



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

PROCESSO N° 067.763.2009-8

Recurso VOL/CRF N.º 591/2013

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP.

Recorrida: MAGNA TEREZA SOUSA TRUTA DINIZ

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE QUEIMADAS

Autuante: HÉLIO VASCONCELOS

Relatora: CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA

LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CONTRIBUINTE DO SIMPLES NACIONAL. AJUSTES. TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA. PAGAMENTO PARCIAL. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O resultado negativo constatado no procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de Levantamento Financeiro tem o efeito de inverter o ônus da prova para cometê-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez do seu resultado. No caso, apesar de alegar equívocos no procedimento de detecção da falta levado a efeito pela Fiscalização a autuada procedeu ao pagamento do ICMS constante no auto de infração, deixando de fazê-lo, no entanto, quanto ao valor exigido mediante lançamento posterior que, em atendimento à legislação de regência que regula as operações de contribuintes do Simples Nacional, complementou a alíquota do imposto inicialmente considerada.

- Em face do Princípio da Legalidade Administrativa e por força de lei posterior que abranda a penalidade, impõe-se a redução da sanção apenas relativamente ao crédito tributário não pago na sua integralidade.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000758/2009-21**, datado de **22.06.2009**, complementado pelo Termo de Infração Continuada, de fl. 140, lavrados contra a autuada acima citada, **MAGNA TEREZA SOUSA TRUTA DINIZ**, inscrita no CCICMS sob nº 16.147.889-1, devidamente qualificada nos autos, e fixar o crédito tributário no montante de **R\$ 7.903,78** (sete mil, novecentos e três reais e setenta e oito centavos), sendo **R\$ 3.211,32** (três mil, duzentos e onze

reais e trinta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, e 160, I, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ **4.692,46** (quatro mil, seiscentos e noventa e dois reais e quarenta e seis centavos) de multa por infração, fundamentada no art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96 e suas alterações advindas da Lei nº 10.008/13.

Aotempo, em decorrência dos fundamentos acima expendidos, cancelo, por indevido, o montante deR\$ 865,09, consistente de multa por infração relativa ao exercício de 2009.

Observe-se a existência de pagamento de parte do crédito tributário, consoante atestam os comprovantes de fls. 161 e 180 a 183.

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 26 de janeiro de 2015.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA

FURTADO.

Assessora Jurídica

Relatório

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o Recurso **HIERÁRQUICO**, interposto contra a decisão monocrática, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000758/2009-21 (fl. 4), lavrado em 22 de junho de 2009, segundo o qual a autuada, contribuinte do ICMS, nos auto qualificada, é acusada do cometimento das irregularidades que adiante transcrevo:

- 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.

Nota Explicativa – No exercício financeiro 2006, regime de pagamento normal, conforme demonstrativo financeiro incluso.

- OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. O contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas.

Nota Explicativa – Trata-se de diferença tributável acusando indisponibilidade no ano 2009, de janeiro à fevereiro (pedido de baixa da empresa), conforme demonstrativos inclusos.

Por considerar infringidos os arts. 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, além dos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030, de 7/2/2008, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 1.532,03, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária, na quantia de R\$ 3.038,64, nos termos dos arts. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, e do art. 16, II, da Res. CGSN nº 030, de 7/2/2008, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 4.570,64.

Documentos instrutórios constam às fls. 02/06 e 09/26: Termo de Início de Fiscalização, Ordem de Serviço Normal, Histórico de Contribuinte, Extrato de pagamentos por Contribuinte, demonstrativos do Levantamento Financeiro (exercícios de 2006 e 2009), comprovantes de pagamento de despesas relacionadas aos exercícios consierados e Termo de Encerramento de Fiscalização.

Após a ciência do resultado da ação fiscal, formalizada mediante o Aviso de Recebimento nº RC 05932737 9 BR, de fls. e fls., a autuada não apresentou defesa, fazendo-se revel, conforme atesta o Termo de Revelia (fl. 130), datado de 25/8/2009.

Após a prestação da informação de inexistência de antecedentes fiscais e a conclusão dos autos (fls. 131 e 132), estes foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, de onde retornaram, por medida de diligência requisitada pela auditoria jurídica daquela Casa, conforme o despacho de fls. 136 e 137, formalizado com vistas à lavratura de termo de infração continuada, para lançamento de valores a título de complemento do crédito tributário original, ao fundamento do art. 13, § 1º, XIII, “a” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006 (Lei do Simples Nacional), ao que o autuante deu atendimento, conforme se infere do Termo de Infração Continuada, de fl. 140, cuja ciência se verificou por via postal, em 5/4/2010, mediante o Aviso de Recebimento apensado ao referido “Termo”.

Na fl. 149 consta Despacho sobre pedido de baixa cadastral e, às fls. 150 e 151, a autuada apresenta defesa contra o lançamento complementar ao crédito tributário original, alegando a existência de equívocos perpetrados pela Fiscalização, no procedimento de sua autoria, visto que: não teria havido consideração do valor de R\$ 10.000,00 totalmente integralizado no ato do registro na JUCEP formalizado em 21/12/2005, o que deu origem ao ICMS lançado no auto infracional, no valor de R\$ 1.481,14, relativo ao exercício de 2006, cujo recolhimento já teria sido efetuado; com relação ao exercício de 2009, mais de 90% das mercadorias comercializadas seriam sujeitas à Substituição Tributária, e a disponibilidade em Caixa seria da ordem de R\$ 35.749,36, superior à diferença tributável apontada, o que improcederia a acusação; a alíquota correta do Simples Nacional para o exercício de 2009 seria de 1,25%, e não 0,50%, como considerado pela Fiscalização.

Com esses argumentos, pugna pela reforma do auto de infração e pela impugnação da diligência fiscal que recomendou a feitura do Termo de Infração Continuada.

Acosta documentos às fls. 152 a 162 (cópia dos DAR’S de nº 3001989122 e 3001845255), com o ICMS lançado no Auto de Infração, respectivamente nos valores de R\$ 1.481,14 e R\$ 50,89.

Contestando os argumentos defensuais, na fl. 166, o autuante se restringe a tecer um relato dos fatos relacionados ao auto infracional e a informar que o Termo de Infração Continuada foi lavrado conforme decisão da GEJUP.

Mediante novo despacho (fl. 176), a Auditoria Jurídica da GEJUP solicita a realização de diligências, acaso fossem necessárias e, diante da informação da repartição preparadora sobre a desnecessidade dessa providência, os autos retornaram GEJUP para as providências cabíveis, constando cópia de informação colhida no sistema ATF, que identifica a quitação dos mencionados DAR’S apresentados pela autuada, em sua defesa, e informa que se encontram em aberto apenas os valores referentes ao Termo de Infração Continuada.

Remetidos os autos à instância “a quo”, após sua conclusão e a prestação sobre inexistir antecedentes fiscais da autuada, estes foram distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela Parcial Procedência do auto de infração, complementado pelo Termo de Infração Continuada, conforme sentença de fls. 194 a 198, reduzindo o valor do crédito tributário relacionado ao exercício de 2009, ao fundamento da Instrução Normativa nº 015/2012, que, em seu art. 2º, dispõe que nos casos de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções da legislação do ICMS, o valor tributável será tratado fora do Simples nacional, com a aplicação da alíquota respectiva para a operação ou prestação definida no RICMS/PB, apenas a partir do segundo período da ocorrência, onde se considera estabelecida a prática reiterada da infração.

Com essa decisão, o crédito tributário considerado devido ficou reduzido ao montante de R\$ 4.570,64, sendo R\$ 1.532,03 de ICMS e R\$ 3.038,61 de multa infracional.

Procedida à interposição de recurso hierárquico (fl. 199), bem como efetuada a ciência da decisão monocrática (documento de fl. 200), os autos foram encaminhados ao autuante, para apresentação de contrarrazões, ocasião em que este se manifesta conformado com a decisão singular, conforme informação de fl. 202.

Aportados os autos nesta Casa, com a informação de não haver reincidência da autuada, estes me foram distribuídos para o fim de apreciação e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

Em sucinto, está relatado.

VOTO

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora, que procedeu parcialmente os lançamentos de ofício baseados no resultado do Levantamento Financeiro, efetuado sobre os exercícios de 2006 e 2009, que instrui o auto de infração, reduzindo o valor do crédito tributário relacionado ao exercício de 2009, ao fundamento da Instrução Normativa nº 015/2012 (art. 2º), e mantendo *in totum* os valores referentes ao exercício de 2006, ínsitos no auto infracional.

Passo, pois, ao exame da questão.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, posto que sua confecção observou os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação da operações providas (saídas de mercadorias), base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício,

dispostos no art. 142 do CTN.

Quanto à questão de fundo da causa desses lançamentos – 2006 e 2009 - que advém da acusação de omissão de saídas detectadas mediante a aplicação da técnica fiscal consistente do Levantamento Financeiro, cuja diferença tributável nele apontada levou à Fiscalização a oferecer a denúncia encimada, observa-se que a providência fiscal tem *status* de legalidade, visto que se alicerça na presunção legal ínsita na norma do artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB, ***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, autoriza 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.”

O referido levantamento, aplicado no exame da situação fiscal do contribuinte, constitui um método de aferição utilizado como uma opção de levantamento de caixa e tem como finalidade verificar se o contribuinte utilizou recursos em volume superior às suas disponibilidades financeiras, situação que, em se configurando, cede lugar a exigência do imposto sobre a diferença entre o montante aplicado e o disponível, diante da sua significação: saídas tributáveis não faturadas.

No entanto, consoante previsão ínsita no parágrafo único do art. 646, tal conclusão firma-se em presunção relativa, posto que devolve ao acusado o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações.

No caso dos autos, apesar de alegar a existência de equívocos da Fiscalização, na elaboração dos trabalhos de sua autoria, a autuada procedeu ao recolhimento do ICMS lançado no auto infracional, em data anterior à decisão singular, deixando de fazê-lo, pois, com relação ao complemento referente ao exercício de 2009, lançado no Termo de Infração Continuada.

Com essa conduta, infere-se que a acusada reconheceu a legitimidade da exação fiscal, porém tão-somente quanto aos valores ínsitos no auto infracional, por entender que a exação fiscal deve se ater às alíquota do Simples Nacional.

No entanto, mesmo considerando que no exercício de 2009 o contribuinte encontrava-se inserido no Simples Nacional, entendo que as saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, não comportam a aplicação das 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, *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 aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

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;

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](#).

Além disso, é necessário entender que o lançamento de ofício se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional em face da ocorrência de omissões de mercadorias tributáveis por observância a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado, onde faço necessário invocar a prescrição do art. 144 do CTN, senão vejamos:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (g.n.).

Em face desses fundamentos, nesse quesito, deixo de corroborar o entendimento adotado na instância prima, para declarar a legitimidade do lançamento complementar, realizado mediante o Termo de Infração Continuada, acima citado.

Deixo de fazê-lo, também, quanto à penalidade aplicada, exclusivamente no tocante ao crédito tributário cujo pagamento não satisfiz o total considerado devido (exercício de 2009), conforme as razões acima expedidas. Nesse contexto, há que se considerar um fato superveniente que veio em socorro da recorrente.

Trata-se das alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 6.6.13) com efeitos a partir de 1.9.2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício passam a se reger pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Assim, relativamente ao exercício acima citado (2009) é cabível a aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que as multas por infração à obrigação principal, inicialmente lançadas, devem ser calculadas com base no percentual de 100%, com exceção da penalidade referente ao exercício de 2006, que fica mantida a do auto infracional, fixando-se o crédito tributário devido consoante os valores abaixo:

Infração	Exercício	ICMS	M. Inf.	Total
----------	-----------	------	---------	-------

Omiss. Saíd.Trib./L. 2006 Fin.	1.481,14	2.962,28	4.443,42
Omiss. Saíd.Trib./L. 2009 Fin. (A. de Infração)	50,89	50,89	101,78
Omiss. Saíd.Trib./L. 2009 Fin. (T. Inf. Cont.)	1.679,29	1.679,29	3.358,58
TOTAIS -	3.211,32	4.692,46	7.903,78

Com esses fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000758/2009-21**, datado de **22.06.2009**, complementado pelo Termo de Infração Continuada, de fl. 140, lavrados contra a autuada acima citada, **MAGNA TEREZA SOUSA TRUTA DINIZ**, inscrita no CCICMS sob nº 16.147.889-1, devidamente qualificada nos autos, e fixar o crédito tributário no montante de **R\$ 7.903,78** (sete mil, novecentos e três reais e setenta e oito centavos), sendo **R\$ 3.211,32** (três mil, duzentos e onze reais e trinta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, e 160, I, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 4.692,46** (quatro mil, seiscentos e noventa e dois reais e quarenta e seis centavos) de multa por infração, fundamentada no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96 e suas alterações advindas da Lei nº 10.008/13.

Aotempo, em decorrência dos fundamentos acima expendidos, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 865,09, consistente de multa por infração relativa ao exercício de 2009.

Observe-se a existência de pagamento de parte do crédito tributário, consoante atestam os comprovantes de fls. 161 e 180 a 183.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de janeiro de 2015.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora