

PROCESSO Nº 0983382017-4

ACÓRDÃO Nº 0119/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: J MAMEDE & CIA LTDA EPP

2ª Recorrente: J MAMEDE & CIA LTDA EPP

Advogado: Epitácio Pessoa Pereira Diniz Filho (OAB/PB nº 16.495) e outros

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATEND. AO CIDADÃO DA SEFAZ – CAMPINA GRANDE

Autuante: MARIA DAS NEVES FALCÃO DA COSTA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEITADA. ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - ACUSAÇÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Não se reconhece nulidade quando todas as questões de fato e de direito foram precisamente delineadas no auto de infração, tendo sido pormenorizadamente explicitada a descrição das infrações cometidas, assim como descrito os diplomas legais aplicados para as penalidades propostas.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo o direito de produzir provas em contrário.

- Ajustes realizados na instância singular acarretaram a redução do crédito tributário.

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

A C O R D A M Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular e, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001510/2017-98, lavrado em 29/06/2017, contra a empresa J MAMEDE &

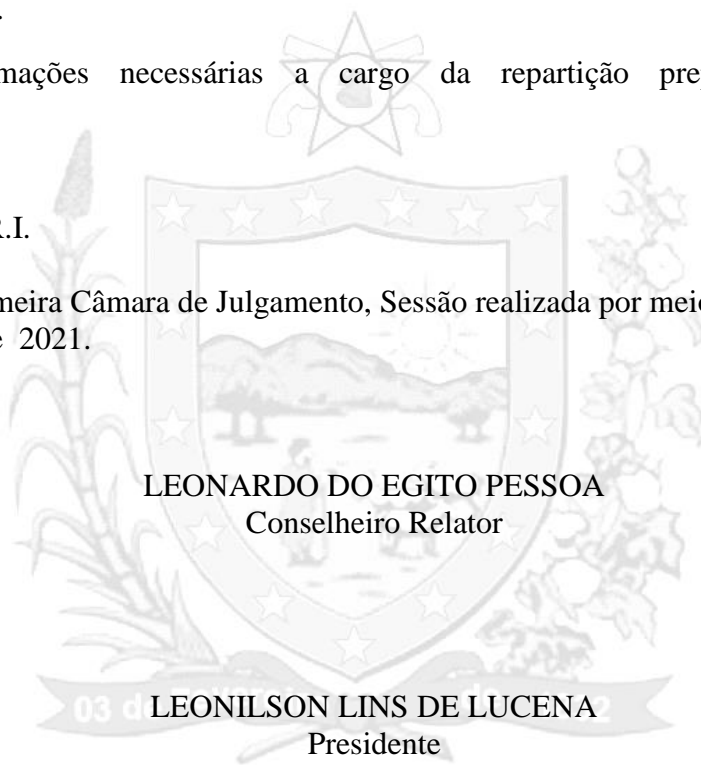
CIA LTDA EPP, inscrição estadual nº 16.000.198-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 245.190,78 (duzentos e quarenta e cinco mil, cento e noventa reais e setenta e oito centavos)**, sendo R\$ 122.595,39 (cento e vinte e dois mil, quinhentos e noventa e cinco reais e trinta e nove centavos) relativamente ao ICMS exigido com fulcro nos arts. 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646 e 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646, inciso V, todos do RICMS/PB e R\$ 122.595,39 (cento e vinte e dois mil, quinhentos e noventa e cinco reais e trinta e nove centavos) referente à penalidade aplicada com fundamento no art. 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/1996.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 134.305,10 (cento e trinta e quatro mil, trezentos e cinco reais e dez centavos)**, sendo R\$ 67.152,55 (sessenta e sete mil, cento e cinquenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 67.152,55 (sessenta e sete mil, cento e cinquenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos) de multa por infração.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de março de 2021.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

03 d LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

Processo nº 0983382017-4

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: J MAMEDE & CIA LTDA EPP

2ª Recorrente: J MAMEDE & CIA LTDA EPP

Advogado: Eпитácio Pessoa Pereira Diniz Filho (OAB/PB nº 16.495) e outros

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Preparadora: CENTRO DE ATEND. AO CIDADÃO DA SEFAZ – CAMPINA GRANDE

Autuante: MARIA DAS NEVES FALCÃO DA COSTA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEITADA. ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - ACUSAÇÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Não se reconhece nulidade quando todas as questões de fato e de direito foram precisamente delineadas no auto de infração, tendo sido pormenorizadamente explicitada a descrição das infrações cometidas, assim como descrito os diplomas legais aplicados para as penalidades propostas.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo o direito de produzir provas em contrário.

- Ajustes realizados na instância singular acarretaram a redução do crédito tributário.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, os recursos voluntário e de ofício interpostos contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de

Estabelecimento nº 93300008.09.00001510/2017-98, lavrado em 29 de junho de 2017 em desfavor do contribuinte J MAMEDE & CIA LTDA EPP, inscrição estadual nº 16.000.198-6.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes denúncias, *ipsis litteris*:

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: ESTÁ SENDO COBRADO O ICMS DO CONTRIBUINTE SOBRE AS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS NÃO LANÇADAS DO PERÍODO AUDITADO 2012 A 2016.

0563 - OMISSÃO DE VENDAS-OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO SOBRE VALORES DE DIFERENÇA DE CARTÃO DE CRÉDITO NO PERÍODO AUTUADO 2012 A 2016.

Foram dados como infringidos, os artigos 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646 e 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646, inciso V, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, com aplicação de multa por infração com fulcro no art. 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 379.495,88 (trezentos e setenta e nove mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e oito centavos)**, sendo R\$ 189.747,94 (cento e oitenta e nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e noventa e quatro centavos), de ICMS e R\$ 189.747,94 (cento e oitenta e nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e noventa e quatro centavos) de multa por infração.

Documentos instrutórios às fls. 9 a 40.

Em cumprimento à Portaria nº 113/GSER, publicada no Diário Oficial em 11 de maio de 2012, foi apensada aos autos, REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS, em 03 de julho de 2017.

Depois de notificado desta ação fiscal em 10 de julho de 2017, através de AVISO DE RECEBIMENTO (AR), o acusado, através de advogado devidamente habilitado (fls. 52) compareceu tempestivamente aos autos, em 07 de agosto de 2017, às fls. 43 a 51, alegando, em síntese, o que passo a apresentar:

- 1) já havia sido autuada, para os mesmos exercícios, relativamente à acusação de omissão de vendas realizadas por cartões de crédito por meio do auto de infração de nº 93300008.09.00000006/2015-09;
- 2) algumas notas fiscais objeto do auto de infração teriam sido devidamente registradas nos livros fiscais de entrada;
- 3) às acusações de omissão de receitas objeto do auto de infração deveria ser aplicada a legislação do Simples Nacional, especialmente as previstas nos artigos 83 a 87 da Resolução CGSN 94/2011, bem como os artigos 34 e 39, § 2º, da Lei Complementar 123/2006, de maneira que deveria ter sido aplicada a

alíquota de 3,95% (três inteiros e noventa e cinco por cento) à base de cálculo indicada no referido feito fiscal; e

4) o art. 13, § 1º, “f”, da Lei Complementar 123/2006 referir-se-ia ao procedimento de recolhimento e não ao próprio lançamento do ICMS.

A Impugnante requereu:

1) que seja efetuado o confronto entre o auto de infração ora impugnado e aquele de nº 93300008.09.00000006/2015-09, para fins de se comprovar que a acusação de omissão de vendas em operações de cartões de créditos referente aos períodos de apuração de julho de 2011 e de outubro de 2013 foi imputada em duplicidade;

2) que seja feito levantamento dos pagamentos dos créditos tributários relativos ao auto de infração de nº 93300008.09.00000006/2015-09, relativamente à acusação de omissão de vendas realizadas por meio de cartões de crédito referente aos períodos de apuração de julho de 2011 a outubro de 2013;

3) que o presente processo seja baixado em diligência para que a impugnada proceda à exclusão de notas fiscais que seriam relacionadas a operações de simples faturamento para entrega futura; devolução de mercadorias; remessa em bonificação, doação ou brinde; mercadorias para o imobilizado da empresa; e as notas canceladas; e

4) que seja declarada a improcedência do lançamento, em todos os seus termos, em razão da inexistência de motivação específica do lançamento pela de aplicação dos dispositivos específicos dos artigos 34 e 39 da Lei Complementar 123/2006, e artigos 83 a 87 da Resolução CGSN 94/2011.

A impugnante apensou aos autos:

1) cópia do que seria relatórios contendo a discriminação de sua adesão ao REFIS; e

2) cópia do seria o comprovante de pagamento de imposto pago nos termos do REFIS.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 60), porém não se configurando a reincidência, foram os autos conclusos (fls. 59) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Francisco Marcondes Sales Diniz, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

ICMS. OMISSÃO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. ALGUMAS NOTAS FISCAIS DEVIDAMENTE ESCRITURADAS. NÃO COMPROVAÇÃO. ACUSAÇÃO PROCEDENTE. OMISSÃO DE VENDAS REALIZADAS POR CARTÕES DE DÉBITO E CRÉDITO. PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIO EXIGIDOS POR MEIO DE AUTO DE INFRAÇÃO ANTERIOR LAVRADO. COMPROVAÇÃO. ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE

DOCUMENTOS FISCAIS. INAPLICABILIDADE. O ART. 13, § 1º, XIII, “F”, DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 REFERE-SE AO PRÓPRIO LANÇAMENTO DO IMPOSTO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- A falta de escrituração, no Livro de Registro de Entradas, de mercadorias para as quais se comprovou o ingresso no estabelecimento do contribuinte enseja o lançamento de ofício do imposto e a aplicação de penalidade.
- A declaração do contribuinte da realização de vendas por meio de cartões de débito e crédito em montante inferior ao declarado por instituições financeiras e administradoras de tais cartões enseja a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.
- Não se aplica a legislação do Simples Nacional na hipótese de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, caso em que se aplica a legislação comum aos demais contribuintes do ICMS.
- O art. 13, § 1º, XIII, “F”, da Lei Complementar 123/2006, relaciona-se ao próprio lançamento do imposto, e não apenas aos procedimentos de recolhimento do ICMS.
- O ônus probatório, salvo presunções legalmente previstas, recai sobre a parte que alega direito em seu favor, de maneira que a simples declaração unilateral não constitui meio probante.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

Com os ajustes, o crédito tributário restou constituído no montante de 245.190,78 (duzentos e quarenta e cinco mil, cento e noventa reais e setenta e oito centavos).

Interposto recurso hierárquico, a autuada foi cientificada da decisão em 24/01/2019, conforme fls. 74, tendo interposto, em 21/02/2019, recurso voluntário (fls. 76/82), oportunidade em que inicia a peça recursal observando a tempestividade do recurso e fazendo uma breve exposição dos fatos, para, em seguida, reapresentar apenas uma das quatro alegações constantes de sua peça de impugnação, qual seja:

1.- PRELIMINARMENTE

- Requer a nulidade do auto de infração, tendo em vista que a regra do art. 13 da LC nº 123/06 somente se aplicaria às formas e prazos de recolhimento, e não ao lançamento para constituir o crédito tributário, já que este deveria seguir as regras dos artigos 83, 84 e 87 da Resolução CGSN 94/2011 que trata das alíquotas e aplicação de penalidade no âmbito do SIMPLES NACIONAL.

2.- NO MÉRITO

- Deixou de apresentar defesa de mérito no tocante às duas acusações constantes do libelo acusatório.

Com base nas considerações acima, a recorrente requer:

- O conhecimento e provimento do recurso, deferindo o pedido de nulidade total do Auto de Infração nº 93300008.09.00001510/2017-98, por desrespeito às regras do Simples Nacional.

Remetidos os autos a esta casa, o processo foi distribuído à então Cons.^a Dayse Annyedja Gonçalves Chaves, a qual, verificando o pedido de sustentação oral formulado, solicitou parecer técnico da Assessoria Jurídica desta Corte (fls. 85/87), nos termos do art. 20, X, do Regimento Interno do CRF/PB, o qual foi colacionado às fls. 89/95.

Após, por ocasião do encerramento do mandato da Eminente Conselheira, os autos foram redistribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em exame os recursos hierárquico e voluntário interpostos contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001510/2017-98, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

No que diz respeito à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, importante destacar que os lançamentos que constituíram o crédito tributário em questão foram procedidos em conformidade às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais e essenciais à sua validade, não havendo casos de nulidades elencados nos artigos 14 a 17 do referido diploma legal.

Nesse norte, percebe-se que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não se verificando, quaisquer incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, da autuação

Sem apresentação de defesa de mérito quanto as denúncias postas na exordial, passo a análise da única preliminar suscitada, que alega carência na fundamentação da infração, agredindo frontalmente o princípio constitucional da legalidade, em razão da inexistência de motivação específica do lançamento que deixou de aplicar os dispositivos específicos dos artigos 34 e 39 da Lei Complementar 123/2006, e artigos 83 a 87 da Resolução CGSN 94/2011, desrespeitando assim às regras do Simples Nacional.

1.- DA PRELIMINAR SUSCITADA

DESRESPEITO ÀS REGRAS DO SIMPLES NACIONAL

A recorrente vem arguir a nulidade do procedimento fiscal, alegando que a fiscalização desrespeitou às regras do Simples Nacional.

Com a “maxima data venia”, peço licença para reafirmar a legalidade do procedimento, por considerar que foram cumpridos todos os requisitos previstos em lei pra a autuação e todos os seus elementos restaram devidamente indicados.

Da análise da peça recursal, resta clarividente o esforço textual hercúleo da recorrente, que em verdade não passa de interpretação pessoal das normas regentes pelo interesse direto no resultado.

Quanto ao suscitado desrespeito às regras do Simples Nacional, conforme já salientado pela instância *a quo*, não é possível ser acolhida, pois as acusações se referem à omissão de receitas, e, para estes casos, o artigo 13, §1º, “f”, da LC nº 123/06 determina seja utilizada a legislação tributária aplicável às demais pessoas jurídicas. Senão vejamos:

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:

(...)

f) na operação ou prestação desacombertada de documento fiscal; (g. n.)

O comando normativo insculpido no dispositivo acima transcrito não deixa dúvidas quanto à necessidade de deslocamento da sistemática de apuração do ICMS para o regime geral quando o contribuinte, enquadrado como Simples Nacional, realiza quaisquer das condutas descritas no inciso XIII do §1º do artigo 13, da Lei Complementar nº 123/2006.

A matéria também já fora analisada em diversas oportunidades por este Colegiado, que, de forma reiterada, vem decidindo acerca do afastamento da LC nº 123/06 nos casos em que se constate haver o contribuinte omitido saídas tributadas. Como exemplo, trago o Acórdão CRF nº 006/2018, da lavra do ilustre Cons. Petrônio Rodrigues Lima, cuja ementa transcrevemos a seguir:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. SIMPLES NACIONAL. ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso.

Na acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em relação a contribuintes optantes pelo regime recolhimento do imposto pelo Simples Nacional, não comporta aplicação de alíquotas inerentes a este regime de tributação, e sim

àquela aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista na Lei Complementar nº 123/2006. (g. n.)

Assim, dúvidas não restam que estamos diante de casos de omissão de vendas, portanto, a Lei Complementar nº 123/06 determina seja afastada a sistemática do Simples Nacional, o que implica adotar a mesma regra a que estão submetidos os demais contribuintes, o que demonstra o acerto da fiscalização.

Nesse sentido, imprópria é a tese de desrespeito à regra do Simples Nacional, razão pela qual não acatamos a preliminar *sub examine*.

- Do Mérito

Acusação 01

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

No tocante a presente acusação, observa-se que a denúncia decorreu da identificação de notas fiscais de aquisição não lançadas nos livros próprios verificada nos meses de jan/12 a jul/12, set/12, out/12, nov/12, mar/13, mai/13, set/13, nov/13, dez/13, mai/14, out/14, mai/16, Jun/16, jul/16 e set/16, e que autoriza a presunção *juris tantum* (admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte) de que houve omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte prova da improcedência da presunção, já que o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de elidir a acusação imposta pelo Fisco.

A condição de contribuinte do ICMS no Estado da Paraíba impõe a todos enquadrados em tal situação uma série de obrigações, sejam de natureza principal, sejam de natureza acessória. Uma das quais é o efetivo e regular lançamento, nos livros próprios, das notas fiscais de aquisição de mercadorias no respectivo Livro Registro de Entradas.

Aliás, a escrituração do referido livro é de obrigatoriedade só excepcionada para específicos contribuintes que, em condição de hipossuficiência, situam-se em condição especial, o que para o denunciado não ocorre. Assim, persiste, para ele, a obrigatoriedade de escriturar o referido livro, nele devendo, obrigatoriamente, lançar todas as notas fiscais de compra de mercadoria – tributáveis ou não. É inteligência que se depreende do artigo 267 do RICMS:

Art. 267. Os contribuintes e demais pessoas obrigadas à inscrição deverão manter, em cada um dos estabelecimentos, os seguintes livros fiscais de conformidade com as operações que realizarem:

I - Registro de Entradas, modelo 1;

II - Registro de Entradas, modelo 1-A; (grifo nosso)

III - Registro de Saídas, modelo 2;

IV - Registro de Saídas, modelo 2-A;

V - Registro de Controle da Produção e do Estoque, modelo 3;

VI - Registro de Impressão de Documentos Fiscais, modelo 5;

VII - Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, modelo 6;

VIII - Registro de Inventário, modelo 7;

IX - Registro de Apuração do ICMS, modelo 9;
X - Livro de Movimentação de Combustíveis;
XI - Livro Caixa.

Ora, a obrigatoriedade de escrituração do Livro Registro de Entradas envolve outra obrigação: a de manter nele todos os registros de aquisição de mercadorias com a qual o contribuinte transacione em referido período, de acordo com o que estabelece o artigo 276 c/c 166-U do RICMS/PB:

Art. 276. O Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, Anexos 24 e 25, **destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, a qualquer título**, no estabelecimento e de utilização de serviços de transporte e de comunicação. (grifo nosso)

Art. 166-U. Em relação ao DANFE e à NF-e, aplicam-se, no que couber, as normas previstas para os demais documentos fiscais.

Verifica-se, portanto, que a obrigatoriedade se estende a qualquer tipo de aquisição, não importando se esta se destina à revenda, ativo fixo ou consumo. Adquiriu ou fez entrar mercadoria no estabelecimento, nasce a obrigação do respectivo lançamento nos livros próprios. Do contrário, a legislação tributária autoriza a presunção na forma disciplinada pelo artigo 646 do RICMS/PB, infra:

Redações vigentes à época dos fatos:

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. (g.n.)

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. (g.n.)

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 32.718/12 (DOE de 25.01.12).

Art. 646. 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.

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, 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.

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; (g.n.)

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.

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 penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas. Senão vejamos:

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;

Os efeitos desta omissão ultrapassam a mera consideração a respeito de falta de cumprimento de obrigação acessória. Impõe ao Auditor a obrigação de lançar crédito tributário decorrente de omissão de saída sempre que estiver diante da situação em que o contribuinte não lançar em sua escrita fiscal e/ou contábil notas fiscais de aquisição de mercadorias, exceto quando a operação for não onerosa. (grifo nosso)

Neste ponto, merece esclarecermos que, tratando-se de presunção de omissão de saídas pretéritas, a alíquota a ser aplicada é a interna, ou seja, 17% (dezessete por cento).

Ressalte-se, entretanto, que, sendo uma presunção *juris tantum*, cuja negativa da punibilidade está a cargo do sujeito passivo, tendo em vista que é o senhor da intimidade da empresa.

O importante neste caso em questão, por se tratar de acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, é saber se a defesa juntou ao feito à comprovação material capaz de ilidir a pretensão inicial do fisco, pois, sem estas provas, fica prevalecendo à ação fiscal, nos termos precisos dos artigos 56 da Lei nº 10.094/13.

O caso dos autos não carece de maiores delongas.

Compulsando o caderno processual, não encontramos provas de que as notas fiscais relacionadas pela fiscalização foram registradas nos livros próprios pelo contribuinte,

Ademais, importante ressaltar o teor da Súmula nº 2 desta Corte Administrativa, ratificada pela Portaria nº 311/2019/SEFAZ, de 18 de Novembro de 2019:

***SÚMULA Nº 02 - NOTA FISCAL NÃO LANÇADA** - Constatação de falta de registro da entrada de nota fiscal de aquisição impõe ao contribuinte o ônus da prova negativa da aquisição, em razão da presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.*

Assim, ausentes elementos probatórios que afastem a materialidade apresentada pela fiscalização constante no caderno processual, necessário se faz destacar que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador fiscal, com os quais concordamos integralmente, razão pela qual mantenho em sua integralidade a acusação em tela.

Acusação 02

OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO

No caso vertente, versam os autos sobre a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito, com fundamento no art. 158, I e 160, I, c/c art. 646, V, todos do RICMS-PB, abaixo transcritos:

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;

A presente acusação de omissão de vendas identificada nos períodos de ago/12, dez/12, jan/13, fev/13, abr/13, jun/13, jul/13, ago/13 e out/13, por meio da operação cartão de crédito/débito, é cediço que na execução das auditorias decorrentes deste tipo de procedimento fiscal, o Fisco compara as vendas declaradas à Fazenda Estadual pelos contribuintes, com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, identificando divergências que indicam, presumivelmente, que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvando ao contribuinte provar a improcedência da presunção. Entendimento emergente do artigo 646, V, do RICMS. Vejamos:

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

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

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

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

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

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

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.

No caso ora analisado, estamos tratando de uma presunção de omissão, é bem verdade que na presunção legal encontraremos, de um lado, o fato presuntivo e, de outro, o fato presumido, desta forma, considera-se provado o fato legalmente presumido, e se justifica essa previsão legal, porque o fato presumido adquire, de pronto, status de fato provado, se justificando pelo vínculo de associação prescrito pela lei. Desse modo, fala-se em presunção relativa, que admite prova em contrário, mas, não havendo prova em contrário, a associação se mantém, devendo se manter o fato presumido, porque não houve prova em sentido oposto.

Como bem analisado pela primeira instância, que cancelou o crédito tributário apurado nos períodos de agosto e dezembro de 2012, bem como os de janeiro, fevereiro, abril, junho, julho e agosto de 2013, tendo em vista que também foram objeto do auto de infração de nº 93300008.09.00000006/2015-09, decisão com a qual comungo.

No que se refere ao período de apuração de outubro de 2013, o diligente julgador singular concluiu pela procedência parcial de tal imputação, no valor de R\$ 2.363,75 (dois mil, trezentos e sessenta e três reais e setenta e cinco centavos), tendo em vista que, no auto de

infração acima mencionado, a citada infração também foi denunciada, exigindo-se o valor de R\$ 1.971,81 (um mil, novecentos e setenta e um reais e oitenta e um centavos).

Dessa forma, em vista das razões apresentadas, corroboro com a decisão da instância prima, que entendeu pela *parcial procedência* da acusação em epígrafe.

Por fim, necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador fiscal, com os quais concordamos integralmente, ratificando os termos da sentença proferida pela instância prima.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular e, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001510/2017-98, lavrado em 29/06/2017, contra a empresa J MAMEDE & CIA LTDA EPP, inscrição estadual nº 16.000.198-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 245.190,78 (duzentos e quarenta e cinco mil, cento e noventa reais e setenta e oito centavos)**, sendo R\$ 122.595,39 (cento e vinte e dois mil, quinhentos e noventa e cinco reais e trinta e nove centavos) relativamente ao ICMS exigido com fulcro nos arts. 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646 e 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646, inciso V, todos do RICMS/PB e R\$ 122.595,39 (cento e vinte e dois mil, quinhentos e noventa e cinco reais e trinta e nove centavos) referente à penalidade aplicada com fundamento no art. 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/1996.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 134.305,10 (cento e trinta e quatro mil, trezentos e cinco reais e dez centavos)**, sendo R\$ 67.152,55 (sessenta e sete mil, cento e cinquenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 67.152,55 (sessenta e sete mil, cento e cinquenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos) de multa por infração.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de março de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator