

PROCESSO Nº 1719442015-5

ACÓRDÃO Nº 0483/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MARIA JOSÉ CÂMARA DA FONSECA

Advogado: Sr.º EDUARDO SÉRGIO CABRAL DE LIMA, inscrito na OAB/PB Nº 9049 E OUTROS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ARARUNA

Autuante: JOSÉ MIZAEEL DE SOUSA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *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 caso dos autos, tal presunção foi elidida, em parte, pelo sujeito passivo.*

- *Correção dos lançamentos, pelo próprio fiscal autuante, em virtude de equívocos na alocação das despesas (folha de pagamento e energia elétrica) no levantamento financeiro dos exercícios de 2010 a 2013.*

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 *desprovidimento*, a fim de manter a sentença exarada na instância monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento e o Termo Complementar de Infração nº 93300008.09.00002366/2015-45, lavrados em 16/12/2015 e 29/12/2015, respectivamente, em desfavor da empresa MARIA JOSÉ CÂMARA DA FONSECA, CCICMS: 16.088.160-9, declarando como devido o crédito tributário no valor total de R\$ 77.516,50 (setenta e sete mil, quinhentos e dezesseis reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 38.758,25 (trinta e oito mil, setecentos e cinquenta e oito reais e vinte e cinco centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; e 160, I, c/c o parágrafo único do art. 646 todos do RICMS-PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97 e R\$ 38.758,25 (trinta e oito mil, setecentos e cinquenta e oito reais e vinte e cinco centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, "f" da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 11.024,64 (onze mil, vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos).

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, com observação do comando do art. 11, §9º da Lei nº 10.094/2013, uma vez que o contribuinte está com situação cadastral baixada desde 23/10/2018.

P.R.I.

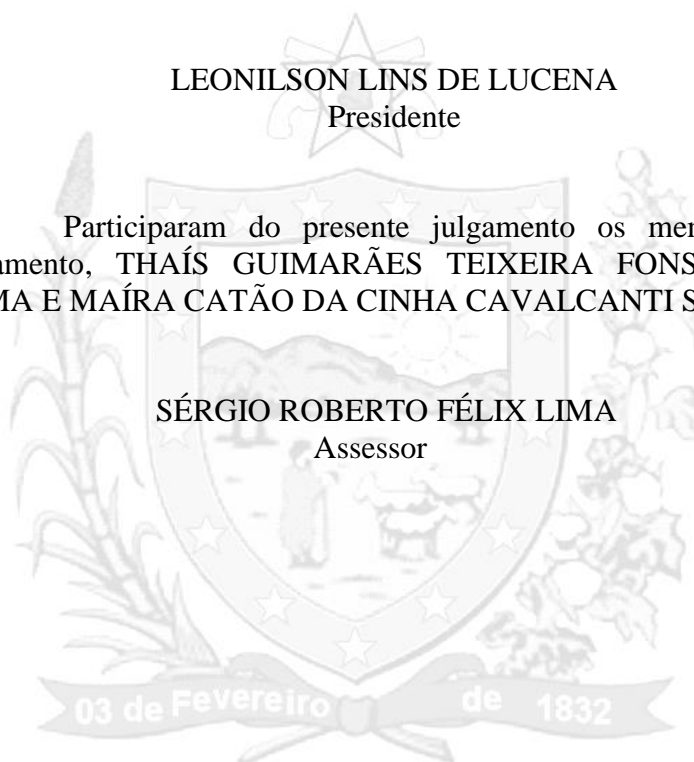
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de setembro de 2021.

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**, **PETRÔNIO RODRIGUES LIMA** E **MAÍRA CATÃO DA CINHA CAVALCANTI SIMÕES**.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 1719442015-5

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MARIA JOSÉ CÂMARA DA FONSECA

Advogado: Sr.º EDUARDO SÉRGIO CABRAL DE LIMA, inscrito na OAB/PB Nº 9049 E OUTROS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ARARUNA

Autuante: JOSÉ MIZAEEL DE SOUSA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- 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 caso dos autos, tal presunção foi elidida, em parte, pelo sujeito passivo.

- Correção dos lançamentos, pelo próprio fiscal autuante, em virtude de equívocos na alocação das despesas (folha de pagamento e energia elétrica) no levantamento financeiro dos exercícios de 2010 a 2013.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002366/2015-45, às fls. 03, lavrado em 16 de dezembro de 2015 e o TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO, lavrado em 29 de dezembro de 2015 (fls. 11), em desfavor do contribuinte MARIA JOSÉ CÂMARA DA FONSECA, inscrição estadual nº 16.088.160-9, cuja denúncia transcrevo abaixo:

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 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, parágrafo único, todos do RICMS/PB, com proposição da penalidade prevista no artigo

82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, exigindo, no auto de infração principal o ICMS no valor de R\$ 33.180,28, com propositura de multa na importância de R\$ 33.180,28, enquanto o auto de termo complementar de infração exigiu o ICMS no valor de R\$ 11.090,42, com propositura de multa na importância de R\$ 11.090,42.

Documentos instrutórios às fls. 04 a 253, dos quais destaco: Nota Explicativa (fls. 04), levantamento financeiro dos exercícios 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014 (fls. 6 a 10), termo complementar de infração (fls. 11), cópia do pedido de baixa (fls. 13 a 26).

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 25 de outubro de 2017.

Notificado pessoalmente desta ação fiscal em 29 de dezembro de 2015 e do Termo Complementar de Infração em 07 de janeiro de 2016, o acusado interpôs petição reclamatória, às fls. 254 a 270, dos autos, alegando, em síntese, o que passo a apresentar:

- Que o Auto de Infração deve ser considerado nulo em virtude da houve falta de descrição da falta cometida pelo contribuinte com o respectivo montante;
- Que não foram apresentadas provas que justifiquem a realização do termo complementar de infração;
- Que a alteração do ato administrativo deve obedecer ao comando normativo contido nos arts. 145, 146 e 149 do CTN;
- Que a multa aplicada deveria ser a prevista no inciso II, alínea “b” do art. 82.

Por fim, requer que seja decretada a inexistência de débito de ICMS e, por conseguinte, pela nulidade do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002366/2015-45.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 274), foram os autos conclusos (fls. 275) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS –
LEVANTAMENTO FINANCEIRO – INFRAÇÃO CONFIGURADA

- Diferença tributável apurada por meio do Levantamento Financeiro caracteriza a presunção legal de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto.
- Correção do lançamento em virtude de equívocos da alocação das despesas (folha de pagamento e energia elétrica) no levantamento financeiro dos exercícios de 2010 a 2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Com os ajustes, o crédito tributário restou constituído no montante de 77.516,50 (setenta e sete mil, quinhentos e dezesseis reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 38.758,25 de ICMS e igual valor de multa por infração.

Cientificada da decisão de primeira instância de forma pessoal em 11/07/2019 (fls. 284), a autuada, por intermédio de advogado legalmente constituído (fls. 301), apresentou em 12 de agosto de 2019, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 286 a 300), onde expôs as seguintes alegações:

1.- Preliminarmente

1.1.- As presunções de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis de que tratam os §§ 8º e 9º, do artigo 3º, da Lei nº 6.379/96, e reproduzidos pelo artigo 646 e seu parágrafo único do RICMS/PB, constituem situações de fundada suspeita de que os documentos e livros fiscais não refletem o valor real da operação ou da prestação, dando ensejo, obrigatoriamente, ao arbitramento da base de cálculo;

1.2.- Aduz ainda que o auto de infração é nulo, tendo em vista que o levantamento financeiro realizado pela autoridade fiscal não levou em consideração a diferença tributável verificada no levantamento da conta mercadorias, confirmando que as diferenças encontradas no levantamento financeiro não são tributáveis. Informa ainda que no caso dos autos, o levantamento da conta mercadorias sequer foi elaborado, prejudicando de morte o procedimento de levantamento financeiro levado a efeito.

2.- No Mérito

- Deixou de apresentar defesa de mérito com relação a acusação em tela.

Com base nas considerações acima, a recorrente requer:

- O recebimento e processamento do presente recurso, julgando pelo seu total provimento, de modo a alterar a decisão recorrida para reconhecer a nulidade argüida de modo a extinguir o crédito fiscal por inteiro;

- Que todas as intimações e notificações deste processo sejam endereçadas ao escritório dos Advogados procuradores da recorrente, com endereço a Av. João Machado, nº 553 (Edf. Plaza Center) – Sala 102, Centro, João Pessoa/PB, CEP 58.013-520, conforme instrumento procuratório anexado ao processo.

Remetidos os autos ao Conselho de Recursos Fiscais, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Com pedido de sustentação oral, requerido na própria peça recursal (fls. 298), foi emitida solicitação de parecer (fls. 304/305), com expedição do mesmo pelo assessor jurídico da Casa, doutor Sérgio Roberto Félix Lima (fls. 306/311).

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002366/2015-45, lavrado em 16 de dezembro de 2015 e o TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO, lavrado em 29 de dezembro de 2015 (fls. 11), 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.

Inicialmente, cumpre-me declarar que 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: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN, *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.

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

Na sequência, passemos a análise do mérito, não sem antes analisarmos às preliminares argüidas pela recorrente.

1.- DAS PRELIMINARES SUSCITADAS

1.1- Da Obrigatoriedade do Arbitramento da Base de Cálculo nos Casos de Presunções Legais

Em sede de preliminar, a recorrente, após uma breve síntese da autuação, argui a nulidade do Auto de Infração. Segundo a defesa, as hipóteses presuntivas de incidência do imposto (art. 3º, §§8º e 9º da LICMS/PB), dentre elas a constatação de que os desembolsos são superiores às receitas/ingressos da empresa contribuinte, constitui uma evidente inidoneidade, vale dizer, não merecimento de fé contábil fiscal as declarações prestadas pelo contribuinte, que na própria linguagem da legislação estadual, obrigam a realização do arbitramento por parte da fiscalização.

Para embasar o argumento esposado, a defesa se socorre dos artigos 19 e 24 do RICMS/PB¹, cujo teor reproduzo a seguir:

Art. 19. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé às declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Art. 24. Nos seguintes casos especiais o valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, sem prejuízo das penalidades cabíveis, observado o disposto no art. 19:

I - não exibição, à fiscalização, dentro do prazo da intimação, dos elementos necessários à comprovação do valor real da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

II - fundada suspeita de que os documentos e livros fiscais não refletem o valor real da operação ou da prestação;

III - declaração nos documentos fiscais, sem motivo justificado, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias ou dos serviços;

IV - transporte ou estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais.

Parágrafo único. Para arbitrar o valor das operações ou prestações, nas hipóteses deste artigo, a autoridade fiscal levará em conta um dos seguintes critérios:

I - o preço constante de pautas elaboradas pela Secretaria de Estado da Receita;

II - o preço corrente da mercadoria ou sua similar na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação, ou o preço FOB à vista da mercadoria, calculado para qualquer operação;

III - o preço de custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido do percentual nunca inferior a 30% (trinta por cento), para qualquer tipo de atividade, nos termos do Regulamento;

IV - o preço nunca inferior ao custo dos produtos fabricados ou vendidos, conforme o caso, nos termos do Regulamento, em se tratando de saída de mercadorias de estabelecimentos industriais;

V - o que mais se aproximar dos critérios previstos nos incisos anteriores, quando a hipótese não se enquadrar, expressamente, em qualquer um deles.

Com efeito, da leitura dos dispositivos acima, extrai-se, sem maiores esforços hermenêuticos, que o arbitramento da base de cálculo do ICMS somente pode ser convalidado quando atendidas as condições dispostas nos artigos 19 e 24 do RICMS/PB, já anteriormente transcritos.

Em apertada síntese, podemos inferir que se trata de medida excepcional, tendo espaço, tão somente, quando sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os

¹ Redações vigentes à época dos fatos geradores.

esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Pois bem. Não obstante a defesa afirmar que a autoridade fiscal deveria realizar o arbitramento da base de cálculo das operações presumidas com base nos critérios estabelecidos no parágrafo único do artigo 24 do RICMS/PB, entendemos que, no caso em apreço, tal recurso se mostra inaplicável.

Imperioso compreendermos que o arbitramento só se legitima quando os valores (ou os preços) sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Ora, resta evidenciado nos autos que o trabalho de auditoria desenvolvido pelo fiscal autuante, foi executado sobre os documentos e livros fiscais que lhe foram entregues pelo contribuinte, conforme Termo de Início de Fiscalização (fls. 12), bem como sobre os dados deste, constantes da base de dados do Sistema ATF, precisamente em suas GIM's e Notas Fiscais Eletrônicas, documentos e arquivos estes dotados de validade jurídica e que serviram de base para a produção dos demonstrativos do Levantamento Financeiro dos exercícios de 2010 a 2014, inclusas nos caderno processual.

De mais a mais, é sempre oportuno esclarecer que, a partir dos elementos levados a efeito na montagem do demonstrativo que reflete a técnica de auditoria fiscal utilizada (Levantamento Financeiro), o procedimento restante consiste apenas numa operação aritmética de adição e subtração, ou seja, ao realizarmos o cotejamento entre as receitas e despesas nos períodos considerados, os valores das despesas apresentaram-se superiores as receitas, indicando uma diferença tributável.

Nessa situação, presumiu-se a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante aplicação do art. 646, do RICMS/PB. Eis a base da aplicação da presunção legal de omissão de saídas tributáveis.

Diante deste cenário, não caberia à fiscalização lançar mão de arbitramento, vez que ausentes as condições estabelecidas nos incisos do artigo 24 do RICMS/PB, pois, diferentemente do que afirma a recorrente, a denúncia não se constitui expressão de fundada suspeita de que os documentos fiscais não refletem o valor real da operação, o que afasta, *ipso facto*, a possibilidade de arbitramento, nos termos do art. 24, II, da RICMS/PB.

Por conseqüência, NÃO ACATAMOS a preliminar *sub examine*.

1.2- Da Nulidade pela Falta de Levantamento da Conta Mercadorias

Ainda em sede de preliminar, a recorrente defende a nulidade do auto de infração, porquanto o levantamento da conta mercadorias sequer foi elaborado, prejudicando de morte o procedimento de levantamento financeiro levado a efeito.

A análise da presente preliminar, não carece de maiores delongas, pois o agente fazendário não poderia agir de maneira diversa, sob pena de contrariar expressas disposições legais às quais está vinculado.

Não há como se extrair entendimento diverso daquele já consolidado em relação aos valores das vendas omitidas para efeito de aplicação das presunções relativas previstas no ordenamento jurídico do Estado da Paraíba. Da mesma forma que, no caso em

exame, a receita omitida identificada através do Levantamento Financeiro, é a diferença entre positiva entre o somatório das despesas e o total das receitas no período; no caso do não lançamento das notas fiscais de compras, a receita omitida corresponde aos valores das notas fiscais não lançadas; no caso do pagamento extra caixa, são os valores dos desembolsos não registrados no Caixa, etc.

Neste diapasão, carece de sustentação o argumento ventilado pela recorrente no sentido de que a falta de levantamento da Conta Mercadorias, prejudica de morte a aplicação da técnica do Levantamento Financeiro levado a cabo pelo fiscal autuante.

Com efeito, as duas técnicas (Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro), não obstante serem utilizadas com o fito de identificar omissões de saídas, têm alcances distintos.

Dito isto, o fato de não serem evidenciadas diferenças tributáveis nos levantamentos da Conta Mercadorias, ou melhor dizendo, sequer ter sido elaborado pela fiscalização, não invalida os resultados obtidos nos Levantamentos Financeiros elaborados pelo fiscal autuante. O que se extrai do artigo 643, §4º, do RICMS/PB, em verdade, é um comando dirigido à fiscalização para que, ao realizar o exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas jurídicas sujeitas à fiscalização, lance mão das técnicas de auditoria disponíveis, no sentido de verificar possíveis diferenças tributáveis.

Em razão do acima exposto, entendo pela improcedência da preliminar ora analisada.

2.- DO MÉRITO

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.

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. (grifos 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, após revisão realizada pelo próprio autor feito fiscal (fls. 04), concluiu que a totalidade dos recursos disponíveis pelo contribuinte, nos exercícios de 2011, 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.

Apesar de inconformada com a autuação, a recorrente em seu recurso não teceu quaisquer considerações sobre o mérito da questão, restando-me apenas o exame da regularidade do procedimento de apuração da falta.

Pois bem, é por demais sabido que o comando normativo insculpido no art. 646 acima mencionado, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis.

Inicialmente verifico que o diligente fiscal autuante após realizar criteriosa revisão de seus papéis de trabalho da fiscalização, identificou equívocos cometidos quando da alocação das despesas (folha de pagamento e energia elétrica) no Levantamento Financeiro, referentes aos exercícios de 2010 a 2013, razão pela qual providenciou os referidos ajustes, que consistiu na exclusão do crédito tributário no valor de R\$ 11.024,92, sendo R\$ 5.512,46 de Icms e R\$ 5.512,46 de multa por infração, referentes aos exercícios de 2010 e 2011 (ver tabela à fl. 04) e na lavratura de Termo Complementar de Infração (fl. 11) no valor total de R\$ 22.180,86, sendo R\$ 11.090,43 de Icms e R\$ 11.090,43 de multa por infração, referentes aos exercícios de 2012 e 2013, conforme novos demonstrativos do levantamento financeiro, anexo às folhas 08 e 09 dos autos.

Em razão dos ajustes realizados, o fiscal autuante fixou o novo crédito tributário da seguinte forma:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS -AUTO DE INFRAÇÃO	MULTA - AUTO DE INFRAÇÃO	CRÉDITO AUTO INFRAÇÃO	VALOR CORRIGIDO ICMS	VALOR CORRIGIDO MULTA	CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO
omissão de saídas de mercadorias tributáveis - levantamento financeiro	2010	R\$ 1.794,13	R\$ 1.794,13	R\$ 3.588,26	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00
	2011	R\$ 11.619,20	R\$ 11.619,20	R\$ 23.238,40	R\$ 7.900,87	R\$ 7.900,87	R\$ 15.801,74
	2012	R\$ 5.165,71	R\$ 5.165,71	R\$ 10.331,42	R\$ 14.352,47	R\$ 14.352,47	R\$ 28.704,94
	2013	R\$ 4.662,11	R\$ 4.662,11	R\$ 9.324,22	R\$ 6.565,78	R\$ 6.565,78	R\$ 13.131,56
	2014	R\$ 9.939,13	R\$ 9.939,13	R\$ 19.878,26	R\$ 9.939,13	R\$ 9.939,13	R\$ 19.878,26
Total		R\$ 33.180,28	R\$ 33.180,28	R\$ 66.360,56	R\$ 38.758,25	R\$ 38.758,25	R\$ 77.516,50

Em primeira instância, o n. julgador monocrático após análise dos autos e da impugnação apresentada pela defesa, assim se pronunciou:

“Deste modo, ante a inexistência de documentação apta a produzir os efeitos pretendidos pela defesa, é forçoso o reconhecimento do acerto da Fiscalização ao lançar os créditos tributários em decorrência do desequilíbrio entre os somatórios dos desembolsos e o somatório das receitas auferidas pela Reclamante”.

Pois bem, compulsando o caderno processual, verifica-se que a materialidade da acusação se encontra demonstrada através de vasto conteúdo probatório carreado aos autos pelo autor do feito fiscal, estando a acusação devidamente fundamentada e acompanhada dos elementos que comprovam os fatos sobre os quais se fundam.

Assim, sem reparos a fazer quanto à decisão de primeira instância, ratifico os termos da decisão recorrida que decidiu pela parcial procedência da acusação, por considerar que se procedeu conforme as provas dos autos e em consonância com a legislação tributária em vigor.

Quanto ao pedido para que as notificações e intimações sejam endereçadas ao patrono da recorrente, destacamos que, aos contribuintes que não mais se encontrem com inscrição estadual ativa, a Lei nº 10.094/13, em seu artigo 11, §10, atribui ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS a prerrogativa de indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes ao processo do qual seja parte.

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), encaminhado ao domicílio tributário do sujeito passivo, observados os §§ 2º, 9º e 10 deste artigo;

(...)

§ 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo. (g. n.)

Considerando que não há, nos autos, autorização expressa dos sócios neste sentido, indefiro o pedido.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, a fim de manter a sentença exarada na instância monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento e o Termo Complementar de Infração nº 93300008.09.00002366/2015-45, lavrados em 16/12/2015 e 29/12/2015, respectivamente, em desfavor da empresa MARIA JOSÉ CÂMARA DA FONSECA, CCICMS: 16.088.160-9, declarando como devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 77.516,50 (setenta e sete mil, quinhentos e dezesseis reais e cinquenta centavos)**, sendo R\$ 38.758,25 (trinta e oito mil, setecentos e cinquenta e oito reais e vinte e cinco centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; e 160, I, c/c o parágrafo único do art. 646 todos do RICMS-PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97 e R\$ 38.758,25 (trinta e oito mil, setecentos e cinquenta e oito reais e vinte e cinco centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, "f" da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 11.024,64 (onze mil, vinte e quatro reais e sessenta e quatro centavos)**.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, com observação do comando do art. 11, §9º da Lei nº 10.094/2013, uma vez que o contribuinte está com situação cadastral baixada desde 23/10/2018.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de setembro de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832