

PROCESSO Nº 0013802016-7

ACÓRDÃO Nº 0285/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: M & M DISTRIBUIDORA DE EQUIPAMENTOS DE SOM E COMPONENTES LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ALHANDRA.

Autuante: FERNANDO JOSÉ CRUZ CORDEIRO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. NÃO RECONHECIDA. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. INFRAÇÕES COMPROVADAS EM PARTE. INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (ESTOURO DE CAIXA). DENÚNCIAS CARACTERIZADAS. ALTERADA DECISÃO SINGULAR QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção, “juris tantum”, da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual. “In casu”, o sujeito passivo apresentou provas materiais que afastaram parte da acusação inserta na inicial.*

- *A verificação direta de saldo credor na Conta Caixa, à luz da documentação apresentada pelo contribuinte em um exercício, bem como os saldos credores observados na sua reconstituição de outro exercício, caracterizaram a figura do estouro de caixa, levando à presunção legal, relativa, da ocorrência de pagamentos realizados com receitas marginais, decorrentes de vendas omitidas.*

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 voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, e alterar, quanto aos valores, a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002490/2015-00, lavrado em 30/12/2015, contra a empresa M & M DISTRIBUIDORA DE EQUIPAMENTOS DE SOM E COMPONENTES LTDA., inscrição estadual nº 16.178.295-7, já qualificados nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 250.983,64** (duzentos e cinquenta mil, novecentos e oitenta e três reais e sessenta e quatro centavos), sendo **R\$ 125.491,82** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e noventa e um reais e oitenta e dois centavos) **de ICMS**, por infringência ao art. 158, I, art. 160, I, c/fulcro no art. 646, e art. 646, I, “a”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº

18.930/97, e **R\$ 125.491,82** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e noventa e um reais e oitenta e dois centavos) **de multa por infração**, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

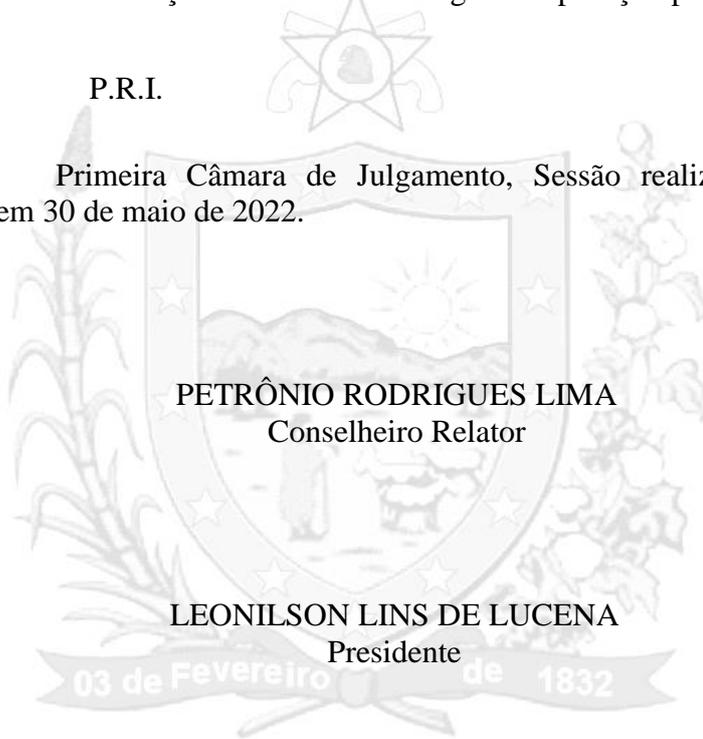
Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor de R\$ 53.947,92 (cinquenta e três mil, novecentos e quarenta e sete reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 26.973,96 (vinte e seis mil, novecentos e setenta e três reais e noventa e seis centavos) de ICMS, e R\$ 26.973,96 (vinte e seis mil, novecentos e setenta e três reais e noventa e seis centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Ressalvo que deve ser observado os lançamentos já quitados pelo contribuinte, conforme consta no Sistema ATF desta Secretaria, e comprovantes às fls. 171 a 179 dos autos.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de maio de 2022.



PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
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 LEONARDO DO EGITO PESSOA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 0013802016-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: M & M DISTRIBUIDORA DE EQUIPAMENTOS DE SOM E COMPONENTES LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ALHANDRA.

Autuante: FERNANDO JOSÉ CRUZ CORDEIRO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. NÃO RECONHECIDA. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. INFRAÇÕES COMPROVADAS EM PARTE. INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (ESTOURO DE CAIXA). DENÚNCIAS CARACTERIZADAS. ALTERADA DECISÃO SINGULAR QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção, “juris tantum”, da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual. “In casu”, o sujeito passivo apresentou provas materiais que afastaram parte da acusação inserta na inicial.*

- *A verificação direta de saldo credor na Conta Caixa, à luz da documentação apresentada pelo contribuinte em um exercício, bem como os saldos credores observados na sua reconstituição de outro exercício, caracterizaram a figura do estouro de caixa, levando à presunção legal, relativa, da ocorrência de pagamentos realizados com receitas marginais, decorrentes de vendas omitidas.*

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso voluntário*, interposto nos termos do artigo 77, da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002490/2015-00, lavrado em 30/12/2015, em desfavor da empresa M & M DISTRIBUIDORA DE EQUIPAMENTOS DE SOM E COMPONENTES LTDA., inscrita no CCICMS-PB nº 16.178.295-7, no qual 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 serviços tributáveis sem pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

0560 - INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (ESTOURO DE CAIXA). >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamentos c/recursos advindos de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, evidenciada pela insuficiência de recursos (estouro de caixa).

0002 - INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (ESTOURO DE CAIXA). >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamentos c/recursos advindos de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, evidenciada pela insuficiência de recursos (estouro de caixa).

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário, considerou haver o contribuinte infringido os seguintes dispositivos: Art. 158, I, Art. 160, I, c/fulcro no Art. 646 e art. 646, I, “a”, todos do RICMS/PB. Foi constituído, assim, um crédito tributário no importe de R\$ 304.931,56 (trezentos e quatro mil, novecentos e trinta e um reais e cinquenta e seis centavos), sendo R\$ 152.465,78 (cento e cinquenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e setenta e oito centavos) de ICMS e R\$ 152.465,78 (cento e cinquenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e setenta e oito centavos) a título de multas por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Demonstrativos fiscais e provas documentais instruem os autos às fls. 3 a 39.

Cientificada da ação fiscal por via postal, com Aviso de Recebimento recepcionado em 15/9/2016, fl. 59, a autuada apresentou reclamação tempestiva, protocolada em 13/10/2016, fls. 62 a 65, e documentos anexos às fls. 66 a 119, trazendo, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- que sobre a acusação de notas fiscais de entrada não registradas, informa que algumas notas fiscais estão devidamente lançadas, como também existem são aquisições de consumo do estabelecimento;
- que existem outras notas fiscais que foram anuladas, diante da emissão de documentos pelos fornecedores, situação ocorrida entre os meses de abril de 2011 a dezembro de 2012, não cabendo a cobrança de ICMS;
- que no tocante a acusação de insuficiência de caixa, aduz que não encontrou estouro de caixa, exceto no mês de junho de 2011, conforme demonstrativos apresentados, requerendo a anulação parcial do Auto de Infração.

Com informação de antecedentes fiscais, fl. 120, mas sem caracterização de reincidência, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela *procedência parcial* do feito fiscal, fls. 124 a 132, condenando o contribuinte ao crédito tributário no valor de R\$ 290.424,70, sendo R\$ 145.212,35 de ICMS e R\$ 145.212,35 de multa por infração, proferindo a seguinte ementa:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PARCIALIDADE. INSUFICIÊNCIA DE CAIXA. ARGUMENTOS NÃO COMPROVADOS.

- 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. "In casu", comprovou-se a parcialidade da acusação diante da constatação de registro de parte das notas fiscais apuradas e de devoluções de mercadorias comprovadas, mediante provas documentais acolhidas.

- Cabe a exigência tributária formulada pela acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis através da constatação de insuficiência de caixa, ante a falta de argumentos e provas materiais capazes de elidir a irregularidade fiscal apurada.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificada da decisão de primeira instância por DTe em 20/12/2019, fl. 135, a autuada protocolou recurso voluntário, em 21/1/2020, fls. 137 a 155, com anexos às fls. 156 a 194.

No seu recurso, após demonstrada a tempestividade da apresentação de sua peça recursal, e uma breve exposição dos fatos, expõe, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- cita trechos da decisão monocrática, e, dentre elas, alega cerceamento do direito de defesa em razão de citação de folhas inexistentes nos autos, que se refere a partes de sua defesa, em relação ao seguinte parágrafo:

“ Pois bem, diante dos fatos e provas carreadas pela defendente, necessário foi a tomada de análise dos fatos apresentados pela defesa, onde o desfecho da medida motivou razão para acolhimento, em parte, da douta tese de defesa, haja vista a confirmação de lançamento de parte das notas fiscais tidas como não lançadas, sendo excluídos os documentos fiscais de entrada indevidamente apurados, restando parte da exigência fiscal, conforme relatório e demonstrativos fiscais inseridos às fls. 585 a 616 dos autos.”

- apesar de o julgador singular ter excluído parte das notas fiscais denunciadas, não teria sido observado com mais ênfase as razões de sua defesa;

- quanto a Nota Fiscal nº 510, 717.243, 724.113 e 256, anexo II do recurso voluntário, reconhece a falta de seus lançamentos de forma que foi efetuado o recolhimento do imposto, comprovantes constantes no anexo II;

- a Nota Fiscal de entrada nº 04542 do fornecedor corresponde a sua nota fiscal de saída nº 04378, anulando a operação;

- a Nota Fiscal nº 051285, de operação por Conta e Ordem de Terceiros, corresponde à operação de venda registrada na folha 2 do Livro Registro de Entradas do mês de dezembro/2011;

- que as mercadorias referentes à Nota Fiscal nº 17.466 foram devolvidas, conforme NF nº 19.440, anulando a operação;

- que a Nota Fiscal nº 32.307, fl. 105, teve a operação anulada pela NF nº 34.595;

- as Notas Fiscais nºs 013 e 0125 não se encontram nos autos, sendo caracterizado cerceamento;

- a Nota Fiscal nº 134.685, fls. 117 e 118, é sobre saída por conta e ordem de terceiros, corresponde à Nota Fiscal nº 115.291, referente à operação de venda está registrada no Livro Registro de Entradas no mês de dezembro/2012;

- que o julgador singular deixou de observar os períodos decaídos do exercício de 2011 nas duas acusações;

- quanto à segunda acusação, estouro de caixa, que caberia ao Fisco provar o alegado;

- que os CFOP's são imprescindíveis para identificação das operações, se de entrada ou saídas, se de retorno ou de remessa, se de venda ou cancelamento;

- que os produtos adquiridos estão sujeitos ao pagamento do ICMS por substituição tributária, encerrando a fase de tributação;

- que era detentora de TARE 2011.000009 vigente até 31/5/2013, em que o recolhimento e obrigações eram através de suas cláusulas;

- o Levantamento Conta Fornecedores – 2011 e 2012, não tem como prosperar a correspondente infração, pois teria que identificar todas as faturas/duplicatas;

- que as compras a fornecedores só foram efetuadas a partir do mês de março de 2011, não havendo estouros de caixa, cuja situação fora criada pelo fiscal autuante;

- que a defendente não era obrigada a manter escrita contábil regular, apenas cumprir as obrigações do TARE;

- o julgador singular não teria examinado com zelo suficiente para elucidação dos fatos e promover a justiça fiscal;

- que a recorrente não contrariou nem violou as disposições legais, restando evidente a inexistência de quaisquer infrações à legislação tributária estadual vigente;

- ao final requer a reforma da decisão singular, para improcedência do feito fiscal, com o acolhimento das provas apresentadas.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram estes distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002490/2015-00, lavrado em 30/12/2015, contra a empresa M & M DISTRIBUIDORA DE EQUIPAMENTOS DE SOM E COMPONENTES LTDA., qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado, cuja atividade econômica principal “comércio atacadista de aparelhos eletrônicos de uso pessoal e doméstico” e, como atividades secundárias “comércio varejista especializado de instrumentos musicais e acessórios” e “comércio por atacado de peças e acessórios novos para veículos automotores”

Importa declarar que a peça recursal apresentada atendeu ao pressuposto extrínseco da tempestividade, previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Antes da análise de mérito, mister se faz examinar uma preliminar de nulidade suscitada pela recorrente, bem como as formalidades obrigatórias exigidas por lei, inerentes ao Processo Administrativo Tributário.

A recorrente suscita que teria ocorrido a prática de cerceamento do direito de defesa, no texto desenvolvido pelo julgador singular em sua decisão, por equívoco na numeração das folhas. Vejamos o texto questionado:

“ Pois bem, diante dos fatos e provas carreadas pela defendente, necessário foi a tomada de análise dos fatos apresentados pela defesa, onde o desfecho da medida motivou razão para acolhimento, em parte, da douda tese de defesa, haja vista a confirmação de lançamento de parte das notas fiscais tidas como não lançadas, sendo excluídos os documentos fiscais de entrada indevidamente apurados, restando parte da exigência fiscal, conforme relatório e demonstrativos fiscais inseridos às fls. 585 a 616 dos autos.”

O questionamento foi de que não existe as folhas nºs 585 a 616, e por esta razão alega cerceamento de defesa. Ora, o texto supra se refere à exclusão da acusação de parte das notas fiscais, cujos fundamentos foram trazidos pela própria defesa, em que o julgador singular verificou os devidos registros das notas fiscais questionadas, apontando-as em sua decisão. É patente que houve um mero equívoco na numeração das folhas dos autos pelo julgador singular, cujo texto analisa a reclamação trazida pela própria Impugnante, não havendo lógica ou fundamento para alegação de cerceamento do direito de defesa.

No caso em tela, entendo que não houve característica de nenhuma violação aos direitos de defesa do contribuinte. Tanto na impugnação quanto no seu recurso voluntário, o sujeito passivo rebate as questões de mérito de forma plena, havendo a perfeita compreensão das acusações que lhe foram impostas, não havendo prejuízo em qualquer momento processual, para declaração da nulidade pretendida.

Vejamos o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, o princípio da “*pas de nullité sans grief*”, que exige a respectiva comprovação do prejuízo para que seja declarada nulidade do processo, aplica-se também à esfera administrativa, como se observa:

“ADMINISTRATIVO -SERVIDOR PÚBLICO -PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR -COMPETÊNCIA -INSTAURAÇÃO DAÇÃO DISCIPLINAR E APLICAÇÃO DA PENA -DELGAÇÃO -LEGALIDADE -ANULAÇÃO DE ATO PROCESUAL -AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO -PREJUÍZO -PROCESSO CRIMINAL -SUPENSÃO CONDICIONAL -SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINISTRATIVO -DESNECSIDADE -INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA EPENAL -PRECEDENTES -RECURSO DESPROVIDO.

I -omissis

I -Aplicável à espécie o princípio do “pas de nullité sans grief”, tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, que não ocorreu no presente caso.

III e IV –*omissis*.

V -Recurso conhecido e desprovido." (STJ. RMS 18.8/GO, 5ªT., Min. Gilson Dip, DJde 29.05206) *grifamos*

Ademais, verifico, em detrimento das pretensões da recorrente, que o lançamento de ofício em questão está de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidades considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, visto que este observa as especificações previstas na legislação de regência (art. 142 do CTN), inclusive no que concerne aos elementos necessários à perfeita identificação da pessoa do infrator e a natureza da infração. Portanto, sob o aspecto formal, revela-se regular o lançamento de ofício em tela.

DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA

Alega a recorrente que o julgador singular não observou que havia períodos decaídos no exercício de 2011.

Pois bem. Vislumbra-se no lançamento inicial que não há períodos alcançados pela decadência tributária, considerando que este foi decorrente de omissão de vendas pretéritas pelo contribuinte, sem pagamentos ou lançamentos para ser homologado, como pretendido pela recorrente, de forma que a contagem do prazo decadencial deve obedecer aos termos do art. 173, I, do CTN¹.

Assim como estabelece a Súmula nº 01 desta Egrégia Corte de Julgamento, aprovada pela Portaria nº 311/2019, publicada no Diário Oficial eletrônico da SEFAZ/PB, em 19/11/2019, abaixo citada:

DECADÊNCIA

SÚMULA 01 - Quando não houver declaração de débito, o prazo decadencial, para o Fisco constituir o crédito tributário, conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos de lançamento por homologação.

Destarte, para as infrações por omissão ocorridas no exercício de 2011, o Estado teria até 31/12/2016 para a constituição do crédito tributário, e considerando que a ciência da autuação pelo contribuinte ocorrera em 15/9/2016, não há o que se falar em decadência tributária no presente contencioso.

Vencida a análise desta prejudicial de mérito, passo a análise deste.

Antes, porém, é de bom alvitre esclarecer que o TARE nº 2011.000009, mencionado pela recorrente, trata-se da atribuição da empresa como sujeito passivo por substituição tributária, apenas para o seguimento de vendas de peças automotivas, pelo seu recolhimento com utilização de crédito presumido, por ocasião de suas entradas, restando este exógeno à matéria tratada no presente contencioso, que se refere à infração por omissão pretérita de mercadorias tributáveis, e não por falta ou irregularidade no recolhimento de ICMS-ST.

¹ CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (g.n.)

1ª ACUSAÇÃO: 0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.

A irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros fiscais próprios, em períodos entre abril de 2011 a dezembro de 2012, conforme a inicial e as planilhas demonstrativas que instruem o processo (fls. 37 e 38) e que verifico se tratar de Notas Fiscais eletrônicas. Esta conduta omissiva fez surgir a *presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º 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.

RICMS/PB:

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;

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

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;

Diante do que estabelece a norma acima citada, cabe ao contribuinte as provas da improcedência da presunção de omissões de vendas, contrariando seu entendimento, inclusive é matéria já sumulada por esta Corte, por meio da Súmula nº 02. Vejamos:

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.

Inicialmente, a recorrente reconhece a infração inerente às Notas Fiscais nºs 510, 717.243, 724.113 e 256, realizando os pagamentos dos respectivos créditos tributários, conforme DAR's e comprovantes às fls.171 a 179.

Portanto, considera-se o lançamento ora em questão não litigioso, implicando a confissão irretratável do sujeito passivo, nos termos do art. 51², da Lei nº 10.094/13, e sua extinção definitiva, nos moldes do art. 156, I, do CTN³, em razão de sua quitação.

Ademais, alega que Nota Fiscal nº 04542, emitida em 1º/7/2011, é de entrada do fornecedor, e corresponde a anulação da nota fiscal de saída nº 04378, emitida em 16/6/2011. De fato, a NF nº 4542 é um documento de entrada emitido pelo fornecedor, com natureza da operação “OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA” devendo este ser excluído da denúncia, conforme se verifica no DANFE juntado à fl. 160. Entretanto não há nenhuma indicação que este se refere a anulação da NF nº 4378, devendo a denúncia desta ser mantida, fl. 159.

Com relação à Nota Fiscal nº 51285, fl. 161, corresponde à operação de remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiro, relacionada ao documento fiscal de venda nº 77.034, este registrado em dezembro de 2011 na EFD, portanto sem repercussão tributária devendo aquela ser excluída da denúncia, inerente à obrigação principal.

Também demonstra a recorrente, que a Nota Fiscal nº 134685 é de remessa de mercadorias por conta e ordem, tendo a correspondente Nota Fiscal de vendas nº 115291 devidamente registrada na sua EFD de dezembro de 2012, não havendo repercussão tributária, devendo àquela também ser excluída da denúncia ora em questão.

No tocante à Nota Fiscal nº 17466, alega a recorrente que teria sido anulada a operação de vendas, pela devolução de suas mercadorias por meio da NF nº 19440, de entrada do fornecedor, conforme se verifica no corpo do DANFE anexo à fl. 164. Da mesma forma a NF 32307, fl. 105, teve sua operação anulada pela NF nº 34595, conforme DANFE anexo à fl. 168. Portanto devem ser excluídas da denúncia as NFs nºs 17466 e 32307.

Quanto as Notas Fiscais nºs 013 e 0125, alega a recorrente não estarem nos autos, contudo, tiveram seu reconhecimento como não lançadas expressamente na peça de defesa, fl. 63, bem como a NF nº 1232, devendo estas serem mantidas na denúncia.

Verificado já na primeira instância os devidos lançamentos no Livro de Registro de Entradas das Notas Fiscais nºs 4380, 13525, 73232, 5497 e 99310, devendo estas também serem excluídas da acusação.

Alega ainda em sua defesa, que as informações inerentes aos CFOP's das operações mercantis, seriam imprescindíveis para identificar sua modalidade, se seriam de entrada, saída, retorno, venda, o que sugeriria cerceamento do direito de defesa. Este argumento é ineficaz, pois o contribuinte tem acesso e conhecimento das próprias notas fiscais eletrônicas denunciadas, tanto que trouxe aos autos todos os DANFES impressos, necessários para compor materialmente seus argumentos de defesa.

² Art. 51. São Processos Administrativos Tributários não contenciosos os decorrentes de lançamentos constituídos por intermédio de:
I - Auto de Infração com crédito tributário não impugnado no prazo regulamentar, quitado ou parcelado na sua totalidade, observado o direito de interposição de recurso de agravo;
II - Representação Fiscal.

³ Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
I - o pagamento;

Pois bem. Após a análise supra, devem ser excluídas da denúncia inserta na inicial as notas fiscais, e os correspondentes créditos tributários, conforme quadro resumo abaixo:

Notas Fiscais excluídas da denúncia conforme justificativas acima					
Período	Nota Fiscal	Valor	ICMS	MULTA	TOTAL
jun/11	4380	5.640,39	958,87	958,87	1.917,73
set/11	13525	2.606,94	443,18	443,18	886,36
dez/11	51285	10.474,00	1.780,58	1.780,58	3.561,16
	17466	75.300,39	12.801,07	12.801,07	25.602,13
jul/12	5497	2.214,10	376,40	376,40	752,79
	73232	8.905,79	1.513,98	1.513,98	3.027,97
	32307	17.043,74	2.897,44	2.897,44	5.794,87
ago/12	99310	23.300,00	3.961,00	3.961,00	7.922,00
dez/12	134685	13.185,00	2.241,45	2.241,45	4.482,90
Crédito tributário a excluir			26.973,96	26.973,96	53.947,92

Diante da materialidade dos fatos, conforme as provas materiais apresentadas pelo sujeito passivo, deve ser dado parcial provimento ao recurso voluntário, alterando a decisão monocrática, quanto aos valores.

2ª e 3ª ACUSAÇÕES: 002 e 560 - INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (estouro de caixa)

Trata-se também da acusação de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, evidenciada pela detecção de insuficiência de caixa, também conhecido como “estouro de caixa”, nos meses de junho de 2011, maio a dezembro de 2012.

Tal delação tem por fundamento a presunção *juris tantum* de que pagamentos de despesas se deram por meio de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646, I, “a”, do RICMS/PB, *in verbis*:

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.)

Da mesma forma que na acusação analisada anteriormente, são afrontados os artigos 158, I e 160, I, do supracitado regulamento, *in verbis*:

“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”.

É cediço que o Caixa é conta de natureza devedora. O saldo sendo credor nesta conta (estouro de caixa) é uma anomalia que sugere que o contribuinte efetuou pagamentos sem saldo na conta regularmente contabilizada. Ou seja, a ocorrência de saldo credor indica pagamentos promovidos com recursos que não passaram pela Conta Caixa

A Fiscalização apresentou à fl. 9 o Levantamento da Conta Caixa, conforme os balancetes do exercício de 2011, em que apresenta saldo credor no mês de junho, reconhecido pelo contribuinte em sua impugnação, e reconstituído a Conta Caixa do exercício de 2012, fl. 12, de acordo com as irregularidades observadas à fl. 11, extraído dos balancetes contábeis mensais do sujeito passivo, cujos documentos instruem os autos às fls. 14 a 26, evidenciando, após a sua reconstituição, saldos credores nos meses de maio, junho, julho, outubro, novembro e dezembro, o que motivou a autuação em tela.

O levantamento supra foi com base na análise da contabilidade da própria empresa, evidenciando a omissão de vendas, por presunção relativa, cabendo a ela a prova da improcedência da presunção, acima comentada, com base no Caput do art. 646 do RICMS/PB, e no art. 56 da Lei nº 10.094/13, citado pela própria recorrente.

O sujeito passivo não trouxe provas capazes de afastar a exigibilidade do crédito tributário constituído na inicial. Questionou o Levantamento da Conta Fornecedores apresentados às fls. 27 e 28, que não foram objetos de autuação, pois, como se observa, não houve diferenças tributáveis apuradas na análise destas Contas nos exercícios de 2011 e 2012. Alega ainda que o recolhimento do ICMS é regido pelo TARE, cujo argumento também é ineficaz, tendo em vista que não houve questionamento sobre seus recolhimentos mensais disciplinados pelo TARE, no presente Processo, e sim a caracterização de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, pelos procedimentos fiscais indicados na inicial.

Assim, com as correções acima evidenciadas, juntamente com os ajustes já devidamente realizados pelo julgador singular, deve o crédito tributário ficar constituído de acordo com a planilha resumo abaixo:

INFRAÇÃO	PERÍODO		ICMS 17%	MULTA 100%	TOTAL
INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (estouro de caixa)	01/06/2011	30/06/2011	767,13	767,13	1.534,26
	01/05/2012	31/05/2012	13.166,15	13.166,15	26.332,30

	01/06/2012	30/06/2012	8.323,93	8.323,93	16.647,86
	01/07/2012	31/07/2012	26.957,19	26.957,19	53.914,38
	01/10/2012	31/10/2012	23.717,49	23.717,49	47.434,98
	01/11/2012	30/11/2012	31.155,11	31.155,11	62.310,22
	01/12/2012	31/12/2012	18.377,05	18.377,05	36.754,10
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2011	30/04/2011	68,00	68,00	136,00
	01/05/2011	31/05/2011	30,60	30,60	61,20
	01/06/2011	30/06/2011	958,86	958,86	1.917,72
	01/09/2011	30/09/2011	-	-	-
	01/12/2011	31/12/2011	-	-	-
	01/03/2012	31/03/2012	1.892,61	1.892,61	3.785,22
	01/05/2012	31/05/2012	31,11	31,11	62,22
	01/07/2012	31/07/2012	15,30	15,30	30,60
	01/08/2012	31/08/2012	31,28	31,28	62,56
	01/12/2012	31/12/2012	-	-	-
CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO			125.491,82	125.491,82	250.983,64

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, e alterar, quanto aos valores, a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002490/2015-00, lavrado em 30/12/2015, contra a empresa M & M DISTRIBUIDORA DE EQUIPAMENTOS DE SOM E COMPONENTES LTDA., inscrição estadual nº 16.178.295-7, já qualificados nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 250.983,64** (duzentos e cinquenta mil, novecentos e oitenta e três reais e sessenta e quatro centavos), sendo **R\$ 125.491,82** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e noventa e um reais e oitenta e dois centavos) **de ICMS**, por infringência ao art. 158, I, art. 160, I, c/fulcro no art. 646, e art. 646, I, “a”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 125.491,82** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e noventa e um reais e oitenta e dois centavos) **de multa por infração**, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor de R\$ 53.947,92 (cinquenta e três mil, novecentos e quarenta e sete reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 26.973,96 (vinte e seis mil, novecentos e setenta e três reais e noventa e seis centavos) de ICMS, e R\$ 26.973,96 (vinte e seis mil, novecentos e setenta e três reais e noventa e seis centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Ressalvo que deve ser observado os lançamentos já quitados pelo contribuinte, conforme consta no Sistema ATF desta Secretaria, e comprovantes às fls. 171 a 179 dos autos.

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

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de maio de 2022.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

