

PROCESSO N° 1312972017-0

ACÓRDÃO N° 0262/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: LUIZ JOSÉ DA SILVA MERCEARIA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA SEFAZ - ITAPORANGA

Autuante: FRANCISCO CANDEIA DO NASCIMENTO JÚNIOR

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - ACUSAÇÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. DESCRIÇÃO IMPRECISA DOS FATOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO. OMISSÃO DE VENDAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. SIMPLES NACIONAL - MATERIALIDADE COMPROVADA - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *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.*

- *Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador relativo à acusação de “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a denúncia e acarretou, por essa razão, a sua nulidade, nos termos do que estabelece o artigo 17, II, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.*

- *A diferença apurada em Levantamento Financeiro denuncia omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência.*

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 do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, reformando, de ofício, a sentença prolatada na instância singular e julgar parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001912/2017-92, lavrado em 23/08/2017, contra a empresa LUIZ JOSÉ DA SILVA MERCEARIA, inscrição estadual nº 16.089.885-4, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 455.833,78**

(quatrocentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 227.916,89 (duzentos e vinte e sete mil, novecentos e dezesseis reais e oitenta e nove centavos) relativamente ao ICMS exigido com fulcro nos arts. 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB e R\$ 227.916,89 (duzentos e vinte e sete mil, novecentos e dezesseis reais e oitenta e nove centavos) referente à penalidade aplicada com fundamento no art. 82, V, alínea “f”, da Lei 6.379/1996.

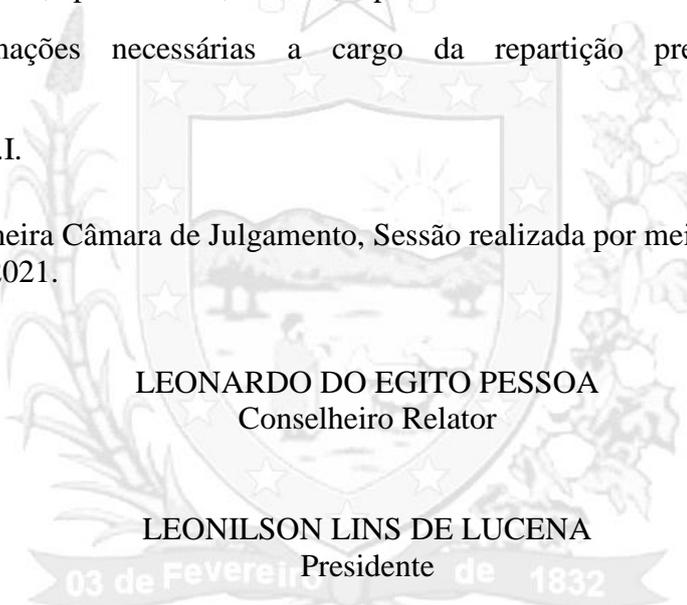
Ao tempo que cancelo por indevido o montante de **R\$ 23.166,40 (vinte e três mil, cento e sessenta e seis reais e quarenta centavos)**, sendo R\$ 11.583,20 (onze mil, quinhentos e oitenta e três reais e vinte centavos) de ICMS e R\$ 11.583,20 (onze mil, quinhentos e oitenta e três reais e vinte centavos) de multa por infração, pelas razões acima expendidas.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante à acusação de “falta de recolhimento do Imposto Estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de maio de 2021.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

Processo nº 1312972017-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: LUIZ JOSÉ DA SILVA MERCEARIA

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

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA SEFAZ - ITAPORANGA

Autuante: FRANCISCO CANDEIA DO NASCIMENTO JÚNIOR

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - ACUSAÇÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. DESCRIÇÃO IMPRECISA DOS FATOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO. OMISSÃO DE VENDAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. SIMPLES NACIONAL - MATERIALIDADE COMPROVADA - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *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.*

- *Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador relativo à acusação de “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a denúncia e acarretou, por essa razão, a sua nulidade, nos termos do que estabelece o artigo 17, II, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.*

- *A diferença apurada em Levantamento Financeiro denuncia omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência.*

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001912/2017-92, lavrado em 23 de agosto de 2017 em desfavor do contribuinte LUIZ JOSÉ DA SILVA MERCEARIA, inscrição estadual nº 16.089.885-4.

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.

0253 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO ECF. >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa: REDUÇÕES Z NÃO LANÇADAS. MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL CADASTRADAS NO ECF COMO ISENTAS E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

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.

Foram dados como infringidos, os artigos 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646 e 106, II, “a”, combinado com os art. 376 e 379, 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\$ 479.000,18 (quatrocentos e setenta e nove mil e dezoito centavos)**, sendo R\$ 239.500,09 (duzentos e trinta e nove mil, quinhentos reais e nove centavos), de ICMS e R\$ 239.500,09 (duzentos e trinta e nove mil, quinhentos reais e nove centavos) de multa por infração.

Documentos instrutórios às fls. 29 a 199.

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 23 de agosto de 2017.

Depois de notificado desta ação fiscal em 05 de setembro de 2017, através de Aviso de Recebimento (AR – fl. 203), o acusado interpôs petição reclamatória, às fls. 205/213 dos autos, em 05 de outubro de 2016 (fl. 204), portanto de forma tempestiva, conforme estabelecido no art. 67 da Lei nº 10.094/2013.

Em sua defesa, alega, em síntese, que:

- a) as notas fiscais apresentadas no relatório do auditor fiscal foram devidamente lançadas no Livro de Registro de Entradas da empresa;
- b) quanto à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a empresa dispõe de escrituração contábil regular e que não possui nenhuma irregularidade em seu Levantamento Financeiro;
- c) a empresa tem regime de tributação o Simples Nacional, e, assim, diante da constatação de omissão de receitas/saídas de empresa enquadrada nessa sistemática, o Fisco deve exigir o ICMS observando a tributação do Simples Nacional.

Por conseguinte, a autuada requer que seja acolhida a presente impugnação para o fim de cancelar o débito fiscal em análise.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 569), foram os autos conclusos (fls. 570) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Tarciso Magalhães Monteiro de Almeida, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DENÚNCIA CONFIGURADA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. ACUSAÇÃO CARACTERIZADA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. ACUSAÇÃO CONFIGURADA.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em virtude da presunção legal preconizada pelo artigo 646 do RICMS/PB.

- Reputam-se devidos valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas do Regulamento do ICMS. Matéria não litigiosa e crédito tributário definitivamente constituído, nos termos do art. 69 da Lei nº 10.0947/2013.

- Quando os pagamentos efetuados superam as receitas auferidas, ergue-se a presunção legal relativa de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto.

- Os argumentos de defesa não foram capazes de refutar as acusações. Assim, a cobrança do ICMS é devida, juntamente com as penalidades dispostas na Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

A autuada foi cientificada, regularmente, da decisão singular em 12/11/2020, via DTe (fls. 585), e apresentou, em 27 de novembro de 2020, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 587 a 591), por meio do qual assevera que:

- 1.- que deve ser aplicada a redução de 50% no valor da multa proposta, nos termos do inciso II, art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006;
- 2.- as notas fiscais apresentadas no relatório do auditor fiscal como não lançadas, foram devidamente lançadas no Livro de Registro de Entradas da empresa, conforme documentos anexos;
- 3.- quanto à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis – levantamento financeiro, aduz que a empresa dispõe de escrituração contábil regular, justificando que a empresa não possui nenhuma irregularidade no levantamento financeiro.

Com base nas considerações acima, a recorrente requer:

- que seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001912/2017-92, lavrado em 23/082017, contra a empresa em epígrafe, com o 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.

Antes de qualquer análise do mérito das infrações contidas no libelo acusatório, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Neste ponto, necessário se faz consignar que a ausência de provocação por parte da defesa quanto à nulidade do auto de infração e/ou de uma acusação específica, não exime os órgãos julgadores de analisar a questão, devendo, quando configurada, ser reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estabelece o artigo 16 da Lei nº 10.094/13.

Pois bem. Após criteriosa análise dos documentos que instruíram às acusações em tela, verifico, de início, a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, especialmente no que tange à descrição dos fatos da segunda acusação (falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF).

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, e em divergência com o entendimento esposado pela instância monocrática, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a segunda conduta infracional, havendo um descompasso entre a Descrição da Infração e a Nota Explicativa.

Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional a irregularidades no uso do ECF, a segunda afirma que houve ausência de recolhimento de ICMS, em virtude da falta de registro de Redução Z.

Em verdade, o que se depreende dos autos é que o fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo deixado de registrar as operações por meio dele realizadas, reduzindo, desta forma, o valor do tributo devido. Assim, o contribuinte não cometeu, ao menos não restou demonstrado, irregularidades no uso dos equipamentos ECF, de forma que resta configurado o vício formal previsto no art. 17, II e III da Lei nº 10.094/2013:

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.

Neste sentido, dirirjo do entendimento exarado pela primeira instância, pela existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal na acusação**, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

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.

Diante disso, reformo a decisão de primeira instância, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade da infração “falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta tipificação.

Sem preliminar a ser analisada, passo a análise de mérito das demais acusações constantes do libelo acusatório.

- 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 no período de setembro de 2012 a dezembro de 2014, 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:

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.

Como bem verificado e observado pelo diligente julgador singular, o contribuinte trouxe aos autos a impressão de páginas dos livros de registro de entradas, não revestidos das formalidades legais necessárias para fazer sucumbir a acusação que pesa contra si.

Isto posto, não vislumbro nos autos, provas que assegurem a autenticidade dos livros registro de entradas, por meio das cópias apenas ao processo, uma vez que não se encontram autenticados e nem visados pela repartição fiscal de seu domicílio, em total afronta ao disposto nos artigos 119, III e 268, § 2º, ambos do RICMS/PB:

Art. 119. São obrigações do contribuinte:

(...)

III - solicitar à repartição fiscal competente a autenticação de livros e documentos fiscais, antes de sua utilização;

Art. 268. Os livros fiscais, que serão impressos e de folhas numeradas tipograficamente, em ordem crescente, só serão usados depois de visados pela repartição do domicílio fiscal do contribuinte.

§ 1º Os livros fiscais terão suas folhas encadernadas, de forma a impedir sua substituição.

§ 2º O "visto" será gratuito e apostado em seguida ao termo de abertura lavrado pelo contribuinte, juntamente com a apresentação do livro anterior a ser encerrado, desde que não se trate de início de atividade. em decorrência da inexistência dos termos de abertura e de encerramento lavrados por ocasião do seu registro e autenticação da repartição fiscal competente.

Assim, é indubitoso que não posso considerar a escrita fiscal, posta aos autos, em sede de impugnação e de recurso, quando não foram observadas as formalidades intrínsecas e extrínsecas aplicáveis aos livros fiscais.

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.

Neste diapasão, ausentes os elementos probatórios que afastem a materialidade apresentada pela fiscalização constante no caderno processual, mantenho em sua integralidade a acusação em tela.

Acusação 03

OMISSÃO DE VENDAS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO

A presente acusação trata-se de infração que foi alcançada pela técnica fiscal denominada de Levantamento Financeiro em um procedimento de aferição que analisa se há equilíbrio entre os somatórios das despesas incorridas com as receitas auferidas em um determinado exercício, 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, arrimado no parágrafo único do art. 646 do RICMS/PB:

Redações vigentes à época dos fatos:

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. (g.n.)

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

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

I – o fato de a escrituração indicar:

- a) insuficiência de caixa;
- b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

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

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

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

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

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;

Nesta esteira, considerando haver o Contribuinte infringido a legislação tributária, o Auditor Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração em tela, propôs, como medida punitiva, a aplicação da multa insculpida no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

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;

O levantamento fiscal, no presente caso concreto, concluiu que a totalidade dos recursos disponíveis pelo contribuinte nos exercícios 2012, 2013 e 2014, não foram suficientes a fazer frente às despesas e pagamentos que declarou ter realizado no mesmo período. Configurou-se a ocorrência de situação operacional deficitária do ponto de vista econômico/financeiro na empresa, nos exercícios citados, 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.

Inconformada com a autuação, a recorrente em seu recurso alega que:

- 1.- que deve ser aplicada a redução de 50% no valor da multa proposta, nos termos do inciso II, art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006;
- 2.- dispõe de escrituração contábil regular, justificando que a empresa não possui nenhuma irregularidade no levantamento financeiro.

Realizada as considerações acima, passamos a análise das alegações trazidas em seu recurso, onde iniciamos pela **alegação 01** (redução da multa proposta) onde após criteriosa análise da legislação citada pela defesa, verificamos que razão não lhe assiste.

Vejamos a redação do inciso II, do art. 38-B da Lei Complementar nº 123/2006, *litteris*:

Art. 38-B. As multas relativas à falta de prestação ou à incorreção no cumprimento de obrigações acessórias para com os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais, quando em valor fixo ou mínimo, e na ausência de previsão legal de valores específicos e mais favoráveis para MEI, microempresa ou empresa de pequeno porte, terão redução de:

I - (...)

II - 50% (cinquenta por cento) para as microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional; (g.n.)

Ora, da leitura do dispositivo acima, é de solar clareza que o mesmo não se aplica ao caso dos autos, tendo em vista que o mesmo só se aplica a obrigações acessórias e ainda que preenchida as demais disposições legais, o que definitivamente não é o caso em apreço que trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis (obrigação principal).

Com relação a **alegação 02** (escrita contábil regular), verificamos após análise do caderno processual, que as alegações do contribuinte não são suficientes para afastar o crédito tributário, vez que estão desprovidas de provas que as corroborem.

Assim, tendo em vista que a autuada não traz aos autos qualquer elemento de prova (livros contábeis), em que pese ser detentora deles, prevalece a presunção legal inserida no dispositivo de lei supracitado, razão pela qual julgo procedente a presente acusação.

Por todo o exposto, considero subsistente o seguinte crédito tributário:



DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO		AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
	INÍCIO	FIM	TRIBUTO (R\$)	MULTA (R\$)	TRIBUTO (R\$)	MULTA (R\$)	TRIBUTO (R\$)	MULTA (R\$)	TOTAL (R\$)
0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/09/2012	30/09/2012	622,02	622,02	0,00	0,00	622,02	622,02	1.244,04
	01/10/2012	31/10/2012	734,64	734,64	0,00	0,00	734,64	734,64	1.469,28
	01/11/2012	30/11/2012	789,52	789,52	0,00	0,00	789,52	789,52	1.579,04
	01/12/2012	31/12/2012	1.121,24	1.121,24	0,00	0,00	1121,24	1121,24	2.242,48
	01/01/2013	31/01/2013	523,36	523,36	0,00	0,00	523,36	523,36	1.046,72
	01/02/2013	28/02/2013	1.148,36	1.148,36	0,00	0,00	1148,36	1148,36	2.296,72
	01/03/2013	31/03/2013	722,38	722,38	0,00	0,00	722,38	722,38	1.444,76
	01/04/2013	30/04/2013	713,34	713,34	0,00	0,00	713,34	713,34	1.426,68
	01/05/2013	31/05/2013	1.107,50	1.107,50	0,00	0,00	1107,50	1107,50	2.215,00
	01/06/2013	30/06/2013	588,75	588,75	0,00	0,00	588,75	588,75	1.177,50
	01/07/2013	31/07/2013	606,41	606,41	0,00	0,00	606,41	606,41	1.212,82
	01/08/2013	31/08/2013	485,3	485,3	0,00	0,00	485,30	485,30	970,60
	01/09/2013	30/09/2013	2.152,87	2.152,87	0,00	0,00	2152,87	2152,87	4.305,74
	01/10/2013	31/10/2013	2.077,14	2.077,14	0,00	0,00	2077,14	2077,14	4.154,28
	01/11/2013	30/11/2013	1.329,93	1.329,93	0,00	0,00	1329,93	1329,93	2.659,86
	01/12/2013	31/12/2013	1.291,85	1.291,85	0,00	0,00	1291,85	1291,85	2.583,70
	01/01/2014	31/01/2014	927,73	927,73	0,00	0,00	927,73	927,73	1.855,46
	01/02/2014	28/02/2014	427,69	427,69	0,00	0,00	427,69	427,69	855,38
	01/03/2014	31/03/2014	242,62	242,62	0,00	0,00	242,62	242,62	485,24
	01/04/2014	30/04/2014	406,76	406,76	0,00	0,00	406,76	406,76	813,52
	01/05/2014	31/05/2014	269,75	269,75	0,00	0,00	269,75	269,75	539,50
	01/06/2014	30/06/2014	372,76	372,76	0,00	0,00	372,76	372,76	745,52
	01/07/2014	31/07/2014	333,23	333,23	0,00	0,00	333,23	333,23	666,46
	01/08/2014	31/08/2014	350,73	350,73	0,00	0,00	350,73	350,73	701,46
01/09/2014	30/09/2014	312,89	312,89	0,00	0,00	312,89	312,89	625,78	
01/10/2014	31/10/2014	375,55	375,55	0,00	0,00	375,55	375,55	751,10	
01/11/2014	30/11/2014	167,11	167,11	0,00	0,00	167,11	167,11	334,22	
01/12/2014	31/12/2014	1.414,48	1.414,48	0,00	0,00	1414,48	1414,48	2.828,96	

0253 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADE NO USO DO ECF	01/09/2012	30/09/2012	137,66	137,66	137,66	137,66	0,00	0,00	0,00
	01/10/2012	31/10/2012	185,18	185,18	185,18	185,18	0,00	0,00	0,00
	01/11/2012	30/11/2012	195,78	195,78	195,78	195,78	0,00	0,00	0,00
	01/12/2012	31/12/2012	166,9	166,9	166,90	166,90	0,00	0,00	0,00
	01/01/2013	31/01/2013	150,52	150,52	150,52	150,52	0,00	0,00	0,00
	01/02/2013	28/02/2013	78,5	78,5	78,50	78,50	0,00	0,00	0,00
	01/03/2013	31/03/2013	126,94	126,94	126,94	126,94	0,00	0,00	0,00
	01/04/2013	30/04/2013	147	147	147,00	147,00	0,00	0,00	0,00
	01/05/2013	31/05/2013	146,76	146,76	146,76	146,76	0,00	0,00	0,00
	01/06/2013	30/06/2013	159,96	159,96	159,96	159,96	0,00	0,00	0,00
	01/07/2013	31/07/2013	212,01	212,01	212,01	212,01	0,00	0,00	0,00
	01/08/2013	31/08/2013	182,39	182,39	182,39	182,39	0,00	0,00	0,00
	01/09/2013	30/09/2013	171,71	171,71	171,71	171,71	0,00	0,00	0,00
	01/10/2013	31/10/2013	281,03	281,03	281,03	281,03	0,00	0,00	0,00
	01/11/2013	30/11/2013	243,7	243,7	243,70	243,70	0,00	0,00	0,00
	01/12/2013	31/12/2013	199,47	199,47	199,47	199,47	0,00	0,00	0,00
	01/01/2014	31/01/2014	161,83	161,83	161,83	161,83	0,00	0,00	0,00
	01/02/2014	28/02/2014	219,61	219,61	219,61	219,61	0,00	0,00	0,00
	01/03/2014	31/03/2014	221,68	221,68	221,68	221,68	0,00	0,00	0,00
	01/04/2014	30/04/2014	151,1	151,1	151,10	151,10	0,00	0,00	0,00
	01/05/2014	31/05/2014	161,4	161,4	161,40	161,40	0,00	0,00	0,00
	01/06/2014	30/06/2014	163,24	163,24	163,24	163,24	0,00	0,00	0,00
	01/07/2014	31/07/2014	150,28	150,28	150,28	150,28	0,00	0,00	0,00
	01/08/2014	31/08/2014	216,27	216,27	216,27	216,27	0,00	0,00	0,00
	01/09/2014	30/09/2014	216,53	216,53	216,53	216,53	0,00	0,00	0,00
	01/10/2014	31/10/2014	148,92	148,92	148,92	148,92	0,00	0,00	0,00
	01/11/2014	30/11/2014	212,63	212,63	212,63	212,63	0,00	0,00	0,00
	01/12/2014	31/12/2014	252,96	252,96	252,96	252,96	0,00	0,00	0,00
	01/01/2015	31/01/2015	321,75	321,75	321,75	321,75	0,00	0,00	0,00
	01/02/2015	28/02/2015	219,81	219,81	219,81	219,81	0,00	0,00	0,00
	01/03/2015	31/03/2015	250,66	250,66	250,66	250,66	0,00	0,00	0,00
01/04/2015	30/04/2015	213,49	213,49	213,49	213,49	0,00	0,00	0,00	
01/05/2015	31/05/2015	42,28	42,28	42,28	42,28	0,00	0,00	0,00	
01/01/2017	31/01/2017	5.473,25	5.473,25	5473,25	5473,25	0,00	0,00	0,00	
021 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2012	31/12/2012	41.266,46	41.266,46	0,00	0,00	41.266,46	41.266,46	82.532,92
	01/01/2013	31/12/2013	71.578,63	71.578,63	0,00	0,00	71.578,63	71.578,63	143.157,26
	01/01/2014	31/12/2014	93.455,89	93.455,89	0,00	0,00	93.455,89	93.455,89	186.911,78
TOTAL			239.500,09	239.500,09	11.583,20	11.583,20	227.916,89	227.916,89	455.833,78

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, reformando, de ofício, a sentença prolatada na instância singular e julgar parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001912/2017-92, lavrado em 23/08/2017, contra a empresa LUIZ JOSÉ DA SILVA MERCEARIA, inscrição estadual nº 16.089.885-4, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 455.833,78 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos)**, sendo R\$ 227.916,89 (duzentos e vinte e sete mil, novecentos e dezesseis reais e oitenta e nove centavos) relativamente ao ICMS exigido com fulcro nos arts. 158, I; 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB e R\$ 227.916,89 (duzentos e vinte e sete mil, novecentos e dezesseis reais e oitenta e nove centavos) referente à penalidade aplicada com fundamento no art. 82, V, alínea “f”, da Lei 6.379/1996.

Ao tempo que cancelo por indevido o montante de **R\$ 23.166,40 (vinte e três mil, cento e sessenta e seis reais e quarenta centavos)**, sendo R\$ 11.583,20 (onze mil, quinhentos e oitenta e três reais e vinte centavos) de ICMS e R\$ 11.583,20 (onze mil, quinhentos e oitenta e três reais e vinte centavos) de multa por infração, pelas razões acima expendidas.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante à acusação de “falta de recolhimento do Imposto Estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de maio de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator