



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

PROCESSO Nº1376682016-8

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP.

1ªRecorrida:LUZIA PEREIRA DE SOUSA-ME.

2ªRecorrente:LUZIA PEREIRA DE SOUSA-ME.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP.

Repartição Preparadora:SUBG. DA REC. DE RENDAS DA GER.REG.DA 3ª REIGIÃO.

Autuante:JURANDI ANDRÉ PEREIRA MARINHO.

Relator:CONS.ºPETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS). OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. PAGAMENTO EXTRACAIXA. NULIDADE. PASSIVO FICTÍCIO. PRELIMINARES AFASTADAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIOS DESPROVIDOS..

A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias) obriga o contribuinte a efetuar o estorno desses créditos na proporção da redução verificada.

Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Não levar à tributação as operações de vendas registradas nos equipamentos ECF, enseja o lançamento do imposto, na forma da legislação em vigor.

Erro na descrição da infração de pagamento extracaixa acarretou sua nulidade por vício formal.

A manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes caracteriza a figura do passivo fictício denotando a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Ajustes realizados pelo julgador singular acarretaram a redução do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos para manter a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001638/2016-70, lavrado em 16/9/2016, contra a empresa, LUZIA PEREIRA DE SOUSA – ME., inscrição estadual nº 16.172.808-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 1.054.292,35 (um milhão, cinquenta e quatro

mil, duzentos e noventa e dois reais e trinta e cinco centavos), sendo R\$ 538.090,33 (quinhentos e trinta e oito mil, noventa reais e trinta e três centavos), de ICMS, por infringência ao art. 85, III; arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; arts. 52, 54, 2º, 3º, 60, I, “b” e III, “d” e “l”, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 516.202,02 (quinhentos e dezesseis mil, duzentos e dois reais e dois centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, IV e art. 82, V, “a”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantém cancelado o valor de R\$ 1.178.818,58 (um milhão, cento e setenta e oito mil, oitocentos e dezoito reais e cinquenta e oito centavos), sendo R\$ 589.409,27 (quinhentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e nove reais e vinte e sete centavos), de ICMS, e R\$ 589.409,31 (quinhentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e nove reais e vinte e sete centavos), de multa por infração.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, GILVIA DANTAS MACEDO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001638/2016-70, lavrado em 16/9/2016, contra a empresa, LUZIA PEREIRA DE SOUSA – ME., inscrição estadual nº 16.172.808-1, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2012 e 31/12/2015, constam as seguintes

denúncias:

- FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS) >> Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), resultando na obrigação de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS DECORRENTES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS ABAIXO DO VALOR DE AQUISIÇÃO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS), RESULTANDO NA OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, NOS EXERCÍCIOS DE 2012; 2013 E 2014, CONFORME PLANILHAS DEMONSTRATIVAS ANEXAS AOS EVENTOS.

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestação de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E/OU A REALIZAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, CONSTATADA PELA FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. CONSTATOU-SE

NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS DETECTADAS ATRAVÉS DO CRUZAMENTO DAS ENTRADAS (TODAS) COM CFOP X SINTEGRA E EFD, NOS EXERCÍCIOS DE 2012 A 2015, SENDO QUE AS DO EXERCÍCIO DE 2015 ESTÃO SENDO COBRADAS AS TRIBUTÁVEIS POR DENTRO DA CONTA MERCADORIAS, CONFORME PLANILHAS EM ANEXO.

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

Nota Explicativa:

CONTRIBUINTE EM QUESTÃO DEIXOU DE DECLARAR NO SINTEGRA O MAPA RESUMO DOS CUPONS FISCAIS EMITIDOS NOS MESES DE JANEIRO, FEVEREIRO, OUTUBRO E DEZEMBRO DE 2012, NO ECF Nº 5153 NO VALOR TRIBUTÁVEL DE R\$ 61.992,23 QUE CUJO ICMS IMPORTA EM R\$ 10.538,80, CONFORME PLANILHAS ANEXAS AOS EVENTOS.

- INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documentos fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.

Nota Explicativa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, FACE À AUSÊNCIA DE DÉBITO(S) DO IMPOSTO NOS LIVROS PRÓPRIOS, EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE TER INDICADO NO(S) DOCUMENTOS FISCAL(IS) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS COMO SENDO NÃO TRIBUTADA(S) PELO ICMS. 2013, 2014 E 2015, CONFORME PLANILHAS ANEXAS AOS EVENTOS.

- 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.

Nota Explicativa:

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. ESTÁ SENDO COBRADO LUCRO PRESUMIDO NO EXERCÍCIO DE 2015, POR QUE A EMPRESA EM QUESTÃO DEIXOU DE INFORMAR A ESCRITA CONTÁBIL NO SPED CONTÁBIL, DIANTE ENCONTRA-SE OMISSA, CONFORME PLANILHA ANEXA AO EVENTO.

- PAGAMENTO EXTRACAIXA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamento(s) com recursos provenientes de omissões de prestação de serviços tributáveis s/o pagamento do imposto.

Nota Explicativa:

CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE EFETUOU PAGAMENTO(S) COM RECURSOS PROVENIENTES DE OMISSÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS S/O PAGAMENTO DO IMPOSTO, NOS EXERCÍCIOS DE 2012 E 2014, CONFORME PLANILHAS ANEXAS AOS EVENTOS.

- PASSIVO FICTÍCIO (obrigações pagas e não contabilizadas) >> Contrariando dispositivos legais, o

contribuinte efetuou pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Nota Explicativa:

CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE EFETUOU PAGAMENTOS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, CONSTATADO MEDIANTE A MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS, NOS EXERCÍCIOS DE 2012 E 2014, CONFORME PLANILHAS ANEXAS AOS EVENTOS.

Foram dados como infringidos o art. 85, III; arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; arts. 52, 54, 2º, 3º, 60, I, “b” e III, “d” e “l”; art. 643. §4º; todos do RICMS-PB, sendo propostas as penalidades previstas no art. 82, IV e art. 82, V, “a”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 2.233.110,93, sendo R\$ 1.127.499,60, de ICMS, e R\$ 1.105.611,33, de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 22/9/2016, a autuada apresentou reclamação, em 24/10/2016 (fls. 522-536).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (fl. 538), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 1.054.292,35, sendo R\$ 538.090,33, de ICMS, e R\$ 516.202,02, de multa por infração, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13 (fls. 550-573).

Devidamente cientificada da decisão de Primeira Instância, por via postal, em 6/4/2017 - AR (fl. 578), a autuada apresentou recurso voluntário, em 26/4/2017 (fls. 579-591).

No seu recurso, expõe as seguintes razões:

- Em preliminar, diz que teve seu pedido de diligência negado pela instância singular, alegando que o julgador monocrático não fundamentou tal decisão.

- Insurge-se contra a aplicação da legislação estadual do ICMS em detrimento da legislação

do Simples Nacional, apontando afronta a IN 015/2012/GSER, em vigência à época dos fatos, que depois veio a ser reformada pela IN 09/2013/GSER.

- Alude que o julgador singular diligenciou por conta própria, ao refazer a Conta Mercadoria de 2012, mas que acha temerária a conclusão de existência de prejuízo bruto, considerando a existência de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária como normal.

- Aponta falha na acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, por não terem sido anexadas as Notas Fiscais Interestaduais.

- Alega que não se pode imputar à empresa a acusação de falta de recolhimento do ICMS, com base nas informações contidas no Mapa Resumo da empresa, por este não ser de apresentação obrigatória.

- No tocante à acusação de indicar como não tributadas pelo ICMS, operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, afirma que há a necessidade de se proceder diligência para se verificar que produtos efetivamente estão sujeitos à tributação normal e quais se submetem ao regime da substituição tributária.

- Admitindo a existência de diferença no passivo fictício, declara que a falta de diligência tolheu o direito de defesa da empresa, não se admitindo que nenhuma duplicata existente no saldo de balanço do exercício anterior não tenha sido paga no exercício seguinte.

- Ao final requer:

- O recebimento do recurso voluntário, com efeito suspensivo e o seu provimento, para que se anule o julgamento de primeira instância, com a desconstituição do crédito tributário oriundo do presente auto de infração, ressaltando o direito à elaboração de um novo feito fiscal, sem os vícios apontados.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos *hierárquico* e *voluntário* contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001638/2016-70, lavrado em 16/9/2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminares

Em primeiro lugar, afasto a preliminar, por considerar que a negativa do pedido de diligência na instância *prima* foi motivada pela livre convicção do julgador singular de que os elementos constantes dos autos eram suficientes para a formar sua opinião sobre o assunto, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Há que se ressaltar a nulidade da acusação de pagamento extracaixa, em razão de erro na descrição do fato imponible.

Para as demais acusações, considero que descrevem com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com os requisitos do art. 142 do CTN.

Da mesma forma, não se enquadram em nenhum dos casos de nulidade previstos nos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Cabe ainda registrar que, em consulta aos arquivos do contribuinte, observa-se que à época dos fatos, período de 1º/1/2012 a 31/12/2015, a empresa apresentava regime de pagamento normal, não sendo aplicável, portanto, a legislação do Simples Nacional.

Falta de Estorno

Prejuízo Bruto com Mercadorias

A denúncia toma como base o levantamento da Conta Mercadorias, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, onde a fiscalização apurou saídas de mercadorias com tributação normal, abaixo do seu custo de aquisição, conforme demonstrativos (fls. 17, 19 e 21).

Como se sabe, os contribuintes que tenham apresentado escrita fiscal/contábil, possibilitando a apuração do lucro real, no caso de evidenciada a ocorrência de vendas de mercadorias com tributação normal abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), ficam obrigados a efetuar o estorno dos créditos na proporção da redução verificada, como determina o art. 155, II, “a” e “b”, da CF, como se segue:

Art. 155 -

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

O art. 85, III do RICMS-PB, reproduz tal dispositivo constitucional, regulamentando-o nos seguintes termos:

Art. 85. *O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

(...)

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Em primeira instância, o julgador singular, efetuou a reconstituição da conta gráfica nos períodos considerados, declarando devida a exigência do valor de R\$ 45.307,69, para o exercício de 2013, de R\$ 15.698,03, ao invés de R\$ 79.003,92, para o exercício de 2014, e excluindo o crédito tributário inicialmente lançado para o período de 2012.

Andou bem o douto julgador, tendo em vista que o montante a exigir pela apuração de prejuízo bruto está condicionado à efetiva repercussão tributária verificada após a reconstituição da conta gráfica do ICMS, estornando-se os créditos na proporção da redução verificada entre o montante das saídas e o valor das operações de entrada.

Ressalte-se que não prosperam as alegações da recorrente de que o julgador singular diligenciou por conta própria, ao refazer a Conta Mercadoria de 2012, e que acha temerária a conclusão de existência de prejuízo bruto, considerando a existência de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária como normal.

Não hão de prosperar tais alegações, tendo em vista que o julgador de primeira instância nada mais fez do que abater, do crédito tributário, os saldos credores constantes em suas declarações, agindo em conformidade com a legislação e em benefício da própria recorrente, ressaltando que os valores tomados pela fiscalização são oriundos das declarações prestadas pela própria empresa.

Portanto, só nos resta ratificar a decisão de primeira instância.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de ter omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, ao constatar a ocorrência de compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 49-53).

Como se sabe, a falta de escrituração das operações de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por

instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. (g.n.).

Neste sentido, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a ausência do registro dessas Notas Fiscais denota a ocorrência de pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

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;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Mantida a acusação na instância singular, a recorrente vem alegar a falta de comprovação das Notas Fiscais interestaduais.

De fato, é dever da fiscalização apresentar documentos que comprovem o ilícito tributário, como forma de garantir a liquidez e certeza do crédito tributário, no entanto, no caso em exame, verifica-se que as Notas Fiscais discriminadas na denúncia se referem a Notas Fiscais Eletrônicas cuja veracidade se pode comprovar através de consulta à base de Notas Fiscais Eletrônicas, por meio da chave de acesso, fato que foi devidamente identificado pela fiscalização.

Assim, sem que a recorrente tenha apresentado provas ou argumentos convincentes em sua defesa, ratifico a decisão monocrática de manter a acusação.

Falta de Recolhimento do ICMS

A presente acusação trata de falta de recolhimento do ICMS em razão de o contribuinte ter deixado de declarar o Mapa Resumo extraído do ECF nº 5153, referente às vendas realizadas, nos meses de janeiro, fevereiro, outubro e dezembro de 2012, conforme demonstrativo (fl. 45).

Mantida a acusação na instância singular, a recorrente vem alegar que a empresa não pode sofrer nenhuma imputação com base nas informações contidas no Mapa Resumo, em virtude de o referido instrumento não ser de apresentação obrigatória.

De fato, a autuada está dispensada de registrar suas operações em Mapa Resumo, amparada no art. 365, I, §1º, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 365. Com base no cupom previsto no art. 362, as operações e/ou prestações serão registradas, diariamente, em documento, conforme Anexo 89, contendo as seguintes indicações:

I - denominação "Mapa Resumo ECF";

(...)

§ 1º O "Mapa Resumo ECF" poderá ser dispensado para estabelecimentos que possuam até 3 (três) ECF's e não utilizem os procedimentos previstos nos arts. 369, 370 e 371.

No entanto, tal fato não a desobriga de efetuar o registro dessas operações na sua declaração mensal, pois dessa forma esses valores deixam de serem levados à tributação, refletindo na base de cálculo do imposto e resultando em um montante menor a exigir.

Portanto, ratifico os termos da decisão monocrática, por considerar que o lançamento de ofício está em consonância com a legislação tributária estadual.

Indicar como Não Tributáveis pelo ICMS,

Operações sujeitas ao Imposto Estadual

Da mesma forma que a denúncia anterior, o contribuinte deixou de declarar as vendas realizadas, através dos equipamentos ECF, nos exercícios de 2013, 2014 e 2015, resultando na falta de recolhimento do imposto, conforme demonstrativos (fls. 46-48).

Mantida a acusação na instância monocrática, a recorrente vem a alegar a necessidade de se efetuar diligência no sentido de verificar quais os produtos se submetem ao regime da substituição tributária, e quais, efetivamente, estão sujeitos à tributação normal.

Ora, essas informações são de cunho da própria empresa autuada, que, no entanto, não as apresentou nas oportunidades de defesa oferecidas, não havendo que se falar na necessidade de diligência para verificar sua existência ou veracidade.

Logo, a falta de apresentação dessas informações ao Fisco sujeitou o contribuinte ao lançamento do imposto, em face dessas operações não terem sido levadas à tributação.

Portanto, ratifico a decisão de primeira instância por se revelar em consonância com as provas dos autos e os termos da legislação de regência.

Conta Mercadorias

A acusação trata de diferença tributável apurada em Levantamento da Conta Mercadorias, referente ao exercício de 2015, onde foi apurado que o contribuinte não alcançou a margem de lucro de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas – CMV, conforme demonstrativos (fl. 23).

Como se sabe, o Levantamento da Conta Mercadorias é um procedimento largamente utilizado e aceito nos órgãos julgadores administrativos, tornando-se obrigatório, como meio de aferição fiscal, nos termos da legislação em vigor, para os contribuintes que não possuam escrita contábil regular, em face a impossibilidade de apurar o lucro real, sujeitando-os a guardar uma margem de vendas, num percentual de 30%, sobre os valores obtidos para o CMV, conforme disciplina o art. 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.

No caso dos autos, ficou constatado que as vendas realizadas não ultrapassaram a margem de 30% (trinta por cento) sobre o CMV, inferindo-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.

Dessa forma, ficou o contribuinte sujeito ao pagamento do imposto por contrariar os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB.

Em primeira instância, o julgador singular afastou a acusação pelo fato de a empresa ser detentora de contabilidade regular, não estando submetida à apuração de lucro presumido.

Neste sentido, a constatação de vendas abaixo do custo de produção para as empresas que apresentem contabilidade regular, apurando o lucro real, apenas, enseja o estorno dos créditos fiscais na proporção da redução verificada entre o montante das saídas e o valor das operações de entrada.

Assim, ratifico a decisão de primeira instância por considerar que foi tomada nos termos da legislação de regência.

Pagamento Extra Caixa

A denúncia está evidenciada na reconstituição do Caixa da empresa, onde a fiscalização apurou saldo credor nos períodos 1/2014, 2/2014, 4/2014, 5/2014 e 6/2014, denotando a ocorrência de pagamento extracaixa, conforme demonstrativo (fl. 63).

Logo, a ocorrência de pagamentos com recursos fora do Caixa escritural da empresa faz nascer a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646, II, do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Art. 646.

(...)

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

Em primeira instância, o julgador singular anulou a acusação entendendo haver falta de clareza na acusação de pagamento extracaixa e a apuração de saldo credor pela fiscalização.

Tendo em vista que a apuração de saldo credor, através da reconstituição do Caixa, denota a ocorrência de pagamentos com recursos marginais, verifico que a descrição da acusação e o texto da Nota Explicativa imputam ao contribuinte a realização de pagamento(s) com recursos provenientes de omissões de prestação de serviços tributáveis s/o pagamento do imposto, fato que, além de não comprovado nos autos, é de improvável comprovação, já que o contribuinte atua no ramo de comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente – CNAE 4635-4/99.

Portanto, em face da materialidade apurada nos autos, mantenho a nulidade da acusação, mas em razão de erro na descrição da infração, em face da acusação de que os pagamentos sejam oriundos de omissões de prestação de serviços tributáveis s/o pagamento do imposto, quando as omissões deveria ter sido em relação às saídas de mercadorias tributáveis.

Ressalte-se que os valores apurados no levantamento fiscal podem ser recuperados através de novo lançamento, na forma do art. 173, II, do CTN.

Passivo Fictício

A presente denúncia foi motivada pela falta de apresentação das duplicatas que dessem respaldo ao saldo da Conta Fornecedores, apresentado no exercício de 2012 (fl. 64), tendo a fiscalização autuado o contribuinte na forma prevista no art. 646 do RICMS/PB.

*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, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).*

Com efeito, a simples manutenção no passivo da empresa de obrigações sem respaldo documental, denota a existência de passivo fictício, sujeitando o infrator à presunção *júris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma prevista no art. 646 do RICMS/PB.

Neste sentido, o passivo fictício se caracteriza quando a empresa, por falta de disponibilidade no Caixa escritural, contabiliza compras à vista como se a prazo fossem, ou efetua o pagamento de obrigações com receitas extra-caixa, deixando de abater o valor correspondente do saldo da obrigação.

Mantida a acusação na primeira instância, a recorrente admite a ocorrência do passivo fictício, mas em valor mais reduzido, aludindo não se poder admitir que nenhuma duplicata existente no saldo de balanço do exercício anterior não tenha sido paga no exercício seguinte.

Ora, não há como negar que o saldo da Conta Fornecedores do exercício de 2013 está respaldado

no Balanço Patrimonial do exercício (fl. 70).

In casu, a autuada não comprovou com documentos o saldo existente na Conta Fornecedores, inferindo-se a sua quitação com recursos extracaixa.

Tratando-se de documentos sob a guarda do contribuinte não há a necessidade de realização de diligência para sua comprovação.

Assim, ratifico a decisão da instância singular considerando legítima a diferença apurada no exercício de 2012, por constituir passivo fictício.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos para manter a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001638/2016-70, lavrado em 16/9/2016, contra a empresa, LUZIA PEREIRA DE SOUSA – ME., inscrição estadual nº 16.172.808-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 1.054.292,35 (um milhão, cinquenta e quatro mil, duzentos e noventa e dois reais e trinta e cinco centavos), sendo R\$ 538.090,33 (quinhentos e trinta e oito mil, noventa reais e trinta e três centavos), de ICMS, por infringência ao art. 85, III; arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; arts. 52, 54, 2º, 3º, 60, I, “b” e III, “d” e “I”, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 516.202,02 (quinhentos e dezesseis mil, duzentos e dois reais e dois centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, IV e art. 82, V, “a”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 1.178.818,58 (um milhão, cento e setenta e oito mil, oitocentos e dezoito reais e cinquenta e oito centavos), sendo R\$ 589.409,27 (quinhentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e nove reais e vinte e sete centavos), de ICMS, e R\$ 589.409,31 (quinhentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e nove reais e vinte e sete centavos), de multa por infração.

Ressalve-se que os valores apurados na denúncia de pagamento extracaixa podem ser recuperados através de novo lançamento, no prazo do art. 173, II, do CTN.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2018..

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator