



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

PROCESSO Nº0122812014-5

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERALDO FRANCISCO DA SILVA MAT. DE CONSTRUÇÃO

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuante: JACINTA DE MELO NOGUEIRA

Relatora: CONS.ª GILVIA DANTAS MACEDO

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. REJEITADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTAVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Inexistem nos autos incorreções capazes de provocar a nulidade do feito fiscal, de acordo com a legislação de regência. Os atos infracionais denunciados no libelo basilar encontram amparo legal no RICMS/PB. Contudo, é facultada a prova da improcedência das acusações ao contribuinte, que não logrou êxito em acostá-las aos autos.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000126/2014-25 (fls. 3 e 4), lavrado em 29/1/2014, contra a empresa GERALDO FRANCISCO DA SILVA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO, devidamente qualificada nos autos., inscrita no CCICMS/PB sob nº 16.121.187-9, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 69.468,22 (sessenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 34.734,11 (trinta e quatro mil, setecentos e trinta e quatro reais e onze centavos) de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, IV, parágrafo único, todos do RICMS/PB e R\$ 34.734,11 (trinta e quatro mil, setecentos e trinta e quatro reais e onze centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, "f", da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de novembro de 2018.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE) E ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO.

Assessor(a) Jurídico(a)

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000126/2014-75 (fls. 3 e 4), lavrado em 29 de janeiro de 2014, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento das irregularidades abaixo transcritas, *ipsis litteris*:

“FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. (SIMPLES NACIONAL)

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte optante do Simples Nacional 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.”

Considerando infringidos os arts. 158, I, 160, I, c/c o art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/c os arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, a agente fazendária, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 69.468,22, sendo R\$ 34.734,11 e R\$ 34.734,11 de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 5 a 245 dos autos.

Regularmente cientificado da lavratura do auto de infração em análise, via postal, com Aviso de Recebimento – AR anexo às fls. 247, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 249 a 250) em tempo hábil.

Na peça reclamatória, o contribuinte noticia que requereu baixa da inscrição estadual, praticou atos de comércio apenas no exercício de 2012, entregou os livros fiscais à fiscalização.

No exercício de 2013, assim, aduz que não exerceu atividade comercial, e, ainda, que transferiu suas despesas para matriz, e que não houve despesas com pró-labore, retiradas e honorários, acrescenta que o valor da GFIP foi para cumprir a obrigação com o recolhimento do INSS patronal. Acrescenta, também, que os valores das despesas realizadas importaram em R\$ 91.537,71, vez que não houve a despesa com pró-labore n valor de R\$ 8.080,00.

Com estes esclarecimentos, requer que o auto de infração seja revisto.

Instada (fls. 2525) a contestar as razões da impugnação, a autora do feito fiscal argumenta que:

- não merece acolhimento o argumento de que não exerceu atividade comercial em 2013, vez que o contribuinte lançou no livro Registro de Entradas aquisição de mercadorias no valor de R\$ 2.180,00, em março de 2013, conforme fls. 145, como também ocorreu aquisição de mercadorias por meio de notas fiscais não lançadas no valor de R\$ 4.644,65 em janeiro de 2013 e R\$ 3.580,64 em outubro de 2013;

- acrescenta que as despesas da filial não podem ser absorvidas pela matriz, pois são pessoas jurídicas distintas;

- quanto às despesas com pró-labore, retiradas e honorários, no exercício de 2013, foram extraídas do arquivo SEFIP, consoante documentos anexos às fls. 60 a 86, portanto, não pode a reclamante declarar a previdência valores que não recebeu.

Por fim, a fazendária requer a manutenção integral do crédito tributário em tela.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 256), os autos foram conclusos (fls. 257) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela procedência do auto de infração *sub judice*, em conformidade com a sentença acostada às fls. 263 a 272 e a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

“DENÚNCIA DE OMISSÃO DE SAÍDAS, PRESUMIDA PELA NÃO ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO, NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS DO DESTINATÁRIO/AUTUADO. PROCEDÊNCIA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AUTONOMIA DOS ESTABELECIMENTOS. PARA OS EFEITOS DO ICMS, CADA ESTABELECIMENTO ONDE EXERÇA O CONTRIBUINTE, SUAS ATIVIDADES GOZA DE AUTONOMIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS. CONFIRMAÇÃO.

- Constatada inteiramente a falta de escrituração de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, apurada por meio de cruzamento de dados de arquivos eletrônicos (Sintegra) e notas fiscais emitidas pelos remetentes, circunstância esta que autoriza a presunção de ocorrência de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. Procedimento fiscal amparado no art. 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e no art. 646 do RICMS/PB. Os argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para desconstituir o lançamento.

- O procedimento de auditoria utilizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte fez confirmar a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento Financeiro.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE”

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 275), a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 277 a 282.

No recurso voluntário (fls. 277 a 282), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, o sujeito passivo, inicialmente, narra os fatos ocorridos, diz que discorda da lavratura do auto de infração, e, em seguida, propõe-se a expor suas razões para requerer a anulação do feito fiscal.

No mérito, a recorrente argumenta que a documentação colacionada aos autos pela fiscalização não dá suporte a denúncia de omissão de saídas pela falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, vez que suas aquisições foram contabilizadas como também houve a apuração mensal do ICMS.

Acrescenta que não houve falta de recolhimento do Simples Nacional Fronteira, pois estava submetido ao regime de tributação próprio, qual seja, Simples Nacional, recolhendo o imposto devido mensalmente. Adita que as mercadorias que recebia eram sujeitas à substituição tributária, logo chegavam com os impostos pagos.

Insiste que recebia mercadorias sujeitas à substituição tributária. No intuito de comprovar suas alegações, requer que sejam examinadas as notas fiscais juntadas ao caderno processual. Como resultado, afirma que o auto de infração deve ser afastado para não incorrer em bitributação, pois o ICMS já foi pago por substituição tributária.

Pugnando ainda em seu favor, a recorrente argui o direito à dupla visita para lavratura do auto de infração, que, no seu entender, não ocorreu, gerando hipótese de nulidade, na forma preconizada no art. 55, §§ 1º e 6º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Neste sentido, traz aos autos jurisprudência pátria acerca do tema suscitado (fls. 280). Assim, prossegue dizendo que não houve fiscalização prévia, orientadora, por isso entende que há causa de nulidade do processo administrativo tributário em tela, que teria dado origem a CDA.

Combate também o valor da multa por infração, requerendo a aplicação de multa mais branda, razoável e proporcional, nos termos fixados na sua legislação própria, Lei Complementar nº 123/2006, por estar sujeito ao regime simples nacional.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a mim, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Nestes autos, cuida-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000126/2014-25 (fls. 3 e 4), lavrado em 29/1/2014, contra a empresa **GERALDO FRANCISCO DA SILVA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO**, devidamente qualificada nos autos, cujas acusações cuidam da prática irregular de- **omissão de saídas de mercadorias tributáveis** detectadas mediante **falta de lançamento de notas fiscais de entradas nos livros próprios**, nos períodos de janeiro a setembro e novembro de 2012, e janeiro e outubro de 2013, como também por meio do **Levantamento Financeiro**, nos exercícios de 2012 e 2013.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. 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 depreende dos artigos 15, 16 e 17, 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.”. (Lei nº 10.094/2013)

Assim, reitero 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, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal administrativo. Portanto, não há motivação para declaração de nulidade do auto de infração em tela como pleiteia a ora interessada.

Compete-me ainda alertar que o critério da dupla visita, antes da lavratura de auto de infração, como pretende a ora recorrente, se aplica aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, conforme dispositivo legal abaixo, e mais, **este critério não se aplica ao processo administrativo fiscal**, que é exatamente o caso em exame:

“Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, **deverá ser prioritariamente orientadora** quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

§ 1º **Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração**, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

(...)

§ 4º **O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos [arts. 39 e 40 desta Lei Complementar](#).**” (Lei Complementar nº 123/2006 – grifos nossos)

1) FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis nos períodos de janeiro a setembro e novembro de 2012, e janeiro e outubro de 2013.

Lendo o dispositivo regulamentar abaixo transcrito, art. 646 do RICMS/PB, em que se funda a acusação, é notório que esta decorre de uma presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, em razão da falta de lançamento de notas fiscais de entrada, *litteris*:

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

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

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

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

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

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.” (RICMS/PB - grifos nossos)

O fragmento regulamentar acima trasladado não deixa pairar dúvida quanto à legalidade da denúncia de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, **quando verificada a falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios**, como no caso dos autos, distintamente do que crer a ora recorrente.

Importante registrar que a acusação em análise trata de aquisições pretéritas de mercadorias, ou seja, a omissão de saídas denunciada se refere aos fatos passados, não aos produtos descritos nas notas fiscais de entradas não lançadas.

2) LEVANTAMENTO FINANCEIRO/Exercícios de 2012 e 2013 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de práticas evidenciadas pelo descumprimento de obrigação principal apurada em omissão de saídas pretéritas de mercadorias decorrentes dos resultados mensurados nos Levantamentos Financeiros dos exercícios citados.

Trata-se, portanto, de infração que foi alcançada pela técnica fiscal denominada de Levantamento Financeiro em um procedimento de aferição que analisa se há equilíbrio entre os somatórios das despesas incorridas com as receitas auferidas em um determinado exercício.

Caso se constate que os desembolsos foram superiores às disponibilidades auferidas, a legislação vigente autoriza a fiscalização a se valer da presunção “***juris tantum***”, arrimada no artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB, que prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao sujeito passivo à prova da improcedência da

presunção, como se verifica adiante:

“Art. 646. (...)

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.”* (Grifo nosso).

Como se deflui da legislação acima transcrita, o levantamento financeiro consiste em técnica de auditoria absolutamente legítima de que se vale a fiscalização para aferição da movimentação financeira, independente da adoção de uma escrituração contábil regular ou não, no qual as diferenças apuradas suportam o lançamento indiciário do ICMS devido, arrimada numa presunção de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Porém, como se trata de presunção relativa, admite-se a prova em contrário a cargo do contribuinte, uma vez que este é o possuidor de toda a documentação fiscal do estabelecimento que lhe pertence.

In casu, os fundamentos supratranscritos visam demonstrar que os atos infracionais denunciados têm suporte legal, diversamente, do que alega a ora recorrente, pois os procedimentos fiscais, norteadores das irregularidades fiscais denunciadas, encontram respaldo no RICMS/PB, e foram elaborados a partir dos dados informados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal, conforme documentos apensos às fls. 5 a 245 dos autos.

Portanto, **a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios** como também **o fato das despesas realizadas superarem as receitas auferidas pelo estabelecimento** dão ensejo à aplicação da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, que admite prova em contrário, por se tratar de presunção relativa, no entanto, a recorrente não trouxe aos autos elementos elidentes dos fatos.

Quanto à arguição da recorrente para aplicação da penalidade própria Simples Nacional, esclareço que a acusação de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto deve ter ICMS e multa cobrados de acordo com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição do artigo 13, § 1º, XIII, “e” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006, bem como nas disposições sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas por esse regime de tributação, dadas pela Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, adiante transcritas:

LEI COMPLEMENTAR 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:

[...]

XIII - ICMS devido:

[...]

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

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008:

Art. 82. Aplicam-se a 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

[...]

§ 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, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da [Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#).*

Por conseguinte, no tocante à penalidade aplicada, considero esta irretocável, notadamente porque decorre de lei.

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou

procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000126/2014-25 (fls. 3 e 4), lavrado em 29/1/2014, contra a empresa GERALDO FRANCISCO DA SILVA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO, devidamente qualificada nos autos., inscrita no CCICMS/PB sob nº 16.121.187-9, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 69.468,22 (sessenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 34.734,11 (trinta e quatro mil, setecentos e trinta e quatro reais e onze centavos) de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, IV, parágrafo único, todos do RICMS/PB e R\$ 34.734,11 (trinta e quatro mil, setecentos e trinta e quatro reais e onze centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de novembro de 2018..

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora