Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 064.870.2014-1
Acórdão nº 032/2016
Recurso VOL/CRF-819/2014
Recorrente : JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
Autuante: FABIO LIRA SANTOS
Relator: CONS.º FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

OMISSÃO DE SAÍDAS. PRELIMINARES NÃO ACOLHIDAS. CONTA MERCADORIAS. PARCIALIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PROCEDÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

No tocante as preliminares não vejo como acatar o pleito de nulidade por falta de objeto.
Em face da falta de apresentação dos livros fiscais não registrados na repartição preparadora pelo contribuinte, hão de ser consideradas as informações fornecidas pelo contribuinte nas GIM's e GIM's Dados Anuais.
O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias tem o condão de inverter o ônus da prova para atribuí-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez de seu resultado. Desembolsos com valores superiores às receitas, constatados por meio do Levantamento Financeiro, caracterizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto.
Não existência de efeito confiscatório na multa aplicada.

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

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do Recurso **VOLUNTÁRIO**, por regular, e no mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar quanto aos valores à decisão monocrática que julgou **PROCEDENTE** oAuto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00000691/2014-92, (**fls.3),lavrado em 28/04/2014, contra **JOÃO DE ALMEIDA CALDAS EPP**, CCICMS nº 16.097.958-7, exigindo o crédito tributário no montante de **R$ 817.918,12 (oitocentos e dezessete mil, novecentos e dezoito reais e doze centavos), sendo R$ 408.959,06 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinquenta e nove reais e seis centavos), de ICMS,** por infringência aos 158, 160, I, c/c art. 643, § 4º, II e 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R$ 408.959,06 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinquenta e nove reais e seis centavos),** de multa por infração**,** nos termos do art. 82, V "a" e "f" da Lei nº 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

CANCELO, por indevido, o crédito tributário no valor de **R$ 409.064,08,** sendo **R$ 204.532,04,** de **ICMS** e **R$ 204.532,04,** a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de fevereiro de 2016.

Francisco Gomes de Lima Netto

Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO.

Assessora Jurídica

Recurso VOL/CRF nº 819/2014

Recorrente : JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: FABIO LIRA SANTOS

Relator: CONS.º FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

OMISSÃO DE SAÍDAS. PRELIMINARES NÃO ACOLHIDAS. CONTA MERCADORIAS. PARCIALIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PROCEDÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

No tocante as preliminares não vejo como acatar o pleito de nulidade por falta de objeto.

Em face da falta de apresentação dos livros fiscais não registrados na repartição preparadora pelo contribuinte, hão de ser consideradas as informações fornecidas pelo contribuinte nas GIM's e GIM's Dados Anuais.

O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias tem o condão de inverter o ônus da prova para atribuí-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez de seu resultado. Desembolsos com valores superiores às receitas, constatados por meio do Levantamento Financeiro, caracterizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto.

Não existência de efeito confiscatório na multa aplicada.

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

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso VOLUNTÁRIO, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra a decisão proferida em primeira instância, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000691/2014-92, lavrado em 28/4/2014, às fls.3, contra JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP, CCICMS nº 16.097.958-7, em razão das seguintes irregularidades:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando em falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias.

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 detectada através do Levantamento Financeiro.

Em decorrência das acusações, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor total de **R$ 613.491,10 (seiscentos e treze mil, quatrocentos e noventa e um reais e dez centavos)** e **R$ 613.491,10 (seiscentos e treze mil, quatrocentos e noventa e um reais e dez centavos),** de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “a “ e “f” da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário de **R$ 1.226.982,20 (um milhão duzentos e vinte e seis mil novecentos e oitenta e dois reais e vinte centavos).**

(Instruem os autos: fls. 4/32) – Termo de Início de Fiscalização, Ordem de Serviço Normal, Demonstrativo da Conta Mercadorias, Demonstrativo do Levantamento Ordem de Serviço Normal, Histórico, Ficha Financeira, DIVA, GIM- Dados Anuais, Termo de Encerramento de Fiscalização.

Cientificada por Aviso Postal, em 19/5/2014, às fls. 33/34, dos autos, a autuada veio de forma tempestiva apresentar peça reclamatória, posta às fls. 37/51, alegando a nulidade do lançamento, tendo em vista que foram efetuadas com base nas Fichas Financeiras, referentes aos exercícios de 2009 a 2012.

Aduz que os dados referentes aos valores relacionados às aquisições e vendas de mercadorias, saídas tributáveis e não tributáveis, estoques, ICMS recolhido, utilizados para lavratura do auto de infração foram trazidos das Fichas Financeiras, que se constituem em documentos produzidos pela Administração Fazendária num momento em que a atividade de fiscalização ainda se encontra velada, sem que haja ciência de atos por parte do contribuinte.

Salienta que, por se tratar de documentos produzidos pela própria administração, não se constituem em elementos suficientes para possibilitar a plenitude do contraditório, e que na Conta Mercadorias do exercício de 2009, não há informação sobre o estoque final referente ao exercício de 2008, fato que ressalta omissão da informação comprometendo o lançamento, tornando-o frágil, sem clareza essencialmente no que se refere às *entradas por compras tributáveis*.

Adianta que a fundamentação lastrada nos artigos 643, § 4º, II e 646 do RICMS fragiliza o

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

lançamento, haja vista que, ao buscar o suporte legal para aplicação da técnica Conta Mercadorias e tipificação da presunção, não há previsão legal, de forma que só poderia ser aplicada a partir da vigência da Lei nº 9.550/2011, após 07/12/2011, e que o lançamento se reporta aos exercícios de 2009 e 2010, afirmando ainda que a técnica Conta Mercadorias só pode ser aplicada em indústria, pedindo a improcedência do lançamento por não haver presunção legal para sua aplicação no período exigido, muito menos para arbitramento do percentual de 30%, para definição do valor de venda, trazendo à colação o § 9º do artigo 3º da Lei do ICMS, o art. 37 da Constituição Federal.

Prossegue considerando violação à Lei Complementar nº 123/06, por erro na apuração do tributo, por considerar impossível a aplicação da alíquota de 17% em casos de omissão de saídas, por ser optante do Simples Nacional, argumentando que a alíquota foi elevada de 2,56% para 17%, sob uma interpretação equivocada do disposto no art. 13, § 1º, XIII, “f” da Lei Complementar nº123/2006.

Salienta que a acusação de omissão de receitas/saídas não é situação de exclusão da tributação na forma do Simples Nacional, e que não se sujeita à regra geral de tributação, e as regras previstas na Resolução nº CGSN nº94/2011, e que deveria ser observada a alíquota reduzida.

Reclama que não foram observados os princípios do não confisco, da capacidade contributiva e da razoabilidade, requer:

- a improcedência do auto de infração, pela inobservância ao princípio da legalidade administrativa e por não ser pautado em procedimento legítimo;

- pelo nítido equívoco na apuração do crédito tributário, ao aplicar a alíquota prevista na legislação estadual, em ofensa ao art. 39, § 2º da LC nº 123/2006;

- que caso não entenda ser motivo de improcedência, que seja corrigido o lançamento para procedê-lo em consonância com o art. 39, § 2º da LC 123/2006, ou seja, o direito à dedução dos créditos oriundos das entradas pelo valor do ICMS devido na saída de mercadorias, respeitando o art. 32 da mencionada Lei.

- que seja reconhecido o caráter confiscatório da multa imputada, julgando improcedente ou reduzindo a sanção aplicada.

Sem informação de reincidência, (fl.54), os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, sendo distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

após analisar minuciosamente as peças processuais, decidiu pela **PROCEDÊNCIA,** fundamentando sua decisão conforme explicitado abaixo:

CONTA MERCADORIAS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO – AUSÊNCIA DE PROVAS ELIDENTES – MANTIDAS AS ACUSAÇÕES – JULGAMENTO PROCEDENTE.

O lançamento indiciário baseado nos Levantamentos das Contas Mercadorias tem a virtude de inverter o ônus da prova, transferindo ao contribuinte o encargo de esclarecer as irregularidades evidenciadas pelo controle fiscal. In casu, não se vislumbra qualquer prova capaz de elidir a presunção decorrente do resultado do feito.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada pela Notificação nº 00113673/2014, encaminhada por Aviso Postal, com ciência em 10/9/14 (fl.65), o contribuinte veio tempestivamente aos autos apresentar Recurso Voluntário, posto às fls. 66/84, dos autos, trazendo os seguintes argumentos:

PRELIMINARMENTE,

- que as informações que serviram de elemento para o lançamento ora impugnado foram oriundas de “Fichas Financeiras,” referentes aos exercícios de 2009 a 2012;

- que estes são produzidos pela administração fazendária e não apontam com clareza a origem de tais elementos, principalmente no que se refere aos valores relativos às entradas por compras tributáveis;

- que os dados constantes das fichas financeiras foram extraídos das GIM’s, não sendo elementos suficientes para possibilitar a plenitude do contraditório ao reclamante;

- que diante dessa omissão a GEJUP entendeu não existir qualquer requisito de nulidade, pois o contribuinte *“revelou o pleno conhecimento do animus fiscal*”, quando da apresentação da reclamatória;

- que segundo Leandro Pulsen, o lançamento deve seguir o princípio documental, devendo estar documentado com provas que possibilitem a identificação inequívoca do fato gerador e de todos os

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

elementos integrantes da obrigação tributária correspondente;

- que não há informação do estoque final no exercício de 2009, que seria o estoque final do exercício de 2008, comprometendo o lançamento relativo a esse exercício.

- que, diante da fragilidade e da inexistência de clareza, requer a reforma da decisão de primeiro grau com o reconhecimento da nulidade do auto de infração, com relação aos exercícios auferidos.

MÉRITO.

- acrescenta que há erro na fundamentação do crédito tributário exigido, contrariando o § 9º do art. 3º da Lei nº 6.379, que em seu texto só permite a aplicação da técnica Conta Mercadorias em indústria;

-que não há previsão legal para arbitramento de 30% sobre o custo das mercadorias, para arbitramento de lucro bruto que só existe no RICMS/PB., de forma que o lançamento discutido faz ilegítima adoção de tal fórmula de lançamento fiscal;

- que é optante do Simples Nacional com alíquota de 2,56, tendo sido majorada na exigência para 17% e que foi violada a Lei Complementar nº 123/06, pela aplicação dessa alíquota (17%), em casos de omissão de saídas, haja vista que na sistemática de tributação diferenciada, *o optante do Simples Nacional deverá se submeter às regras normais de tributação aplicáveis as demais pessoas jurídicas*, nos termos do art. 32 da citada Lei, todavia a acusação omissão de receitas/saídas não é causadora da exclusão da tributação na forma do Simples Nacional, não se sujeitando a regra geral de tributação.

Após extensa matéria sobre o mesmo assunto pede:

- o acolhimento a preliminar de nulidade do auto de infração trazida no tópico III, I;

- a improcedência do auto de infração pela aplicação da fórmula para obtenção do suposto valor das saídas omitidas (30% sobre o CMV) e pela aplicação da alíquota de 17%;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- o reconhecimento do caráter confiscatório da multa imputada ao recorrente.

Remetidos a esta Corte Julgadora, estes foram, a mim, distribuídos, segundo critério regimental previsto, para apreciação e julgamento.

É O RELATÓRIO.

V O T O

Versam os autos a respeito de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas pela Conta Mercadorias nos exercícios de 2009 e 2010 e pelo Levantamento Financeiro, nos exercícios de 2011 e 2012. Passo aos deslindes das questões suscitadas.

PRELIMINARES

Analisando diligentemente as peças processuais anexadas pela fiscalização, afirmo que a lavratura do Auto de Infração atende os requisitos formais essenciais a sua validade, visto que foram aplicados os dispositivos legais inerentes à matéria objeto dessa lide, tendo o contribuinte sido concedidas todas as oportunidades para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

No tocante as preliminares apresentadas, não há o que se falar em nulidade do auto de infração, amplamente alardeada pela recorrente, por ter sido lançado mediante informações existentes no arquivo ATF desta Secretaria, haja vista provas materiais adicionadas ao processo de que a empresa não tem livros fiscais registrados na Repartição Preparadora, razão pela qual, os meios legítimos para aferição do crédito tributário, se constituem nos declarados pelo contribuinte através das GIM’s, que são documentos hábeis e idôneos de informações fiscais, não havendo ofensa ao princípio da legalidade muito menos ao princípio documental.

Rejeitadas, pois, as preliminares suscitadas.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MÉRITO

1ª Acusação:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS. EXERCÌCIOS: 2009.

A técnica Conta Mercadorias, apurada consoante demonstrativos às fl. 6/7, dos autos, se constitui em procedimento de auditoria, efetuada mediante arbitramento do lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas, procedendo ao confronto deste com a Receita de Vendas e apontando uma diferença tributável, fundamentadana **presunção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis**, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, § 4º, inciso II, c/ fulcro nos arts. 158, I, 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

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.*

(...)

§4º *Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:*

(...)

II*- o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (g.n.)*

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:*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Como se vê, aqui se encontra a previsão legal para aplicação da técnica Conta Mercadorias que existia bem antes da alteração introduzida no art. 3º, § 9º da Lei nº 6.379/96.

O contribuinte optante do Simples Nacional deve por força do disposto no art. 8º do Decreto nº 28.576, de 14 de setembro de 2007, que dispõe sobre procedimentos relativos à aplicabilidade da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, manter consoante determina o referido artigo os seguintes livros:

Art. 8º. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional adotará, para os registros e controles das operações e prestações que realizarem, os seguintes livros e documentos de informações fiscais, observada a Resolução CGSN nº 10/07 e a legislação estadual pertinente:

I – livro Caixa, no qual deverá escriturar toda sua documentação financeira e bancária;

II – livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

III- livro Registro de Entradas, destinado à escrituração dos documentos relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação, a qualquer título, pelo estabelecimento;

IV- Guia de Informação Mensal do ICMS – GIM, na forma, nos prazos e nas especificações técnicas previstas no RICMS/PB.

No entanto informação obtida do sistema ATF às fls. 118, dos autos, informa que a autuada não possui livros fiscais, haja vista a comprovação da falta de autenticação destes na Repartição Preparadora.

Com efeito, sem a apresentação dos livros fiscais, a única forma de procedimento de auditoria, está diretamente direcionada às informações existentes no sistema ATF desta Secretaria. Por essa razão a auditoria deve e pode ser efetuada com estas informações, sendo legítimo o crédito tributário encontrado, exigido pelo auto de infração, haja vista que estas não são produzidas pela

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

administração fazendária como alardeada pela recorrente, de forma que o resultado ora corrigido aponta com clareza o crédito tributário efetivamente devido pelo contribuinte.

Dessa forma, não há erro na fundamentação do crédito tributário exigido, nem contraria o art. 3º em seu § 9º que assim dispõe:

Art. 3º. O imposto incide sobre:

§ 9º A presunção de que cuida o § 8º, aplica-se, igualmente, a qualquer situação em eu 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 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.

De outra banda o lançamento posto no auto de infração amplamente questionado tem previsão no art. 643, inciso II, supracitado, que determina o arbitramento de 30% (trinta por cento) sobre o custo das mercadorias vendidas. Outro ponto divergente que merece uma análise é a afirmação pela recorrente que a multa tributária tem efeito confiscatório.

Renomados escritores, como o professor Hugo de Brito Machado, defendem a posição de que a referência do não confisco não se aplica ao descumprimento de normas formais tributárias. Outro referendado jurista, Ives Gandra da Silva Martins, defende a posição mais ampla, sugerindo a idéia que tanto a aplicação do princípio do artigo 150, inciso IV da Constituição, não protege tão somente o tributo, mas também toda obrigação dela decorrente, inclusive a gerada pelo inadimplemento do contribuinte.

O tributo e a multa pecuniária são distintos em sua essência. A principal distinção decorre do campo de incidência. O primeiro decorre de um ato lícito pelo qual o Estado achou por bem transferir para si parcela da renda, do serviço ou do patrimônio. Em regra, o objeto da atividade geradora da receita estatal é lícito. O princípio tributário *non olet* relativiza a regra, constituindo-se contudo uma exceção. O segundo, por sua vez, decorre necessariamente de uma sanção de ato ilícito, contrário à lei ou a legislação tributária (MACHADO, 2003, p. 258).

A finalidade também é um ponto de distinção entre ambos. O primeiro tem função gerativa de receita ordinária estatal para o cumprimento de sua função social. Sua finalidade principal é de ordem financeira. A multa, por sua vez, não visa primariamente à arrecadação. O seu principal objetivo é desestimular a infração à legislação, evitando, assim, o descumprimento das regras arrecadatórias. (MACHADO, 2003, p. 258).

Neste sentido, assim leciona o professor Hugo de Brito Machado: "A vedação constitucional de que se cuida não diz respeito às multas, porque tributo e multa são essencialmente distintos" (MACHADO, 2003, p. 258).

De forma contrária é o posicionamento do Professor Ives Gandra Martins. Segundo seu magistério,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

o constituinte, ao vedar o confisco, referiu-se à obrigação tributária principal e não especificamente ao tributo. É uma interpretação extensiva, que amplia o campo de abrangência do princípio em estudo.

Pelas razões especificamente demonstradas por renomados juristas, a multa imputada não tem caráter confiscatório, não conferindo razão a recorrente. A penalidade aplicada está prevista no art. 82 da Lei nº 6.379/96, *in verbis:*

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

V – de 100(cem por cento);

a)aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, s ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

b) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação de serviço, 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 ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

Em assim sendo, anexamos às fls. 90/131, cópias das GIM's declaradas pelo contribuinte e destas apuramos os valores de base de cálculo referentes às aquisições e vendas de mercadorias sujeitas à tributação normal, refizemos as Contas Mercadorias, considerando também os *estoques declarados pela recorrente nas GIM' Dados Anuais*, postas às fls. 116/117, considerando tão somente os valores concernentes as mercadorias destinadas à comercialização. No entanto, não há possibilidade de lançarmos os valores concernentes ao estoque final do exercício de 2012, por não ter sido declarado pelo recorrente, consoante documento de fl.119, dos autos, apresentando assim as Contas Mercadorias, os resultados abaixo demonstrados:

LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS - 2009

MOVIMENTO	**DÉBITO**	**CRÉDITO**
Estoque Inicial (01.01.2009)	41.266,18	

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Entradas Tributadas	408.320,03	
Saídas Tributadas		118.253,88
Lucro Bruto (30%)	76.216,73	
Estoque Final (31.12.2009)		195.530,43
Diferença Tributável		**212.018,63**
TOTAL	**525.802,94**	**525.802,94**
ICMS A RECOLHER		**36.043,17**

LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS – 2010

MOVIMENTO	**DÉBITO**	**CRÉDITO**
Estoque Inicial (01.01.2010)	195.530,43	
Entradas Tributadas	441.105,44	
Saídas Tributadas		64.752,91
Lucro Bruto (30%)	102.553,01	
Estoque Final (31.12.2010)		294.792,48
Diferença Tributável		**379.643,49**
TOTAL	**739.188,88**	**739.188,88**
ICMS A RECOLHER		**64.539,39**

LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS – 2012

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MOVIMENTO	DÉBITO	CRÉDITO
Estoque Inicial (01.01.2012)	585.625,30	
Entradas Tributadas	444.963,09	
Saídas Tributadas		199.110,21
Lucro Bruto (30%)	309.176,49	
Estoque Final (31.12.2012)		0,00
Diferença Tributável		**1.140.654,50**
TOTAL	**1.339.764,70**	**1.339.764,70**
ICMS A RECOLHER		**193.911,26**

No entanto, mesmo considerando que a autuada esteve inserida no Regime do Simples Nacional, as saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, não comportam a aplicação da alíquota desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, “e” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006, que remete a autuada para o regime de pagamento normal do imposto, estando correto à aplicação da alíquota de 17%, *in verbis*:

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 aosquais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

XIII – ICMS devido:

(...)

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

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Em assim sendo, procede à denúncia relativamente às operações de venda que foram realizadas mediante os meios de pagamento em foco, relacionadas na peça exordial, cujas mercadorias não foram faturadas, materializando a presunção legal de omissão de vendas, conforme abaixo demonstrado:

AUTO DE INFRAÇÃO			**VALORES EXCLUÍDOS**		**VALORES DEVIDOS**		
2009	96.015,48	96.015,48	59.972,32	59.972,32	36.043,16	36.043,16	72.086,32
2010	142.737,29	142.737,29	78.197,90	78.197,90	64.539,39	64.539,39	129.078,78
2012	260.273,08	260.273,08	66.361,82	66.361,82	193.911,26	193.911,26	387.822,52
2011	114.465,25	114.465,25	0,00	0,00	114.465,25	114.465,25	228.930,50

Vislumbram-se, então, a certeza e liquidez do crédito tributário apontado, aspectos que ensejam a parcialidade da procedência do lançamento de ofício ora analisado.

2ª Acusação:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – L. FINANCEIRO. **EXERCÍCIO: 2011.**

A acusação, omissão de saídas, detectada através do Levantamento Financeiro, à fl. 12, dos autos, consiste em uma técnica de auditoria bastante empregada pelo fisco paraibano. Trata-se do cotejo entre as despesas e receitas do estabelecimento comercial durante o exercício fiscalizado, cabendo ao sujeito passivo provar que o agente fazendário incorreu em erros ou omissões na alocação de valores, pois o RICMS/PB, no seu art. 646, parágrafo único, é claro ao estabelecer a presunção de saídas de mercadorias não tributadas ao se apurar despesas superiores

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

a receitas**, *in verbis:***

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.**

Com efeito, essa técnica de fiscalização se presta a levantar crédito tributário com elevado grau de certeza e liquidez, de forma que a autuada não apresentou em sua peça recursal contestação ao lançamento efetuado, posto que neste procedimento são somadas todas as receitas da empresa, incluindo-se assim, mercadorias tributáveis, não tributáveis, isentas, com base de cálculo reduzida, conforme legislação de regência supracitada.

Em assim sendo, procede à denúncia relativamente às operações de venda que foram realizadas mediante os meios de pagamento em foco, relacionadas na peça exordial, cujas mercadorias não foram faturadas, materializando a presunção legal de omissão de vendas.

Pelo exposto não há alteração a ser efetuada nesse procedimento, razão pela qual mantemos a acusação posta na peça exordial, quanto a essa acusação **e** demonstramos abaixo o crédito tributário remanescente:

	AUTO DE INFRAÇÃO		**VALORES EXCLUÍDOS**		**VALORES DEVIDOS**		
2009	96.015,48	96.015,48	59.972,32	59.972,32	36.043,16	36.043,16	72.086,32
2010	142.737,29	142.737,29	78.197,90	78.197,90	64.539,39	64.539,39	129.078,78

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2012	260.273,08	260.273,08	66.361,82	66.361,82	193.911,26	193.911,26	387.822,52
2011	114.465,25	114.465,25	0,00	0,00	114.465,25	114.465,25	228.930,50
TOTAIS	**613.491,10**	**613491,10**	**204.532,04**	**204.532,04**	**408.959,06**	**408.959,06**	**817.918,12**

Isto posto,

VOTO - pelo recebimento do Recurso **VOLUNTÁRIO**, por regular, e no mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar quanto aos valores à decisão monocrática que julgou **PROCEDENTE** oAuto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00000691/2014-92, (**fls.3),lavrado em 28/04/2014, contra **JOÃO DE ALMEIDA CALDAS EPP**, CCICMS nº 16.097.958-7, exigindo o crédito tributário no montante de **R$ 817.918,12 (oitocentos e dezessete mil, novecentos e dezoito reais e doze centavos), sendo R$ 408.959,06 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinquenta e nove reais e seis centavos), de ICMS,** por infringência aos 158, 160, I, c/c art. 643, § 4º, II e 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R$ 408.959,06 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinquenta e nove reais e seis centavos),** de multa por infração**,** nos termos do art. 82, V “a” e “f” da Lei nº 6.379/96.

CANCELO, por indevido, o crédito tributário no valor de **R$ 409.064,08,** sendo **R$ 204.532,04,** de **ICMS** e **R$ 204.532,04,** a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de fevereiro de 2016.

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO
Conselheiro(a) Relator(a)

Phoca PDF