Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 081.652.2012-8
Recurso HIE/CRF Nº 225/2015
Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
Recorrida: MICHELLI DE ALMEIDA OLIVEIRA SILVA.
Preparadora: AGÊNCIA DE POCINHOS.
Autuante: ARTUR MENDONÇA CAVALCANTI.
Relatora: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

CONTA MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CMV NEGATIVO. CONFIRMAÇÃO PARCIAL. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de Levantamento da Conta Mercadorias tem o efeito de inverter o ônus da prova para cometê-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez do seu resultado. No caso, o Custo Negativo das Mercadorias Vendidas exibido no levantamento referente a alguns dos exercícios denunciados atesta que essa técnica, empregada para apuração da situação fiscal do contribuinte durante esses exercícios, revela-se imprópria como prova do fato, visto que o seu resultado é apenas indicativo da ocorrência de irregularidade distinta da delatada, de modo a atrair a insubsistência da respectiva acusação, o que não se impõe quanto ao levantamento atinente aos demais exercícios fiscais que não apresentaram a figura do CMV Negativo, e cuja regularidade na aplicação da técnica de fiscalização acima citado se atesta, mormente diante da falta de provas da acusada para afastar os efeitos da presunção legal de omissão de saídas tributáveis.
- Mantida a redução da penalidade promovida na instância “a quo”, ao fundamento do princípio da aplicação retroativa de lei posterior mais benigna.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, 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 93300008.09.00001504/2012-26 (fl. 7), lavrado em 18 de julho de 2012, em que foi autuada a empresa, MICHELLI DE ALMEIDA OLIVEIRA SILVA, contribuinteinscrito no CCICMS estadual, sob o nº 16.142.696-4, devidamente qualificado nos autos, fixando o crédito tributário no montante de R$ 21.000,26 (vinte e um mil e vinte e seis centavos),sendo R$ 10.500,13 (dez mil, quinhentos reais e treze centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, e 160, I c/c o art. 643, § 4º, II, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e o mesmo valor, R$ 10.500,13 (dez mil, quinhentos reais e treze centavos), de multa por infração, consoante previsão do art. 82, V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Aotempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, mantenho cancelado, por irregular, o valor de R$ 25.806,13 (vinte e cinco mil, oitocentos e seis reais e treze centavos), constituído de R$ 5.102,00 (cinco mil, cento e dois reais), de ICMS, e R$ 20.704,13 (vinte mil, setecentos e quatro reais e treze centavos), de multa infracional.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de abril de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, GILVIA DANTAS MACEDO e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Relatório

Trata-se de recurso hierárquico, interposto contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 93300008.09.000001504/2012-26 (de fl. 7), lavrado em 18/7/2012, de acordo com o qual a empresa autuada, MICHELLI DE ALMEIDA OLIVEIRA SILVA, acima citada, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

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

Considerando infringência aos arts. 158, I e 160, I, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, bem como aos arts. 9º e 10 da CGSN nº 030, de 7/2/2008, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R$ 15.602,13, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R$ 31.204,26, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário de R$ 46.806,39.

Documentos instrutórios constam anexados às fls. 8 a 18: Termo de Início de Fiscalização, Ordem de Serviço Normal, demonstrativos (Levantamento da Conta Mercadorias e Financeiro, exercícios de 2007/2008/2009/2010/2011) e Termo de Encerramento de Fiscalização.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, conforme atesta o Aviso de Recebimento, cuja cópia consta na fl. 20, assinado por seu receptor, em 8/8/2012, a autuada apresenta reclamação tempestiva (fls. 21 - 36), em 3/9/2012 (consoante revela o carimbo institucional posto no rosto da respectiva peça defensual), mediante a qual maneja a tese de inexistência do crédito tributário, porquanto o levantamento correto, no seu entender, é o da sua autoria, e que consta em planilhas que anexa às fls. 22 a 36, mediante as quais intenta comprovar o alegado.

Em nota de contestação, fl. 40, o autor da ação fiscal rebate as alegações da defesa com o argumento de que os valores imputados na referida Conta Mercadorias são os informados nas GIM’s do contribuinte que anexou aos autos planilhas informativas de outros valores de entradas, saídas e estoques, mas desprovidas de comprovação mediante cópia dos livros fiscais Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Inventário, capazes de desconstituir ou modificar o resultado do lançamento.

Diante do que, requer a manutenção do feito fiscal.

Na sequência, após a informação de não existência de antecedentes fiscais da autuada (fl. 42), os autos foram conclusos (fl. 43) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Alexandre Souza Pitta Lima, que declinou seu entendimento pela parcial procedência do auto de infração, ao por concluir pela regularidade de uma parte da ação fiscal, exatamente a que se refere aos exercícios de 2007 e

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2011, excluídas, pois, as dos exercícios de 2008 2009 e 2010, tendo em vista o CMV negativo apresentado nesses exercícios, considerado, na resp. sentença, como confirmação de vício material suficiente à derrocada do lançamento de ofício correspondente, consoante assim concluiu a decisão singular. Por outro lado, relativamente aos lançamentos do ICMS, reputados regulares, pela autoridade julgadora, esta promoveu de ofício a ajustes no valor da penalidade relacionada à infração detectada mediante o Levantamento da Conta Mercadorias/2008/2011, observando, neste particular, o princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, II, “c” do CTN, ocasião em que aplicou a previsão ínsita na lei posterior que estabelece penalidade menos gravosa (Lei º 10.008/2013).

Em face do que, o crédito tributário passou a se constituir do montante de R$ 21.000,26, distribuído entre valores iguais de ICMS e multa infracional, consoante se infere da decisão monocrática, de fls. 46 a 51.

Procedida a interposição de recurso hierárquico (fl. 520), e cientificada, a autuada, sobre a decisão singular, mediante a forma editalícia (fl. 57) - tendo em vista se tratar de contribuinte que teve baixada sua inscrição no CCICMS ESTADUAL, desde 3/8/2012 (doc. fl. 53) -, a fim de este, querendo, interpusesse recurso a este Colegiado, o que não ocorreu devido a sua renúncia ao direito de recorrer da decisão preliminar.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora e distribuídos a esta relatoria, 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, ao excluir os lançamentos correspondentes aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, ao fundamento da existência de vício material, configurado na apresentação de Custo de Mercadorias Vendidas – CMV Negativo, situação imprópria a atrair a presunção de omissão de saídas tributáveis, estabelecida no art. 646, parágrafo único do RICMS/PB, e ao promover de ofício redução da penalidade sugerida no auto infracional, ao fundamento do princípio da retroatividade da lei, insculpido no art. 106, II, “c” do CTN, considerando o advento de lei posterior que estabelece sanção mais branda do que a lei que vigia à época dos fatos geradores, aos que cometerem a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, como no caso do ilícito detectado no Levantamento da Conta Mercadorias, referente aos exercícios de 2007 e 2011, considerados regulares pela autoridade julgadora.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Passo, pois, ao exame da questão.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação da pessoa do infrator e das operações promovidas (omissão de saídas de mercadorias tributáveis), base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Diante do que, concluo que a peça basilar revela-se formalmente preservada e, portanto, apta a produzir seus regulares efeitos.

Quanto à intimação sobre a decisão singular, observa-se regularidade do ato que a efetuou sob a forma editalícia, devido a situação de baixa da inscrição da autuada no CCICMS estadual, desde 3/8/2012 (Aplicação do art. 11, § 1º da Lei Estadual nº 10.094/2013).

No mérito, confirmo a regularidade da aplicação da técnica fiscal consistente no Levantamento da Conta Mercadorias, referente aos exercícios de 2007 e 2011, principalmente diante da falta de provas da sua improcedência, dado que a autuada não as produziu na oportunidade que legalmente lhe reserva a legislação de regência, isto é, na reclamação formalizada na 1ª instância e não interpôs recurso a esta Corte de Julgamento.

Assim, resta mantido o resultado do procedimento de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregado pela Fiscalização para demonstrar a realidade das vendas tributáveis efetuadas sem emissão de nota fiscal, pela autuada.

Com efeito, trata-se de aplicação do Levantamento da Conta Mercadorias com arbitramento do lucro bruto, que consiste numa técnica de auditagem absolutamente legítima de que se vale a fiscalização para aferição da movimentação mercantil das empresas que possuem apenas escrita fiscal.

A diferença apurada na citada Conta suporta o lançamento indiciário do ICMS devido, visto que firma presunção de saídas sem o pagamento do imposto correspondente.

Porém, como se trata de presunção relativa, admite a prova em contrário a cargo do contribuinte, uma vez que este possui o domínio de toda a documentação fiscal do estabelecimento que lhe

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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/PB.

No caso em análise, devido à falta de apresentação provas da não ocorrência do fato infringente, a presunção relativa de que se cuida não restou afastada. Nessas circunstâncias, confirma-se a regularidade do resultado da ação fiscal, no que concerne ao ICMS apurado mediante o Levantamento da Conta Mercadorias, dos exercícios em referência.

Todavia, idêntica conclusão não se aplica no tocante aos levantamentos da Conta Mercadorias dos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Com efeito, o resultado negativo do Custo de Mercadoria Vendidas neste exercício caracteriza uma figura anômala que torna a técnica de apuração da situação fiscal do contribuinte, empregada pela Fiscalização, imprópria a evidenciar a falta denunciada, visto que esse resultado é indicativo apenas de indícios da existência de irregularidade distinta na delatada.

Portando, quanto ao resultado apontado no procedimento relativo aos exercícios de 2008, 2009 e 2010 não há como considerar que este configura diferença tributável, mas tão-somente indícios de irregularidades, que demandam apuração fiscal mediante aplicação de técnica de fiscalização distinta do Levantamento da Conta Mercadorias arbitrada.

Nesse sentido tem decidido este Conselho de Recursos Fiscais, conforme se infere nas decisões abaixo:

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁRIAS. REJEITADA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CONTA MERCADORIAS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. CONCORRÊNCIA. SANEAMENTO. PARCIALIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OMISSÃO. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

- Não acolhimento da preliminar arguida, diante da inexistência de obstáculos ou vícios procedimentais cometidos pela fiscalização capaz de prejudicar o contribuinte no seu direito de tomar conhecimento da ação fiscal e do devido processo administrativo tributário instaurado, havendo perfeita sintonia aos princípios que regem o contencioso tributário do Estado da Paraíba, não ocorrendo medida de cerceamento a ampla defesa e a ao contraditório.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- Mantida a parcialidade da exigência fiscal sobre a constatação de aquisição de mercadorias com recursos de omissões de saídas pretéritas, em face da falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, expurgando as que tiveram comprovação de concorrência de infração, decorrente de saneamento processual.

- Comprovação de déficit financeiro em decorrência das despesas incorridas superarem as receitas declaradas no exercício de 2005, eclodindo a presunção prevista pela legislação de regência.

- Reputa-se regular o lançamento compulsório consistente no levantamento da Conta Mercadorias efetuado com base no arbitramento do lucro bruto, diante da falta de uma escrituração contábil regular, sendo excluída a exação sobre o exercício de 2008, por representar procedimento fiscal que apresentou CMV negativado, mantendo-se os demais procedimentos que oferecem suporte à acusação de omissão de saídas tributáveis.

- Redução da penalidade aplicada na forma disciplinada pela edição da Lei n° 10.008/2013" (Acórdão CRF/PB nº 490/2014, relator Cons. João Lincoln Diniz Borges. DOE de 7/12/2014).

"OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. CMV NEGATIVO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

***A existência de CMV negativo em um determinado exercício representa uma patologia fiscal que denuncia indício tributário, onde, no entanto, o procedimento, da Conta Mercadoria não possibilita a exigência do imposto pelo simples fato de apresentar negatividade no custo mercantil das operações, fato ocorrido sobre o exercício de 2008. Manutenção do resultado fiscal apurado sobre o exercício de 2010 por espelhar a legalidade de aplicação da técnica fiscal. Redução da multa incidente em face do advento da Lei ° 10.008/2013"* (Acórdão CRF/PB nº 386/2014, relator Cons. João Lincoln Diniz Borges. DOE de 28/10/2014).**

(Grifos não constante nos originais).

Portanto, os elementos que constituem o substrato da acusação fiscal referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010 com esta não se comprazem, o que gera dúvidas com relação ao próprio fato que se pretendeu punir, razão por que deve ser declarado nulo o respectivo lançamento, por não atender ao disciplinamento do art. 142 do CTN.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em nosso Regulamento, tal exigibilidade encontra-se prevista no artigo 692, V, vigente à época da ação fiscal e atualmente disciplinada na Lei nº 10.094, de 27/9/2013 (art. 41, V).

Em face dessas razões, no meu sentir, o procedimento fiscal referente aos exercícios em voga revela-se impróprio à analise da situação fiscal do estabelecimento considerado.

Esse fato evidencia um vício material que macula a denúncia fiscal apresentada, razão por que, *a priori*, a situação atrairia a nulidade do mencionado lançamento basilar (Aplicação do art. 14, III, da Lei nº 10.094/13) e, por consequência, remanesceria ressalvado o direito de o Estado reaver o crédito tributário porventura devido, mediante outro lançamento de ofício apto a surtir os efeitos que lhe são legalmente reservados.

Todavia, considerando que se trata de defeito na formalização do procedimento de apuração da falta e, nessas circunstâncias, o vício é material, e considerando, ainda, que o objeto da análise fiscal é a situação do contribuinte perante o Fisco nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, então, o crédito tributário relativo a fatos geradores porventura eclodidos nesses exercícios, ainda que não pagos ao Estado, não mais é suscetível de lançamento de ofício, por ter sido fulminado pela decadência do direito de lançá-lo (art. 173, I do CTN), evidencia-se inócuo declarar a nulidade do mencionado lançamento.

Desse modo, confirmo a decisão singular que declarou a improcedência do lançamento de ofício correspondente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Corroboro, ainda, a providência da primeira instância, que, com relação ao lançamento dos exercícios de 2007 e 2011, aplicou as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13), 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.

Assim, reputa-se legítima 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 da penalidade passou a ser calculado com base no percentual de 100%, fixando-se o crédito tributário consoante os valores abaixo:

Infração	Exerc.	Período	ICMS (R$)	M. por Infr. (R$)	Total (R$)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Omiss. Vendas	2007	1/1 a 31/12	**70,17**	**70,17**	**140,34**
Omiss. Vendas	2008	1/1 a 31/12	**0,00**	**0,00**	**0,00**
Omiss. Vendas	2009	1/1 a 31/12	**0,00**	**0,00**	**0,00**
Omiss. Vendas	2010	1/1 a 31/12	**0,00**	**0,00**	**0,00**
Omiss. Vendas	2011	1/1 a 31/12	**10.429,96**	**10.429,96**	**20.859,92**
Totais	-	-	**10.500,13**	**10.500,13**	**21.000,26**

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 93300008.09.00001504/2012-26 (fl. 7), lavrado em 18 de julho de 2012, em que foi autuada a empresa, MICHELLI DE ALMEIDA OLIVEIRA SILVA, contribuinteinscrito no CCICMS estadual, sob o nº 16.142.696-4, devidamente qualificado nos autos, fixando o crédito tributário no montante de R$ 21.000,26 (vinte e um mil e vinte e seis centavos),sendo R$ 10.500,13 (dez mil, quinhentos reais e treze centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, e 160, I c/c o art. 643, § 4º, II, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e o mesmo valor, R$ 10.500,13 (dez mil, quinhentos reais e treze centavos), de multa por infração, consoante previsão do art. 82, V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Aotempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, mantenho cancelado, por irregular, o valor de R$ 25.806,13 (vinte e cinco mil, oitocentos e seis reais e treze centavos), constituído de R$ 5.102,00 (cinco mil, cento e dois reais), de ICMS, e R$ 20.704,13 (vinte mil, setecentos e quatro reais e treze centavos), de multa infracional.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de abril de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.
Conselheira Relatora

Phoca PDF