Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº093.864.2012-0
Recursos HIE/VOL/CRF nº.276/2016
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
1ªRecorrente:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROC.FISCAIS-GEJUP
1ªRecorrida:FLORIANO BEZERRA DA SILVA
2ªRecorrente:FLORIANO BEZERRA DA SILVA
2ªRecorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROC.FISCAIS-GEJUP
Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE MAMANGUAPE
Autuantes: ALBANO L.LEONEL DA ROCHA/JOSÉ DOMINGOS MOURA ALVES
Relator:CONS.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIOS DESPROVIDOS.

Diferenças tributáveis apuradas por meio das Contas Mercadorias caracterizaram a presunção legal "juris tantum" de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte não trouxe aos autos provas documentais que pudessem ilidir a acusação inserta na peça vestibular.
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 da **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovimento* de ambos, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001157/2012-31, lavrado em 13 de junho de 2012, contra a empresa FLORIANO BEZERRA DA SILVA (CCICMS: 16.081.729-3), declarando devido o crédito tributário de R$ 123.552,46 (cento e vinte e três mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e seis centavos), sendo R$ 61.776,23 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos) de ICMS, por infringência ao art.158, I, art. 160, I, c/ fulcro nos art. 643, § 4º, II e art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo decreto 18.930/97, e R$ 61.776,23 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, "a", da Lei 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ao tempo em que mantenho cancelada, por indevida, o valor da multa por infração no importe de R$ 61.776,23 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos), pelas razões acima evidenciadas.

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de novembro de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima

Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

#**R E L A T Ó R I O**

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001157/2012-31, lavrado em 13 de junho de 2012, contra a empresa FLORIANO BEZERRA DA SILVA (CCICMS: 16.081.729-3), em razão da seguinte irregularidade, identificada nos exercícios de 2007 a 2010, conforme a descrição do fato, abaixo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

transcrito:

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 Conta Mercadorias.

Pelo fato, foram enquadradas as infrações nos artigos 158, I, e 160, I, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, c/fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030 de 07.02.08, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R$ 185.328,69, sendo R$ 61.776,23, de ICMS, e R$ 123.552,46, de multa por infração.

Cientificada da acusação de forma pessoal em 17/8/2012, com aposição da assinatura do seu representante legal na peça vestibular, fl. 3, a empresa autuada apresentou peça impugnatória, fls. 263 a 271, protocolada em 17/9/2012, fl. 263, trazendo, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

a. Discorda dos valores apresentados pela fiscalização, referentes às operações não tributáveis, nos cálculos das compras e vendas tributáveis, verificado no Demonstrativo da Conta mercadorias dos anos de 2007 a 2010;

b. Que a empresa é optante do regime de apuração do Simples Nacional e, nesse caso, e que entende que o arbitramento do lucro bruto sobre o Custo das Mercadorias Vendidas deveria ser de 10% (dez por cento), em razão de palestras realizadas pela Secretaria, que teria indicado este percentual, discordando do TVA de 30% (trinta por cento), requerendo a nulidade da autuação ou retificação do lançamento de ofício.

Em contestação, fls. 273 a 275, a fiscalização rebate as indagações de defesa, aduzindo, em suma, que todos os valores foram extraídos dos livros fiscais e das GIM’s declaradas pelo contribuinte, e os valores das mercadorias de aquisição, tributadas e não tributadas, classificadas conforme o CFOP, e que o percentual de TVA aplicado segue os ditames do art. 643,§4º, II, do RICMS/PB, solicitando a procedência do feito fiscal.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 282, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, em que a auditoria jurídica solicita retorna os autos aos fiscais autuantes, como medida saneadora, para que fosse juntado a este Processo os Levantamentos Financeiros dos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, em cumprimento ao disposto no art. 643, §4º, do RICMS/PB.

Após resposta do saneamento solicitado, em forma de Informativo Fiscal, fl. 290, foram os autos conclusos e devolvidos à instância prima, e distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela procedência parcial da autuação, fls. 294 a 299, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. FALTA DE PROVAS MATERIAIS. CONFIGURADA A ACUSAÇÃO. CORREÇÃO DA PENALIDADE.

Diante da ausência de contraprova nos autos, confirma-se a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através da auditoria da Conta Mercadorias. Redução da multa em

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

decorrência da Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em sua decisão, o julgador fiscal condenou o contribuinte ao crédito tributário de R$ 123.552,46, sendo R$ 61.776,23 de ICMS, e R$ 61.776,23, de multa por infração.

Cientificada da decisão *a quo* em 18/7/2016, Aviso de Recebimento à fl. 302, a autuada se manifestou nos autos, com apresentação de recurso voluntário, fls. 304 a 308, protocolado em 16/8/2016, que apresenta, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

a. Discorre que os levantamentos das contas mercadorias estariam carente de correspondência com a realidade, apresentando valores de compras e de vendas diversos daqueles inicialmente apurados pela fiscalização;

b. Refaz as contas mercadorias, demonstrando que os resultados diferem aqueles realizados pela fiscalização;

c. Discorda do TVA aplicado de 30%;

d. Ao final, roga pela anulação da autuação, ou que as alíquotas fossem consideradas as correspondentes as do SIMPLES NACIONAL.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório**.**

V O T O

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o lançamento de oficio, decorrente dos Levantamentos das Contas Mercadorias dos exercícios de 2007 a 2010, que manteve o lançamento inicial em relação ao imposto apurado, e reduziu a multa aplicada em razão da vigência de lei nova mais benéfica ao contribuinte.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/13.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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, já que este 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**:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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.*)

As acusações, apuradas nos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010 foram detectadas por meio das Contas Mercadorias, cujos demonstrativos se encontram, respectivamente, às fls. 10, 12 , 14 e 16, 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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;

Conforme a exegese da norma supracitada, não há o que se discutir quanto à aplicação do TVA de 30% sobre o CMV, questionado pela recorrente, já que se trata de determinação da legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimo tal arbitramento do lucro bruto, aplicado no levantamento da Conta Mercadorias, aos que não possuem uma escrituração contábil regular, ou a apresenta intempestivamente.

Quanto aos valores de compra e vendas de mercadorias tributáveis trazidos pelo contribuinte em seu recurso voluntário, em levantamentos da Conta Mercadorias de sua autoria, que se encontram divergentes dos levantamentos apurados pela fiscalização, já foram perfeitamente enfrentados pela instância monocrática, que confirmou os valores apurados pelos autores da inicial, extraídos das declarações oficiais do contribuinte ao Fisco, diante do material probatório que instruiu a inicial, e das provas trazidas aos autos em contestação.

No recurso voluntário, o contribuinte veio apenas repetir os Levantamentos das Contas Mercadorias dos exercícios denunciados, por ele elaborados, acrescentando apenas as notas fiscais não lançadas, majorando as diferenças tributáveis, por ele apuradas, a patamares bem aproximados aos levantados pela fiscalização, carecendo, contudo, da apresentação de provas robustas que pudessem afastar os valores apurados pelos autores do feito acusatório.

Quanto à solicitação da recorrente para que sejam aplicadas as alíquotas correspondentes ao Simples Nacional, ao invés da alíquota de 17%, conforme peça vestibular, não há possibilidade, pois, determina a Lei Complementar nº 123/2006, que para o caso de omissões de vendas (operações desacobertadas de documento fiscal), em relação ao cálculo do ICMS, deve-se aplicar a alíquota atribuída para as demais pessoas jurídicas, na época 17%, conforme dispõe o seu artigo 13, § 1º, XIII, c/c art. 34, bem como a aplicação da penalidade por infração. Vejamos:

LC nº 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:

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

XIII - ICMS devido:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

No tocante à aplicação das multas, agiu também corretamente a instância singular, ao reduzir as multas por infração para 100%, em relação às denúncias insertas na inicial, considerando as alterações advindas da Lei nº 10.008/13, particularmente do art. 82, da Lei n° 6.379/96, com efeitos a partir de 1º/9/2013. Tal correção beneficiando o sujeito passivo, tem por fundamento o princípio da retroatividade da lei mais benigna, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN[1].

Destarte, diante da regularidade e legalidade de que se revestem os Levantamentos das Contas Mercadorias para o contribuinte que mantém apenas escrituração fiscal e tendo em vista o disciplinamento normativo da legislação tributária, não vejo como declinar o crédito tributário apurado pela fiscalização, que evidenciou omissão de saídas de mercadorias tributáveis nos exercícios de 2007 a 2010, com base no arbitramento do Lucro Bruto, lançado no Auto de Infração em tela.

Diante das considerações supra, deve ser mantido o crédito tributário decidido pela instância prima, em conformidade com o quadro resumo abaixo:

INFRAÇÃO	PERÍODO		ICMS	MULTA	CRED. TRIBUT
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC. TRIB.-CONTA MERCADORIAS	01/07/2007	31/12/2007	7.895,90	7.895,90	15.791,8
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC. TRIB.-CONTA MERCADORIAS	01/01/2008	31/12/2008	20.549,49	20.549,49	41.098,9

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC. TRIB.-CONTA MERCADORIAS	01/01/2009	31/12/2009	19.282,34	19.282,34	38.564,6
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC. TRIB.-CONTA MERCADORIAS	01/01/2010	31/12/2010	14.048,50	14.048,50	28.097,0
TOTAL			**61.776,23**	61.776,23	123.552

Por todo exposto**,**

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovimento* de ambos, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001157/2012-31, lavrado em 13 de junho de 2012, contra a empresa FLORIANO BEZERRA DA SILVA (CCICMS: 16.081.729-3), declarando devido o crédito tributário de R$ 123.552,46 (cento e vinte e três mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e seis centavos), sendo R$ 61.776,23 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos) de ICMS, por infringência ao art.158, I, art. 160, I, c/ fulcro nos art. 643, § 4º, II e art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo decreto 18.930/97, e R$ 61.776,23 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos) de multa por infração*,* com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelada, por indevida, o valor da multa por infração no importe de R$ 61.776,23 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos), pelas razões acima evidenciadas.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 24 de novembro de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Phoca PDF