Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº1695622016-4
TRIBUNAL PLENO
1ª RECORRENTE:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG.DE PROC.FISCAIS–GEJUP.
1ª RECORRIDA:SUPERBOX NORDESTE LTDA
2ª RECORRENTE:SUPERBOX NORDESTE LTDA
2ª RECORRIDA:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROC. FISCAIS–GEJUP
PREPARADORA:SUBGER. DA REC. DE RENDAS DA GER. REG. DA 3ª REGIÃO
AUTUANTES:GILDETT DE MARILLAC A. MARINHO DO REGO
RELATORA:CONSª. DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS OMITIDAS A REGISTRO E À TRIBUTAÇÃO. INFRAÇÕES CONFIRMADAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EXCLUSÃO DE OPERAÇÃO SEM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. ILICITUDES CONFIRMADAS PARCIALMENTE. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Decadência parcial configurada, fundamentação do art. 150, § 4º do CTN. Cientificação ao sujeito passivo ocorreu após o prazo regular de constituição do crédito tributário, restando decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2011, em relação à infração fiscal “indicar como não tributadas pelo ICMS, operações com mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual”, bem como para infração “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestação de serviços realizadas”, tendo em vista o fato de a empresa ter transmitido a obrigação acessória GIM durante o período de janeiro a novembro de 2011, de todas as operações objeto da autuação.

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 da relatora, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002556/2016-43, lavrado em 6 de dezembro de 2016, contra a empresa SUPERBOX NORDESTE LTDA. (CCICMS: 16.128.496-5), condenando-a ao pagamento do crédito tributário no montante de R$ 1.691.388,04 (um milhão, seiscentos e noventa e um mil, trezentos e oitenta e oito reais e quatro centavos), sendo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

R$ 922.769,01 (novecentos e vinte e dois mil, setecentos e sessenta e nove reais e um centavo) de ICMS e R$ 768.619,03 (setecentos e sessenta e oito mil, seiscentos e dezenove reais e três centavos) referente à penalidade de multa, tendo como descumprimento aos arts. Art. 158, I, Art. 160. I c/fulcro, Art. 646, Art. 106, c/c, Art. 52, Art. 54, Art. 2º, Art. 3°, Art. 60, I, "b", e III, "d" e, "I", Art. 277 e parágrafos, c/c art. 60, I e III, todos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto Nº 18.930/97 e penalidades com arrimo nos art. 82, II, “b”, IV, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancela o montante de R$ 441.921,37 (quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e vinte e um reais e setenta e sete centavos), sendo R$ 262.647,72 (duzentos e sessenta e dois mil, seiscentos e quarenta e sete reais e setenta e dois centavos) de ICMS e R$ 179.273,65 (cento e setenta e nove mil, duzentos e setenta e três reais e sessenta e cinco centavos) a título de multa.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA , THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR

Assessora Jurídica

#R E L A T Ó R I O

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos termos dos art. 80 e 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002556/2016-43, lavrado em 6 de dezembro de 2016, contra a empresa SUPERBOX NORDESTE LTDA. (CCICMS: 16.128.496-5), em razão das irregularidades, identificadas nos exercícios de 2011 a 2015, abaixo citadas:

0009 - 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 prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

FALTA DE REGISTRO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E INTERNAS NOS BLOCOS ESPECÍFICOS DA ESCRITURAÇÃO DIGITAL.

0195 – INDICAR COMO NÃO TRIBUTÁVEIS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> 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) documento(s) fiscai(s) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.

Nota Explicativa:

AUDITORIA DOS ECF´s - DAS DUAS MÁQUINAS APRESENTADAS FORAM APURADAS DIFERENÇAS TRIBUTÁVEIS NOS ARQUIVOS DA MEMÓRIA FITA DETALHE DO EMISSOR DE CUPOM FISCAL TENDO SIDO INDENTIFICADAS COMO NÃO TRIBUTADAS MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS (SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ISENÇÃO – DIVERGÊNCIA NOS TOTALIZADORES).

0028 – NÃO RESGITRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REALIZADAS » Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos Livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Nota Explicativa:

CONTA CORRENTE: O CONTRIBUINTE TEM REGIME DE PAGAMENTO NORMAL MAS DECLARA E RECOLHE COMO SIMPLES NACIONAL, NÃO HÁ APURAÇÃO, NÃO FOI APRESENTADO LIVROS DE ENTRADA, SAÍDA, APURAÇÃO E INVENTÁRIO PARA 2011 E 2012, TODO O CONTA CORRENTE FOI REFEITO. ACRESCENTANDO-SE AS SAÍDAS DE TALÃO DE NOTA FISCAL MOD. 2 (REG. 61 GIM), NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS, E SAÍDAS DE ECF (ARQUIVOS MFCOM SEUS DÉBITOS E MFD) E OS CRÉDITOS DA NOTA DE ENTRADA DECLARADAS. EM 2013 A 2015 TODO CONTA CORRENTE TAMBÉM FOI REFEITO COM OS LANÇAMENTOS DAS SAÍDAS QUE ESTAVAM DECLARADOS NO SPED A MENOR QUE O LEVANTADO DOCUMENTALMENTE. TAMBÉM NÃO FOI APRESENTADO NO SPED O BLOCO H DO INVENTÁRIO. VALORES DE ICMS 2015 – R$ 137.324,18

- 0021 – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro.

A representante fazendária constituiu o crédito tributário na quantia de **R$ 2.133.309,41**, sendo **R$ 1.185.416,73 de ICMS** e **R$ 947.892,68 referente à penalidade de multa**, tendo como descumprimento aos arts. Art. 158, I, Art. 160. I c/fulcro, Art. 646, Art.106, c/c art. 52, art. 54 e art. 2º, art. 3º, art. 60, I, “b” e II, “d” e “i”, art. 277 e parágrafos, todos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto Nº 18.930/97. Demonstrativos instruem o processo às fls. 3 a 148, com demonstrativos anexos em mídia CD, fl 70.

Cientificado da autuação pessoalmente, fl. 13, recepcionado em 9/12/2016, a recorrente se manifestou, tempestivamente, apresentando peça reclamatória protocolada em 5/1/2017, fls. 149 a 158.

Em breve síntese, a reclamante aduz que para a infração de falta de lançamento de nota fiscal, a presente autuação carece de cópia das referidas notas fiscais, até mesmo para que a impugnante pudesse saber do que se trata, restando impossibilitada de saber se, refere-se, por exemplo à mercadoria sujeita à substituição tributária; quanto à infração de indicar em documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis como sendo não tributáveis, a auditoria não indicou, portanto, quais as duas máquinas nas quais se verificou a infração; para terceira infração, de não registrar em livros próprios operações de saídas de mercadorias, alega que a fiscalização não informa quais documentos fiscais está se referindo, todavia, consta a informação de que a impugnante era tributada com apuração normal de ICMS e efetuava sua apuração como enquadrada no Simples Nacional, ressaltando que a empresa não tem conhecimento processo administrativo para sua exclusão do Simples Nacional e, por fim, para quarta e última infração, apenas nega a infração afirmando ser impossível a produção de prova negativa, requerendo deferimento dos seus

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

pedidos.

Com informações de haver antecedentes fiscais não relacionados com a acusação em tela, fl. 160, foram os autos conclusos, remetidos à instância prima, e distribuídos ao julgador fiscal, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ, que decidiu pela parcial procedência da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

EMENTA: DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS OMITIDAS A REGISTRO E À TRIBUTAÇÃO. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EXPURGO DE OPERAÇÃO SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ISENTA E/OU NÃO TRIBUTADA. AJUSTE REALIZADO. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM M ERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. ILICITUDES CONFIRMADAS PARCIALMENTE.

- Com relação à decadência aplica-se o art. 150, § 4º do CTN. Cientificação ao sujeito passivo ocorreu após o prazo regular de constituição do crédito tributário, restando decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 01 de janeiro a 30 de novembro de 2011, em relação à infração fiscal “indicar como não tributadas pelo ICMS, operações com mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual”.

- O procedimento de auditoria realizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte fez confirmar a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através da constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios.

- O não oferecimento à tributação do valor integral das operações de saídas de mercadorias tributadas, mediante a prática de escriturá-las e oferecê-las à tributação em desconformidade como registradas nos respectivos ECFs utilizados no estabelecimento, constitui infração fiscal. Correta a imposição tributária para exigir imposto e multa.

- A omissão a registro e à tributação de operações de saídas de mercadorias normalmente sujeitas à tributação de ICMS, constitui infração tributária, sancionada com multa de 50% sobre o valor do tributo devido, tal c Omo corretamente lançada.

- Exigência tributária, referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas em conta do movimento financeiro. Imputação afastada em parte no ano fiscal de 2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 208, recepcionado em 6/2/2018, a autuada se manifestou no prazo regulamentar, em seu recurso alega em sua defesa os seguintes pontos:

a) Inicialmente faz um breve relato dos fatos e discorre sobre o cabimento do recurso. Quanto à primeira infração, alega que é precária a certeza da repercussão dos fatos, pois é recorrente o ato ilícito do fornecedor em “desovar” nota fiscal em nome de terceiros e reforça os argumentos trazidos na impugnação de que a falta do documento físico impossibilita a recorrente de identificar a repercussão tributária das notas fiscais ausentes de escrituração, requerendo o saneamento dos autos sob pena de incorrer em cerceamento de defesa;

b) No tocante a segunda infração, de ter indicado como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas à tributação estadual, argumenta que a denuncia não se arrima em provas, pois até o julgamento da primeira instância a recorrente não sabia a que ECF se referia a acusação e que, em sede de recurso, não sabe quais são os cupons para se verificar um a um e confirmar se a informação é realmente verdadeira. Afirma que é tudo especulação e que a Fazenda acusa, mas que não prova;

c) Quanto a terceira infração, a de não registrar nos livros próprios operações de saídas de mercadorias e/ou prestação de serviços, alega que há um certa confusão na denúncia fiscal o que impede a recorrente de produzir sua defesa e que a recorrente apurou e recolheu seus encargos na conformidade da regência do Simples Nacional com recebimento e sem rejeição por parte da Receita Estadual, fl. 214;

d) Para quarta e última infração, relativamente à omissão de receita com base na técnica de levantamento financeiro para o exercício de 2013, a recorrente, em sede de recurso, limitou-se a comentar a decisão de primeira instância, sem acrescentar nenhuma prova ou argumentação a fim de elidir a acusação. Na impugnação, alega que não recebeu o detalhamento técnico da inspeção financeira e que sem essas informações, cai no mundo das especulações e que não condiz a realidade fática.

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

O objeto dos recursos hierárquico e voluntário e a serem discutidos por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou *parcialmente procedente* o auto de infração, porquanto constatou que as infrações imputadas à recorrente eram procedentes em parte, tendo em vista período alcançado pelo instituto da decadência, bem como, excluir do levantamento financeiro (prejuízo bruto) em operações sem repercussão tributária, para as demais

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

infrações, manteve a acusação sob o argumento de que a recorrente não trouxe ao processo provas nem argumentações que justificassem as infrações às quais iremos analisar de forma individualizada.

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

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, 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.

As supostas irregularidades foram constatadas a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros próprios nos exercícios de 2014, indicou como não tributas mercadorias sujeitas ao imposto estadual, não

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

registrou nos livros próprios mercadorias e/ou serviços prestados, deixou de recolher ICMS tendo em vista a omissão de receita constatada com base na técnica do Levantamento Financeiro, sobre os quais vamos discorrer uma a uma nas etapas seguintes.

Entendo que a preliminar de cerceamento de defesa fica fragilizada pelo fato de que toda documentação e relatórios constantes no processo estavam à disposição da recorrente, quanto aos cupons fiscais, estão relacionados em mídia CD, constante à fl. 71 também estava à disposição da recorrente a todo tempo, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, ponto este, que no meu entendimento, não merece uma análise minuciosa, pois resta evidente o acesso da recorrente às informações constantes do processo.

Outra preliminar que, embora não arguida em sede de impugnação, foi analisada, de ofício, pelo julgador singular, refere-se à decadência para os períodos de janeiro a novembro de 2011, para a infração “indicar como não tributadas pelo ICMS, operações com mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual” e, no meu entendimento também alcança a infração “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestação de serviços realizadas”, **tendo em vista o fato de a empresa ter transmitido a obrigação acessória GIM (Guia de Informações Mensais) durante o período de 01 a novembro de 2011** para as quais a decadência está respaldada nos ditames do art. 150, § 4º do CTN, como já muito bem delineado pela instância *a quo,* sem a necessidade de nos alongarmos, comungo do mesmo entendimento do julgador singular, acrescentando à decisão singular a infração mencionada acima, pelos mesmos motivos da primeira infração. Importante ressaltar, que a reconstituição do Conta Corrente da autuada fora realizada com base nas informações por ela declaradas.

Infração 1 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

Superados os aspectos formais, passaremos a analisar o aspecto meritório propriamente dito, o qual, para essa infração, está relacionado com a presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, a qual é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido dispositivo.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante esclarecermos que, para a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o artigo 646 do RICMS/PB autoriza a presunção de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto.*

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis.

Assim, a exigência dos créditos não está relacionada diretamente às mercadorias consignadas nestas notas fiscais, mas sim a operações pretéritas, cujas receitas não foram oferecidas à tributação e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

Lei nº 6.379/96:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

RICMS/PB:

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;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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.)

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

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;

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Ante o exposto, entendo que o embasamento Legal utilizado para fundamentar a infração cometida estava em consonância com a legislação tributária vigente à época.

Para essa infração, a recorrente alega é precária a certeza da repercussão dos fatos, pois é recorrente o ato ilícito do fornecedor em “desovar” nota fiscal em nome de terceiros e reforça os argumentos trazidos na impugnação de que a falta do documento físico impossibilita a recorrente de identificar a repercussão tributária das notas fiscais ausentes de escrituração, requerendo o saneamento dos autos sob pena de incorrer em cerceamento de defesa.

Pois bem, sob esse ponto temos a dizer que estamos aqui tratando de Nota Fiscal Eletrônica, portanto, é prescindível o documento físico para instrução do processo e que a consulta deste documento é de fácil acesso aos contribuintes do ICMS, em uma simples consulta ao sistema ATF é possível visualizar o documento fiscal, baixar seu arquivo PDF e proceder qualquer tipo de análise, portanto, no meu entendimento, o argumento de que a ausência do documento físico prejudica a análise da repercussão tributária não merece prosperar.

Quanto ao termo utilizado pela recorrente de “desova” de notas fiscais, confesso que desconheço tal procedimento, mas, caso a recorrente tenha sido prejudicada por esse tipo de ação criminosa, sugiro que proceda com as medidas legais para resguardar seu direito, tanto na esfera cível como penal. Todavia, na via administrativa tributária não restou comprovada a escrituração das notas fiscais, nem mesmo na inscrita contábil que pudesse comprovar o pagamento das notas fiscais, além das questões formais mencionadas, nada trouxe ao processo que pudesse elidir o crédito tributário decorrente dessa infração, restando configurado o ilícito tributário.

Ante as análises expostas acima, mantenho inalterado o crédito tributário para infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis devido à falta de escrituração de notas fiscais no livro de registro de entradas.

Infração 2 - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

A infração “2” refere-se à 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) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tribulada(s) pelo ICMS.

Tal irregularidade foi detectada nas vendas efetuadas através dos ECFS DARUMA: **DR0610BR000000216185** e **DR0814BR000000457047**, conforme demonstrativos (MEMÓRIA FISCAL) anexos em mídia CD, fl. 71 dos autos.

Assim como na infração “1”, a recorrente reforça as alegações trazidas na impugnação, alega que não tinha conhecimento acerca de os ECFs e que só após a decisão de primeira instância tomou conhecimento, mesmo assim, não sabe a que cupons se refere.

No entanto, a infração é muito clara, o contribuinte não tributou com o imposto devido mercadorias sujeitas ao ICMS, como, por exemplo, os produtos mencionados abaixo, extraídos do relatório anexado ao processo pela fiscal autuante, constante em mídia CD, fl. 71, onde podem ser encontradas as informações necessárias para análise, tais como número do cupom, descrição do produto e sua tributação:

ECF: FAB:DR0814BR000000457047

SUPERBOX NORDESTE LTDA

S_U_P_E_R_B_O_X_ N_O_R_D_E_S_T_E_

R SEVERINO LOURENCO VAZ RIBEIRO N-650

A

BODOCONGO

- CAMPINA GRANDE/PB

CNPJ: 03.899.138/0001-62

IE: 16.128.496-5

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

02/05/2015 10:35:55 CCF:000105 COO:000130

C_U_P_O_M_ _F_I_S_C_A_L_

ITEM CÓDIGO DESCRIÇÃO

QTD. UN.VL UNITÁRIO(R$) ST VL ITEM(R$)

---

001 00000000000006 **BISTECA DE PORCO**

1,182 KG X 10,99 **F1** 12,99}

SUPERBOX NORDESTE LTDA

S_U_P_E_R_B_O_X_ N_O_R_D_E_S_T_E_

R SEVERINO LOURENCO VAZ RIBEIRO N-650

A

BODOCONGO

- CAMPINA GRANDE/PB

CNPJ: 03.899.138/0001-62

IE: 16.128.496-5

16/10/2015 09:35:11 CCF:065486 COO:067388

C_U_P_O_M_ _F_I_S_C_A_L_

ITEM CÓDIGO DESCRIÇÃO

QTD. UN.VL UNITÁRIO(R$) ST VL ITEM(R$)

---

001 07622300861186 SUCO TANG

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

3,000 UN X 0,89 T17,00% 2,67}

002 07898357460126 COADOR DE CAFE GRANDE 01 UNID

1,000 UN X 1,99 T17,00% 1,99}

003 07898215152019 LEITE CONDENSADO PIRACANJUBA

1,000 UN X 1,99 T17,00% 1,99}

004 07898215155041 CREME DE LEITE LEITBOM

1,000 UN X 1,35 T17,00% 1,35}

005 00000000000069 CHARCK DIANTEIRA 1KG

1,246 UN X 17,99 T17,00% 22,41}

006 07898121290881 FEIJAO MAC, SEMPRE VERDE

1,000 UN X 3,49 T17,00% 3,49}

007 00000000000042 MARACUJA

1,091 KG X 4,49 T17,00% 4,89}

008 05342013080071 VELAS DIVINA N 10 8 UNID.

1,000 UN X 7,99 T17,00% 7,99}

009 00000000014034 SERRA DE UNHA

3,000 UN X 0,10 F1 0,30}

T_O_T_A_L_ _ _R_$_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ 4_7_,_0_8

Dinheiro 50,00

TROCO R$ 2,92

MD5:C83D546DEC7BCC3CB8374D1A67A38DDC

PARAIBA LEGAL -RECEITA CIDADA -TORPEDO PREMIADO:

161284965 16102015 067388 04708

PDV:02 OP:001-CRISTINA-VOLTE SEMPRE!!!

Valor aprox.Tributo R$15.11 (32.09%)Fonte:IBPT

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Para essa infração, a recorrente não trouxe ao processo nenhuma alegação que justificasse tais diferenças, dessa forma, iremos manter na íntegra a infração de falta de recolhimento de ICMS, conforme demonstrativos anexados ao processo em mídia CD, constante à fl. 71 dos autos, ressalvado o período acometido pela decadência, já mencionando anteriormente.

Infração 3 - NÃO RESGITRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REALIZADAS

A infração “3” se deu pelo fato de a recorrente, segundo a fiscal autuante, ter regime de tributação NORMAL, mas declarar e recolher ICMS como sendo enquadrada no regime simplificado do Simples Nacional, portanto, não há apuração de ICMS, não tendo sido apresentados os Livros de Entrada, Saída, Apuração e Inventário para os exercícios de 2011 e 2012, por este motivo, fora refeito o conta-corrente (apuração de ICMS), o mesmo aconteceu para os exercícios de 2013 a 2015, tendo em vista a constatação de documentos declarados no SPED com valores menores que o informado documentalmente.

Para essa infração a recorrente alega que há um certa confusão na denúncia fiscal o que a impede de produzir sua defesa e que apurou e recolheu seus encargos na conformidade da regência do Simples Nacional com recebimento e sem rejeição por parte da Receita Estadual, fl. 214.

Todavia, não é a informação que consta no cadastro da recorrente anexado às fls. 162 a 164 dos autos, o qual informa que no período de 1º/1/2009 a 1º/1/2016 esta filial é tributada pelo regime NORMAL de tributação e só a partir de 23/2/2017 passou a ser tributado pelo Simples Nacional, retroativa a 1/1/2016.

Desta forma, resta configurada a infração, tendo em vista a apuração e recolhimento de forma diversa da prevista no cadastro de contribuintes. Ressalvando o período alcançado pelo instituto da decadência, explicado no início deste voto.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Infração 4 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO

A quarta denúncia originou-se a partir da técnica de fiscalização denominada LEVANTAMENTO FINANCEIRO, cujo mecanismo de aferição proporciona analisar se houve equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos e o total das receitas auferidas no mesmo exercício, repercutindo em omissão de vendas sempre que as despesas superarem as receitas. Nesta hipótese, a legislação vigente autoriza a Fiscalização a se valer da presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis nos termos do que dispõem os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e 646, parágrafo único, do RICMS/PB[1], *in verbis*:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Nova redação dada ao § 8º do art. 3º pelo art. 1º da Lei nº 9.550/11 (DOE de 07.12.11).

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

§ 9º A presunção de que cuida o parágrafo anterior 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.

Nova redação dada ao § 9º do art. 3º pelo art. 1º da Lei nº 9.550/11 (DOE de 07.12.11).

§ 9º A presunção de que cuida o § 8º, aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, assim como a diferença tributável verificada no

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso.

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 ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

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.

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabeleceu a seguinte penalidade àqueles

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

que violarem as disposições neles contidas.

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

A presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido artigo.

Valendo-se do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, comparece aos autos a recorrente e, em sede de recurso, limitou-se a comentar a decisão de primeira instância. Na impugnação, alega que não recebeu o detalhamento técnico da inspeção financeira, que sem essas informações, cai no mundo das especulações e que não condiz a realidade fática.

Assim como nas demais infrações, a recorrente traz alegações formais e não instrui sua defesa com documentos que comprovem a inexistência da infração, quanto à alegação de que não recebeu o detalhamento técnico da inspeção financeira, temos a dizer que o levantamento financeiro com o detalhamento dos valores de receitas e despesas consta às fls. 84 e 85 e esteve sempre à disposição da recorrente desde o primeiro momento da lavratura do referido auto.

Contudo, corroboro com o entendimento da primeira instância em considerar no levantamento financeiro do exercício de 2013 o prejuízo bruto apurado com base no levantamento da Conta Mercadorias na conta de mercadorias com substituição tributária, isentas e não tributadas, mantendo inalterada a decisão de primeira instância.

Após ajustes, segue valor atualizado do crédito tributário:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Por todo exposto, mantenho inalterada a decisão da instância prima.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002556/2016-43, lavrado em 6 de dezembro de 2016, contra a empresa SUPERBOX NORDESTE LTDA. (CCICMS: 16.128.496-5), condenando-a ao pagamento do crédito tributário no montante de **R$ 1.691.388,04 (um milhão, seiscentos e noventa e um mil, trezentos e oitenta e oito reais e quatro centavos)**, sendo **R$ 922.769,01 (novecentos e vinte e dois mil, setecentos e sessenta e nove reais e um centavo)** de ICMS e **R$ 768.619,03 (setecentos e sessenta e oito mil, seiscentos e dezenove reais e três centavos)** referente à penalidade de multa, tendo como descumprimento aos arts. Art. 158, I, Art. 160. I c/fulcro, Art. 646, Art. 106, c/c, Art. 52, Art. 54, Art. 2º, Art. 3°, Art. 60, I, "b", e III, "d" e, "I", Art. 277 e parágrafos, c/c art. 60, I e III, todos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto Nº 18.930/97 e penalidades com arrimo nos art. 82, II, “b”, IV, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelado o montante de **R$ 441.921,37 (quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e vinte e um reais e setenta e sete centavos),** sendo R$ 262.647,72 (duzentos e sessenta e dois mil, seiscentos e quarenta e sete reais e setenta e dois centavos) de ICMS e R$ 179.273,65 (cento e setenta e nove mil, duzentos e setenta e três reais e sessenta e cinco centavos) a título de multa.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019..

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

Phoca PDF