

PROCESSO Nº 0600072018-1

ACÓRDÃO Nº 0009/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DENÚNCIA CONFIGURADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. PREVALÊNCIA DO LANÇAMENTO DE MAIOR MONTA. CONFIRMAÇÃO DOS AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Excluídos da cobrança os lançamentos referentes a esta acusação, em que restou caracterizada a concorrência de infrações para os mesmos períodos e por representarem menor repercussão tributária, fato que resultou na procedência parcial da infração.*

- *Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas, assim, a peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.*

- *As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. No entanto, é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação, todavia, esta não foi acostada aos autos.*

- *A comprovação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores àqueles informados por instituições financeiras e*

administradoras de cartão de crédito e débito, não ilididas pelo contribuinte, confirma a acusação amparada na presunção juris tantum de aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

- Configuram-se concorrentes as infrações caracterizadas por omissão de saídas de mercadorias tributáveis de que resultem lançamentos de ICMS por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição e por declaração de vendas em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, quando simultaneamente ocorridas em um mesmo período de apuração do imposto, in casu, competências de maio/2013, agosto/2016, setembro/2016 e novembro/2016, prevalecendo a de maior monta.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a decisão proferida pela primeira instância, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2018-04 (fls. 6/11), lavrado em 17/04/2018. Na votação a Cons.^a Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, abriu divergência com relação a infração 0028, alterando os fundamentos de nulo por vício formal para improcedência, sendo vencedor por maioria o voto do Cons.^o relator Leonardo do Egito Pessoa, acompanhado pelos conselheiros, Heitor Collett (Suplente) e Thaís Guimarães Teixeira Fonseca, pela nulidade por vício formal contra a empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA (CCICMS nº 16.195.272-0), declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 68.133,08 (sessenta e oito mil, cento e trinta e três reais e oito centavos), sendo R\$ 34.066,54 (trinta e quatro mil, sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c art. 160, I c/fulcro no art. 646, IV, V e também em seu parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 34.066,54 (trinta e quatro mil, sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), a título de multa por infração, arrimadas no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei n.º 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 113.331,47 (cento e treze mil, trezentos e trinta e um reais e quarenta e sete centavos), pelas razões acima evidenciadas.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante a infração 0028 “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas”, 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, na forma regulamentar.

P.R.I.

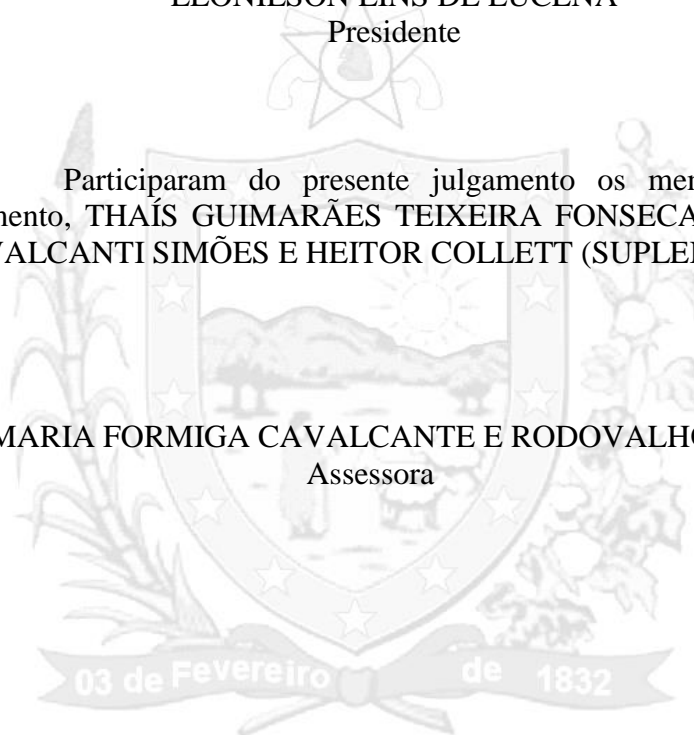
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de janeiro de 2022.

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 SIMÕES E HEITOR COLLETT (SUPLENTE)**.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora



Processo nº 0600072018-1

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DENÚNCIA CONFIGURADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. PREVALÊNCIA DO LANÇAMENTO DE MAIOR MONTA. CONFIRMAÇÃO DOS AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Excluídos da cobrança os lançamentos referentes a esta acusação, em que restou caracterizada a concorrência de infrações para os mesmos períodos e por representarem menor repercussão tributária, fato que resultou na procedência parcial da infração.*

- *Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas, assim, a peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.*

- *As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. No entanto, é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação, todavia, esta não foi acostada aos autos.*

- *A comprovação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores àqueles informados por instituições financeiras e*

administradoras de cartão de crédito e débito, não ilididas pelo contribuinte, confirma a acusação amparada na presunção juris tantum de aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

- Configuram-se concorrentes as infrações caracterizadas por omissão de saídas de mercadorias tributáveis de que resultem lançamentos de ICMS por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição e por declaração de vendas em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, quando simultaneamente ocorridas em um mesmo período de apuração do imposto, in casu, competências de maio/2013, agosto/2016, setembro/2016 e novembro/2016, prevalecendo a de maior monta.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso hierárquico interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2018-04, lavrado em 17 de abril de 2018 em desfavor da empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA, inscrição estadual nº 16.195.272-0.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *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: REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2013 A 2017, RELATIVAMENTE ÀS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS

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

Nota Explicativa: REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2013 A 2016, REFERENTE ÀS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS DETECTADAS NAS INCONSISTÊNCIAS DETECTADAS NO ATF E, TAMBÉM, DETECTADAS NAS MÍDIAS RELATIVAS ÀS REDUÇÕES Z NÃO LANÇADAS, CONFORME PLANILHAS ANEXAS A ESTE PROCESSO.

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.

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: ESTÁ SENDO COBRADO PELA OMISSÃO DE SAIDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS DEVIDO A CONSTATAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O CARTÃO CRÉDITO/DÉBITO E OS TOTAIS DAS VENDAS OU PGDAS NOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2013 E 2016.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia total de **R\$ 181.464,55 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos)**, sendo R\$ 109.131,84 (cento e nove mil, cento e trinta e um reais e oitenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, com fulcro no art. 646 e artigos 106, 60, I e II c/c 277, todos do RICMS/PB e R\$ 72.332,71 (setenta e dois mil, trezentos e trinta e dois reais e setenta e um centavos) de multas por infração, arrimada no art. 82, II, “b” e V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

O auditor fiscal acostou aos autos documentos instrutórios às folhas 13 a 168.

Depois de regularmente cientificada, a Autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva, por meio da qual requer a parcial procedência do auto de infração, alegando, basicamente, o seguinte:

- que a diferença de vendas do cartão de crédito teve faturamento realizado na empresa matriz diante do processo de baixa dessa filial, sendo recolhida nas vendas realizadas e declaradas na PGDAS da empresa matriz que começou a operar neste endereço;
- que esta situação não foi informada as emissoras de cartão de crédito que continuaram declarando as vendas realizadas na IE da filial com emissão de cupom fiscal na inscrição da matriz, fato constatado nos extratos bancários da conta do banco HSBC, onde a diferença do ICMS apurada nas vendas questionadas foi recolhida no PGDAS;
- que no tocante a denúncia de omissão no arquivo magnético não deve prosperar, pois a empresa fez os lançamentos das respectivas reduções Z, com informação na GIM e livros fiscais obrigatórios, não havendo o que se falar em descumprimento de obrigação tributária;
- que as notas fiscais de entrada já foram averiguadas e pagas, mediante fiscalização encerrada em 08/2017 pela auditora Joselinda Machado que teve valor resultante em parcelamento efetuado em 29/8/2017 em 55 parcelas, conforme procedimento de baixa realizado;
- que as notas fiscais de venda a consumidor referente ao período de 08/2016 todas se encontram lançadas no livro de saída e enviadas na declaração do SPED FISCAL da inscrição da empresa matriz.

Ao final, requer seja dado provimento à Impugnação, para que seja reconhecida a parcial anulação do auto de infração.

Sem informação de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (fls. 405) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, sendo distribuído ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, o qual julgou o auto de infração parcialmente procedente, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO. PARCIALIDADE. FALTA DE REGISTRO DE OPERAÇÕES DE SAÍDA NOS LIVROS PRÓPRIAS. SIMPLES NACIONAL. ERRO DE DENUNCIÇÃO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. DEFICIT APURADO. OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. PROCEDÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, IV do RICMS/PB. “In casu”, comprovou-se a parcialidade da acusação diante da comprovação, em parte, de concorrência de infração entre períodos fiscais contemplados pela mesma natureza delitiva, vindo a ser mantida a exigência para àquelas operações fiscais que tiveram repercussão tributária.

- Caracterizada a nulidade de lançamento da Infração nº 0028, que apresenta falha na descrição dos fatos infringentes apurados, viciada no aspecto formal de constituição do crédito tributário, tendo em vista ser empresa enquadrada no regime do Simples Nacional, não cabendo a hipótese de falta de registro dos documentos fiscais de saídas no livro Registro de Saída e de Apuração, devendo ser debelada pela nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da narrativa correta da infração apurada.

- Mantida a exigência fiscal que atestou a existência de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, quando se verificou a ocorrência de despesas que superam as receitas declaradas, via levantamento financeiro, comprovando a repercussão tributária da obrigação principal.

- 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, nos termos do artigo 646, V do RICMS/PB, havendo plena identificação da origem das transações realizadas com cartões de crédito, com dados coletados das informações de operações financeiras realizadas pelo próprio contribuinte, com instituições financeiras contratadas para fomentar e facilitar a realização de operações mercantis, por intermédio de meio de pagamento – Cartão de débito e/ou crédito, com repasse de toda movimentação financeira de vendas realizadas, não havendo provas que atestem erro de apuração ou de vendas declaradas em outro estabelecimento Matriz.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE

Em decorrência dessa decisão, o crédito tributário restou fixado no valor de R\$ 68.133,08, dividido entre ICMS, no valor de R\$ 34.066,54, e multa por infração, na importância de R\$ 34.066,54, conforme a sentença de fls. 407 a 425.

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão singular via DTe em 05/01/2021, a autuada não mais se manifestou nos autos.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *de ofício*, interposto com fundamento no art. 80, da Lei nº 10.094/2013, em face da decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2018-04, lavrado em 17/04/2018, em desfavor da empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA.

Antes de qualquer análise do mérito da questão, cumpre-me declarar que, à exceção da denúncia “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou as prestações de serviços realizadas”, a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo, o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Conforme, cadastro do contribuinte de ICMS da SEFAZ/PB, a empresa autuada é optante do regime do Simples Nacional, desde 9/3/2012, conforme informações colhidas no sistema ATF – Dossiê do contribuinte.

Nesse sentido, vejo que denúncia contida na Infração nº 0028, se revela inadequada ao tipo de regime tributário adotado pela autuada, tendo em vista que os contribuintes inseridos na sistemática de recolhimento do Simples Nacional estão dispensados de adotar os livros Registro de Saída e de Apuração de ICMS para efeito de

lançamento e apuração das operações fiscais de saídas constantes nas notas fiscais e/ou cupons fiscais emitidos, quando da sua tributação devido, que se opera através do recolhimento do ICMS – SIMPLES NACIONAL declarado no programa gerenciador do PGDAS.

No que diz respeito à Lei nº 10.094/13, seu art. 17 elenca as situações em que o ato administrativo poderá ser anulado, assim vejamos o texto legal, abaixo:

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; (g.n.)

III - à norma legal infringida; (g.n.)

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, recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, cujo reconhecimento deve dar-se de ofício, 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.

Neste norte, assim se pronunciou o julgador singular em sua decisão:

“Portanto, é de se reconhecer a existência de vício formal em relação à descrição da natureza da infração apurada, fato este vislumbrado na narrativa da infração nº 0028(segunda acusação), ao deixar de tipificar, de forma correta, o delito fiscal apurado que comportaria a denúncia prevista na Infração nº 0386 (FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL), com alíquota de ICMS pertinente na Tabela I prevista pela Lei Complementar de nº 123/2006, materializando, portanto, um vício insanável diante da imprecisão da denúncia frente aos fatos infringentes à legislação tributária devida.”

Com esses fundamentos e em consonância com o entendimento proferido na instância prima, concluo pelo cancelamento do crédito tributário contabilizado em razão da acusação de “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou as prestações de serviços realizadas”, no montante de R\$ 110.397,69 (cento e dez mil, trezentos e noventa e sete reais e sessenta e nove centavos), ressalvado o direito a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, capaz de atender aos reclamos da legislação de regência, devendo observar o que prescreve o art. 173, II do CTN.

Sem preliminares a serem analisadas, destaco que o que estamos a julgar é o recurso hierárquico interposto pela instância *a quo*, de forma que a análise do recurso estará restrita as razões de decidir do julgamento monocrático que levaram à parcial procedência do feito fiscal.

Acusação 01 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos e documentos às folhas 28 a 33 dos autos.

Como se sabe, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Redação vigente à época dos fatos:

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) suprimientos 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. (grifo nosso)

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

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 inculcido 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;

Considerando que se trata de uma presunção *juris tantum*, isto é, admite prova em contrário, cabe à autuada a apresentação prova extintiva, modificativa ou impeditiva do direito, portanto, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Em primeira instância, o julgador singular, acertadamente, excluiu a exigência fiscal para os meses de maio/2013, agosto/2016, setembro/2016 e novembro de 2016 desta acusação fiscal, por verificar concorrência com a infração 0563 - Omissão de Vendas – Operação Cartão de Crédito e/ou Débito no mesmo período, devendo prevalecer no lançamento indiciário aquela de maior monta.

Relevante consignarmos que a matéria também já fora analisada em diversas oportunidades por este Colegiado, que, de forma reiterada, vem decidindo pela existência de concorrência de infrações entre as acusações de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição e pela diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito. Como exemplo, trago o Acórdão CRF nº 007/2021, da lavra deste relator, conforme ementa que segue:

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DENÚNCIA CONFIGURADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO NÃO

CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. PREVALÊNCIA DO LANÇAMENTO DE MAIOR MONTA. AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. *In casu*, a Autuada apresentou alegações, destituídas de comprovações, portanto, insuficientes para causar a derrocada da acusação.

- A acusação de omissão de saídas tributáveis decorrente das vendas declaradas pelo contribuinte serem inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito encontra amparo na legislação de regência. Ajustes realizados na instância singular acarretaram a redução do crédito tributário.

- Configuram-se concorrentes as infrações caracterizadas por omissão de saídas de mercadorias tributáveis de que resultem lançamentos de ICMS por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição e por declaração de vendas em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, quando simultaneamente ocorridas em um mesmo período de apuração do imposto, *in casu*, competência julho/2013, prevalecendo a de maior monta.

Ademais, compulsando o caderno processual, bem como a decisão emanada da instância *a quo* no tocante a presente acusação, não resta dúvida quanto ao acerto da decisão monocrática que cancelou o crédito tributário relativo as competências de mai/13, ago/16, set/16 e nov/16 no montante de R\$ 2.933,78 (dois mil, novecentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos).

Dessa forma, venho a ratificar os termos da decisão singular no tocante a presente acusação, por considerar que se procedeu conforme as provas dos autos e os termos da legislação tributária.

Acusação 03 – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – 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:

Redação vigentes à época dos fatos:

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. (grifo nosso)

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, no exercício de 2017, não foi suficiente 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, 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, convém observar que a autuada não utilizou a contento a inversão do ônus da prova, porquanto não apresentou provas capazes de inocentá-la, deixando, pois, prevalecer a presunção legal inerente ao art. 646 do RICMS/PB, conforme bem pontuou o diligente julgador monocrático, decisão com a qual comungamos.

Assim, sem reparos a fazer na decisão proferida pela instância *a quo*, vez que considerou documentos e informações fiscais do contribuinte, confirmo-a pelos seus próprios fundamentos, mantendo na íntegra a exigibilidade do crédito tributário em face da acusação de “omissão de saídas de mercadorias tributáveis – levantamento financeiro” constante do libelo acusatório no montante de **R\$ 2.196,38**, sendo R\$ 1.098,19 de Icms e R\$ 1.098,19 de multa por infração.

Acusação 04 – OMISSÃO DE VENDAS (OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO)

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, autoriza a presunção de falta de recolhimento do imposto, nos termos dos artigos 158, I, e 160, I, c/c o art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, *in verbis*:

Redações vigentes à época dos fatos:

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;

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. (grifos nosso)

Pois bem. A presente acusação diz respeito a omissão de vendas identificada nos meses de maio/13 e de agosto a novembro de 2016, 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 ao Fisco 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, ressaltando ao contribuinte provar a improcedência da presunção. Entendimento emergente do artigo 646 do RICMS, supramencionado.

No caso em tela, verifica-se que, por se tratar de uma presunção *juris tantum*, o ônus probante, repita-se, se inverte para a empresa, que através de provas materiais, das quais é detentora, poderá ilidir a presunção do fato ocorrido.

Observando o arcabouço probatório colacionado pela autoridade fazendária, é possível observar que a infração relativa à *Omissão de Vendas – Operação Cartão de Crédito e/ou Débito* está subsidiada pelos demonstrativos anexo às fls. 34 a 41, em que constam os valores apurados pelo procedimento de auditoria e lançados no libelo basilar.

Sobre a tese apresentada pela defesa, assim se pronunciou o ínclito julgador singular:

“Todo o acervo documental das operações realizadas pelo contribuinte, com as administradoras de cartão de débito e crédito, encontra-se arquivado no Banco de Dados da SER/PB, não havendo o que se cogitar erro no fato constitutivo, quando se denota a ocorrência plena de movimentação financeira ocorrida por meio de pagamento, entre o contribuinte e a instituição financeira promotora do crédito, que, por força da legislação, declara todas as informações a esta Secretaria acerca das operações e prestações ocorridas com seus clientes, por meio de seu sistema de crédito, débito ou similares, nos termos do art. 389...”

Neste diapasão, entendo que ficou configurada a infração, visto que, os valores totais das vendas declaradas pelo próprio contribuinte e constantes em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD/SPED, são inferiores aos valores das operações declarados pelas operadoras de cartões de crédito/débito.

Com relação a concorrência de infrações entre esta e a acusação 01 “falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios”, as quais, para um mesmo período, devem permanecer apenas os lançamentos de maior monta, no caso os constantes da acusação em epigrafe. Ademais, ressalto que os de menor monta foram devidamente afastados quando da análise da acusação 01.

Pelos fundamentos acima evidenciados, mantenho na íntegra a acusação de “omissão de vendas – operação cartão de crédito e débito”, mantendo na íntegra a exigibilidade do crédito tributário referente a presente acusação, no montante de **R\$ 38.848,94**, sendo R\$ 19.424,47 de Icms e R\$ 19.424,47 de multa por infração

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

Com este entendimento é que,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a decisão proferida pela primeira instância, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2018-04 (fls. 6/11), lavrado em 17/04/2018, contra a empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA (CCICMS nº 16.195.272-0), declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 68.133,08 (sessenta e oito mil, cento e trinta e três reais e oito centavos), sendo R\$ 34.066,54 (trinta e quatro mil, sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c art. 160, I c/fulcro no art. 646, IV, V e também em seu parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 34.066,54 (trinta e quatro mil, sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), a título de multa por infração, arrimadas no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei n.º 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 113.331,47 (cento e treze mil, trezentos e trinta e um reais e quarenta e sete centavos), pelas razões acima evidenciadas.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante a infração 0028 “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas”, 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, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de janeiro de 2022.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator

PROCESSO Nº 0600072018-1

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

Relatora do Voto Divergente: Consª. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS - IMPROCEDÊNCIA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DENÚNCIA CONFIGURADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - INFRAÇÃO CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. PREVALÊNCIA DO LANÇAMENTO DE MAIOR MONTA. CONFIRMAÇÃO DOS AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Excluídos da cobrança os lançamentos referentes a esta acusação, em que restou caracterizada a concorrência de infrações para os mesmos períodos e por representarem menor repercussão tributária, fato que resultou na procedência parcial da infração.

- Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas.

- As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. No entanto, é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação, todavia, esta não foi acostada aos autos.

- A comprovação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores àqueles informados por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e débito, não ilididas pelo contribuinte, confirma a acusação amparada na presunção juris tantum de aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

- Configuram-se concorrentes as infrações caracterizadas por omissão de saídas de mercadorias tributáveis de que resultem lançamentos de ICMS por falta de

lançamento de notas fiscais de aquisição e por declaração de vendas em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, quando simultaneamente ocorridas em um mesmo período de apuração do imposto, in casu, competências de maio/2013, agosto/2016, setembro/2016 e novembro/2016, prevalecendo a de maior monta.

VOTO DIVERGENTE

Em sessão realizada nesta Corte de Justiça Fiscal no dia 19 de janeiro de 2022, foi proferido voto da relatoria do Cons. Leonardo do Egito Pessoa que declinou sua decisão pela procedência parcial do Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00000397/2018-04, lavrado em 17 de abril de 2018, em desfavor da empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA, inscrição estadual nº 16.195.272-0, já qualificada nos autos, contendo as seguintes denúncias:

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: REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2013 A 2017, RELATIVAMENTE ÀS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS

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

Nota Explicativa: REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2013 A 2016, REFERENTE ÀS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS DETECTADAS NAS INCONSISTÊNCIAS DETECTADAS NO ATF E, TAMBÉM, DETECTADAS NAS MÍDIAS RELATIVAS ÀS REDUÇÕES Z NÃO LANÇADAS, CONFORME PLANILHAS ANEXAS A ESTE PROCESSO.

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.

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: ESTÁ SENDO COBRADO PELA OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS DEVIDO A CONSTATAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O CARTÃO CRÉDITO/DÉBITO E OS TOTAIS DAS VENDAS OU PGDASD NOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2013 E 2016.

Da leitura do voto surgiu a decisão da relatoria, conforme disposta na ementa, abaixo:

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. VÍCIO DE FORMA – NULIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO – DENÚNCIA CONFIGURADA. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO – INFRAÇÃO CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. PREVALÊNCIA DO LANÇAMENTO DE MAIOR MONTA. CONFIRMAÇÃO DOS AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Excluídos da cobrança os lançamentos referentes a esta acusação, em que restou caracterizada a concorrência de infrações para os mesmos períodos e por representarem menor repercussão tributária, fato que resultou na procedência parcial da infração.

- Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas, assim, a peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.

- As diferenças apuradas em Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. No entanto, é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação, todavia, esta não foi acostada aos autos.

- A comprovação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores àqueles informados por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e débito, não ilididas pelo contribuinte, confirma a acusação amparada na presunção *juris tantum* de aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

- Configuram-se concorrentes as infrações caracterizadas por omissão de saídas de mercadorias tributáveis de que resultem lançamentos de ICMS por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição e por declaração de vendas em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, quando simultaneamente ocorridas em um mesmo período de apuração do imposto, *in casu*, competências de maio/2013, agosto/2016, setembro/2016 e novembro/2016, prevalecendo a de maior monta.

Posto em votação, apresentei uma divergência em relação ao citado voto, apenas no tocante a procedência da acusação 0028 - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS.

Pois bem, relativamente a tal fato, a relatoria se pronunciou pela nulidade por vício formal, sob o argumento de que:

Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas, assim, a peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso

Com todo respeito ao entendimento do nobre Conselheiro Relator pelo voto proferido, peço vênia para discordar da fundamentação utilizada como esteio para tornar nulo, por vício formal a referida acusação.

Destaco que, aos contribuintes enquadrados como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas.

De fato, o contribuinte, segundo o seu histórico das alterações cadastrais, verificado em seu Dossiê registrado nesta Secretaria, era optante do regime de apuração do SIMPLES NACIONAL desde 09/03/2012, portanto, na época dos fatos geradores da infração ora em comento, não havia obrigatoriedade do uso do Livro de Registro de Saídas. Portanto, não pode prosperar a acusação de falta de registro de operações de saídas em um livro que não é obrigatório pela legislação do SIMPLES NACIONAL, conforme podemos extrair da revogada Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94/2011 e da vigente Resolução CGSN nº 140/2018.

Nesse sentido, vejo que denúncia contida na Infração nº 0028, se revela inadequada ao tipo de regime tributário adotado pela autuada, tendo em vista que os contribuintes inseridos na sistemática de recolhimento do Simples Nacional estão dispensados de adotar os livros Registro de Saída e de Apuração de ICMS para efeito de lançamento e apuração das operações fiscais de saídas constantes nas notas fiscais e/ou cupons fiscais emitidos, quando da sua tributação devido, que se opera através do recolhimento do ICMS – SIMPLES NACIONAL declarado no programa gerenciador do PGDAS.

Diante deste cenário, entendo pela improcedência desta acusação.

No que tange ao mérito das acusações e das considerações tecidas pelo nobre relator do voto originário, acompanho-as em todos os seus termos, daí porque mantenho parcialmente procedente a ação fiscal.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a decisão proferida pela primeira instância, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000397/2018-04 (fls. 6/11), lavrado em 17/04/2018, contra a empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS BONFIM LTDA (CCICMS nº 16.195.272-0), declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 68.133,08 (sessenta e oito mil, cento e trinta e três reais e oito centavos)**, sendo R\$ 34.066,54 (trinta e quatro mil, sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c art. 160, I

c/fulcro no art. 646, IV, V e também em seu parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n.º 18.930/97 e R\$ 34.066,54 (trinta e quatro mil, sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), a título de multa por infração, arrimadas no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei n.º 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 113.331,47 (cento e treze mil, trezentos e trinta e um reais e quarenta e sete centavos)**, pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de janeiro de 2022.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora do Voto Divergente

