejuízo ao Erário público, uma vez que se tratam de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com os tributos recolhidos pelos fornecedores.

Na sequência, se insurge contra a atribuição da sujeição passiva aos sócios, Kátia Cristina Cunha de Miranda Henriques e Roberto Correia de Miranda Henriques, aduzindo que, por terem adentrado na sociedade em substituição aos sócios Eveline Dayse Correia Lima Fernandes e Rozeane Maria Correia Lima, não podem ser responsabilizados por fatos anteriores.

Por fim, requer a revisão do auto de infração.

Por sua vez o autuante, em contestação, afirma que as Notas Fiscais de entradas interestaduais estão apensadas ao processo, como também amostragem das Notas fiscais internas.

Assim, solicita a manutenção do feito fiscal (fl. 162).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 167), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 312.985,13, sendo R\$ 156.512,68, de ICMS e R\$ 156.512,68, de multa por infração, com indicativo de recurso hierárquico para o Conselho de Recursos Fiscais (fls.169-178).

Notificado, pessoalmente, da decisão de primeira instância (*fl. 180*), a autuada apresentou recurso voluntário, em 23/10/2014 (*fls. 182-184*).

No seu recurso aponta as seguintes razões:

- Diz que foi autuada por falta de lançamento de notas fiscais de entrada na escrita fiscal, sem constar provas de que tenha recebido tais mercadorias, atribuindo ao fato o uso de sua inscrição estadual por pessoas inescrupulosas.
- Entende que a produção de provas cabe à fiscalização, a quem compete juntar instrumentos legítimos e suficientes para provar a ocorrência do fato gerador.
- Aduz que indícios e presunções são sinais que devem ser fundamentados por outras provas coligidas pelo Fisco.
- Adita que a simples apuração de omissão de compras não é suficiente para caracterizar omissão de receitas, já que inexistente presunção legal que ampare esta imputação. Faz menção de registrar Boletim de Ocorrência na Delegacia de Ordem Tributária em caso de indeferimento de seu pedido.
- Declara que muitas das Notas Fiscais arroladas tratam de mercadorias sujeitas à substituição tributária cujo imposto já fora pago.
- Afirma ser impraticável a aplicação de alíquota de 17%, defendendo que sejam aplicadas as alíquotas do Simples Nacional.
- Por fim, pede a revisão do presente auto de Infração.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame os Recursos Hierárquico e Voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001449/2012-74, lavrado em 12/7/2012, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Falta de Recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira

Nesta acusação, a fiscalização autuou o contribuinte por deixar de recolher o ICMS devido nas aquisições interestaduais de bens ou mercadorias sujeitas à incidência do imposto, por ocasião da sua entrada no Estado, nos períodos de 5/2011, 9/2011, 10/2011 e 12/2011, contrariando o art. 13, §1º, XIII, “g”, como se segue:

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:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no [inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar](#);

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

Neste sentido, é devida a cobrança do imposto antecipado nas operações e prestações interestaduais com mercadorias relacionadas em Portaria do Secretário da Receita, como determina o art. 106, I, “g”, abaixo transcrito:

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; 239

O caso dos autos trata da falta de recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira referente às faturas abaixo relacionadas:

Nº da Fatura	Período Referência	Notas Fiscais	Valor da Fatura
3003435964	05/2011	60328, 69522	12,41
3004104152	09/2011	22480	16,61
3004389549	10/2011	1428	12,25
3004861510	12/2011	27640	28,19

Cabe ressaltar que as Notas Fiscais constantes das Faturas acima discriminadas foram devidamente declaradas pelo contribuinte, que, no entanto, não efetuou o recolhimento do imposto devido.

Assim, dou como regular o procedimento da fiscalização considerando que se deu em consonância com os ditames da legislação tributária.

Falta de Recolhimento do ICMS

Trata-se de infração semelhante à anterior, onde o contribuinte deixou de recolher o ICMS diferencial de alíquota, devido nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo e/ou ativo fixo, referente à Nota Fiscal nº 5.633 (fl. 74), com infringência do art. 13, §1º, XIII, “h”, verbis:

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Também, nos casos das aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo e/ou ativo fixo, é devida a antecipação do ICMS, como prevê o art. 106, I, “e”, e II, “c”, como se segue:

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

I - antecipadamente:

(...)

e) nas operações e prestações interestaduais de mercadorias, nas hipóteses das alíneas “c” e “d”,

do inciso II, por contribuinte regularmente inscrito, em regime de pagamento diverso do normal, observado o disposto nos §§ 1º, 7º e 8º;

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal ou contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL;

Da mesma forma que a denúncia anterior, considero correto o procedimento fiscal que tramitou em total consonância com a legislação tributária vigor.

Levantamento Financeiro

O procedimento de levantamento financeiro 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.

O método 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, pro 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 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 procedeu ao Levantamento Financeiro, referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, encontrando diferenças tributáveis que foram objeto de lançamento, nesta exigência fiscal, conforme demonstrativos (*fls. 23, 24, 35, 40 e 41*).

Em primeira instância, o julgador singular, observando que a Conta Mercadorias apresentou prejuízo bruto com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas ou não tributadas, efetuou os devidos ajuste na exigência fiscal, abatendo os valores referentes ao prejuízo bruto (*fl. 176*).

No tocante às razões da autuada postas no recurso, cabe ponderar que não há no presente feito fiscal nenhuma acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, tendo em vista que a fiscalização incluiu os valores relativos às notas fiscais não registradas na coluna das despesas, para fins de apuração de diferença tributável no levantamento financeiro.

Neste sentido, ressalte-se que as declarações efetuadas pelos emitentes das Notas Fiscais, bem como as cópias das Notas Fiscais interestaduais anexadas aos autos (*fls. 15-18*) atestam que a autuada consta como destinatária das mercadorias nas referidas operações.

Assim, sendo constatada diferença tributável no Levantamento Financeiro, presume-se a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao contribuinte provar a improcedência do fato gerador presumido, conforme disciplina o art. 646, do RICMS/PB, transcrito anteriormente.

Registre-se mais uma vez que o montante do prejuízo bruto apurado na Conta Mercadorias, do mesmo exercício, com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas ou não tributadas, foi corretamente excluído pelo julgador singular da base de cálculo do Levantamento Financeiro.

Portanto, ratifico a decisão do julgador monocrático, por considerar que está em consonância com a legislação tributária em vigor.

Conta mercadorias

No tocante à diferença tributável apurada em Conta Mercadorias, no exercício de 2009, esta se justifica em razão de o contribuinte, por não apresentar escrita contábil regular, ficou impossibilitado de apurar o lucro real, nos exercícios considerados, ficando obrigado a guardar uma margem de vendas, num percentual de 30% (trinta por cento), sobre os valores obtidos para o CMV, nos termos da legislação em vigor.

O procedimento é largamente utilizado e aceito como meio de aferição fiscal, estando disciplinado no artigo 643 do RICMS/PB, *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 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;

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, compra e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (g.n.).

Assim, os contribuintes optantes pelo lucro presumido, que não apresentarem contabilidade regular, estarão sujeitos, pela legislação, ao arbitramento de uma margem de lucro bruto de 30% (trinta por cento), sobre o custo das mercadorias adquiridas.

Neste caso, ao se constatar que as vendas com mercadorias tributáveis não foram suficientes para superar o TVA de 30% (trinta por cento) sobre o CMV, conforme imposto pela legislação, infere-se que o contribuinte omitiu receitas pretéritas denotando vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, como prevê o art. 646, parágrafo único, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos 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 ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

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, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.

Dessa forma, fica o contribuinte sujeito ao pagamento do imposto por contrariar os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

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;

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*, ressaltando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham à acusação.

No caso em comento, a fiscalização demonstrou o resultado da Conta Mercadorias, no exercício acima referenciado, incluindo na coluna dos débitos os valores relativos às Notas Fiscais de entradas não registradas, respaldadas nas declarações de terceiros e cópias das Notas Fiscais interestaduais, apurando o imposto a recolher conforme planilha (fl. 37).

Portanto, sem que o contribuinte tenha oferecido qualquer prova que pudesse ilidir o lançamento fiscal, considero regular o procedimento da fiscalização que se procedeu dentro dos limites da legislação em vigor.

Omissão de Vendas Cartão de Crédito

Na derradeira acusação, a fiscalização autuou o contribuinte ao constatar, nos períodos de 7/2007, 8/2007, 9/2007, 10/2007, 11/2007 e 12/2007, diferenças tributáveis entre as vendas por ele declaradas e as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito ensejando a presunção de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, conforme prevê o artigo 646 do RICMS/PB, *verbis*:

*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 declaração 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 tributáveis sem o pagamento do imposto**, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação.*

Com efeito, a acusação descrita na peça basilar consiste na realização de um confronto entre as vendas declaradas à Receita Estadual pelo contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, identificando divergências que indicam,

presumivelmente, a falta de recolhimento do imposto, por falta de emissão da correspondente nota fiscal, conforme entendimento dos artigos 158, I, e 160, I, do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, transcritos abaixo:

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; (g.n.).

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*, ressaltando o direito do sujeito passivo de produzir provas que se contraponham à acusação.

No caso em comento, o procedimento fiscal está baseado nas diferenças apresentadas no relatório de Detalhamento da Consolidação ECF/TEF X GIM (fl. 49).

Empresa Optante do Simples Nacional

Há que se observar que as empresas integrantes do Simples Nacional, quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal ou que adquiram mercadorias em outras Unidades da Federação sujeitas à antecipação do imposto, devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas na forma da, como prevê o art. 13, §1º, XIII, “f”, da Lei Complementar 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: (g.n.).*

(...)

XIII - ICMS devido:

(..)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal. (g.n.)

Logo, nesses casos, os optantes do Simples Nacional devem se submeter à legislação de regência das demais pessoas jurídicas, não comportando a aplicação de alíquotas do próprio regime de tributação, na forma disposta no art. 82, § 2º, da Resolução CGSN nº 094/2011, abaixo transcrita:

Art. 82. *Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 34)*

§ 1º A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federado não desobrigará:

*I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias; ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 18, **caput** e § 3º)*

II - da emissão de documento fiscal previsto no art. 57, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos do inciso II do art. 97. ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 26, inciso I e § 1º)

§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da [Lei Complementar nº 123, de 2006](#). ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º).

Portanto, não há reparos a fazer quanto à aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), para os referidos casos, visto que se procedeu dentro dos parâmetros impostos pela legislação de regência do ICMS do Estado da Paraíba.

Da Multa Aplicada

No tocante à multa, também foi correta a aplicação do art. 82, II, “e”, e V “a” e “f”. Entretanto, em razão das alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/13, procedo à redução das alíquotas aplicadas conforme os novos patamares, como disposto:

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):

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

(...)

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;

Dessa forma, fica o crédito tributário assim constituído:

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo DESPROVIMENTO de ambos, para manter, integralmente, a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de

Estabelecimento nº 93300008.09.00001449/2012-74, lavrado em 12/7/2012, contra a empresa MERCADINHO CAMAÇARI LTDA. ME., inscrição estadual nº 16.137.992-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 312.985,13 (trezentos e doze mil, novecentos e oitenta e cinco reais e treze centavos), sendo R\$ 156.512,68 (cento e cinquenta e seis mil, quinhentos e doze reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 13, XIII, “g” e “h”; artigos 158, I e 160, I; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, “f” e “g”, da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 156.472,45 (cento e cinquenta e seis mil, quatrocentos e setenta e dois reais e quarenta e cinco centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, II, “e” e V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 343.257,31 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e cinquenta e sete mil e trinta e um centavos), sendo R\$ 62.261,62 (sessenta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e sessenta e dois centavos), de ICMS, e R\$ 280.995,69 (duzentos e oitenta mil, novecentos e noventa e cinco reais e sessenta e nove centavos), referente a multa por infração.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 3 de fevereiro de 2017.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora