

PROCESSO Nº 1816822019-6

ACÓRDÃO Nº 0049/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: IGO IALLI LIMA PATRICIO

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: PEDRO BRITO TROVAO

Relatora: Cons^a. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTOS DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. DENÚNCIA CONFIGURADA. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS OPERAÇÕES DE SAÍDA. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL EVIDENCIADO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES REALIZADOS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MULTA RECIDIVA NÃO CONFIGURADA. ALTERADA DE OFÍCIO, QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO 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. No caso dos autos, não foram apresentadas provas negativas capazes de debelar a acusação fiscal.*

- *Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não está obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas. No caso dos autos, todavia, não há possibilidade de se refazer o feito dado que expirado o prazo decadencial para que a Fazenda Pública possa constituir o crédito tributário mediante novo lançamento.*

- *Constatado que os desembolsos foram superiores às disponibilidades auferidas, a legislação vigente autoriza a fiscalização a se valer da presunção juris tantum, arrimada no artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB, que prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. Ajustes realizados.*

- *Reincidências não caracterizadas, porquanto a sentença definitiva das infrações precedentes se dera em momento posterior aos períodos dos fatos geradores apontados no presente libelo basilar*

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

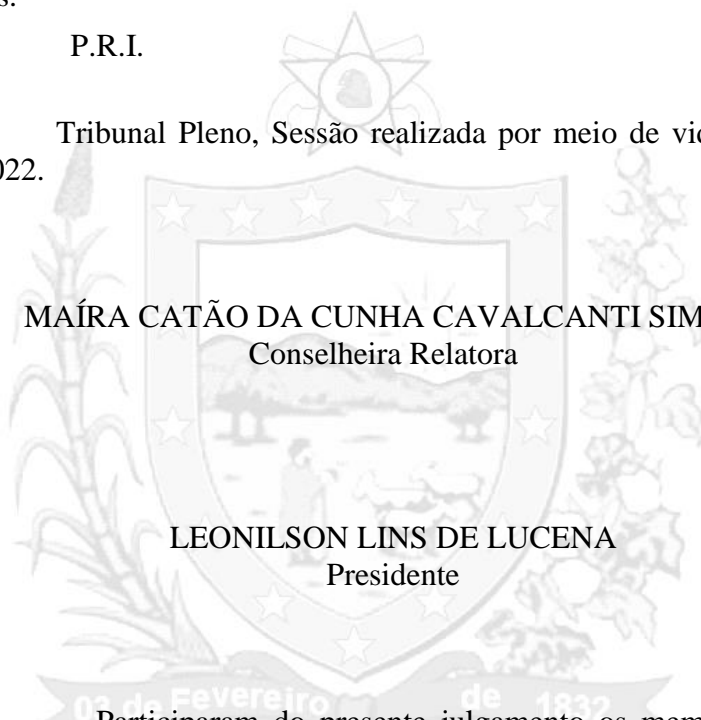
A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, alterando de ofício, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00003976/2019-90, lavrado em 3/12/2019, contra a empresa IGO IALLI LIMA PATRICIO, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.148.385-2, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 7.101.629,04 (sete milhões, cento e um mil, seiscentos e vinte e nove reais e quatro centavos) sendo R\$ 3.550.814,52 (três milhões, quinhentos e cinquenta mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, por infringência ao art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, nos arts. 9 e 10 da Res. CGSN 030/2008 e/ou art. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 3.550.814,52 (três milhões, quinhentos e cinquenta mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o montante de R\$ 1.967.650,80 (um milhão, novecentos e sessenta e sete mil, seiscentos e cinquenta reais e oitenta centavos) pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de janeiro de 2022.



MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LEONARDO DO EGITO PESSOA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, HEITOR COLLETT (SUPLENTE), LARISSA MENESES DE ALMEIDA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora

PROCESSO Nº 1816822019-6

RECURSO DE OFÍCIO

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

Recorrida: IGO IALLI LIMA PATRICIO

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ – CAMPINA GRANDE

Autuante: PEDRO BRITO TROVAO

Relatora: Cons^a. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTOS DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. DENÚNCIA CONFIGURADA. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS OPERAÇÕES DE SAÍDA. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL EVIDENCIADO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES REALIZADOS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MULTA RECIDIVA NÃO CONFIGURADA. ALTERADA DE OFÍCIO, QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO 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. No caso dos autos, não foram apresentadas provas negativas capazes de debelar a acusação fiscal.*

- *Contribuinte enquadrado como Simples Nacional não está obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas. No caso dos autos, todavia, não há possibilidade de se refazer o feito dado que expirado o prazo decadencial para que a Fazenda Pública possa constituir o crédito tributário mediante novo lançamento.*

- *Constatado que os desembolsos foram superiores às disponibilidades auferidas, a legislação vigente autoriza a fiscalização a se valer da presunção juris tantum, arrimada no artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB, que prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. Ajustes realizados.*

- *Reincidências não caracterizadas, porquanto a sentença definitiva das infrações precedentes se dera em momento posterior aos períodos dos fatos geradores apontados no presente libelo basilar*

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso de ofício*, interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003976/2019-90, lavrado em 03/12/2019, em desfavor da empresa, IGO IALLI LIMA PATRICIO, inscrição estadual nº 16.148.385-2, 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 prestações de

serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios;

0028 – NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter deixado 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.

0351 - 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.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 9.069.279,84 (nove milhões, sessenta e nove mil, duzentos e setenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), sendo R\$ 3.628.415,37 (três milhões, seiscentos e vinte e oito mil, quatrocentos e quinze reais e trinta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I c/c 160, I c/fulcro no art. 646 e § único, art. 106; art. 60, I, II c/c art. 277, todos do RICMS/PB, e nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res, CGSN nº 094/2011, R\$ 3.627.536,07 (três milhões, seiscentos e vinte e sete mil, quinhentos e trinta e seis reais e sete centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “F”, II, “b”, da Lei nº 6.379/96 e R\$ 1.813.328,40 (um milhão, oitocentos e treze mil, trezentos e vinte e oito reais e quarenta centavos) de multa recidiva.

Termos de Início e Encerramento de Fiscalização, Demonstrativos fiscais, notificações, Informativo Fiscal e provas documentais instruem o processo às fls. 5 a 27.

Cientificada da ação fiscal por via postal, fl. 28, a autuada apresentou reclamação tempestiva, protocolada em 13/01/2020, fl. 30, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos:

- i) Inexiste aspectos a questionar na acusação de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios, posto que todas as operações a ela relativas foram onerosas para a entidade, além do que não houve registro de notas fiscais canceladas, devoluções ou duplicidade;
- ii) Uma vez realizada a Escrituração Fiscal e Contábil do contribuinte, relativa aos exercícios apurados, com base em dados reais, obtidos junto ao Sistema ATF, foram observadas algumas divergências, estas relativas aos valores das Vendas de Mercadorias nos Exercícios apurados, Compras de Mercadorias no Exercício e Despesas com Impostos (ICMS), bem como ausência do montante inerente às Devoluções de Mercadorias do período, constatado por meio da EFD após importação das notas fiscais em arquivos XML do Sistema ATF da SER/PB;
- iii) Alega decadência do crédito tributário constituído, conforme preconiza o art. 150, §4º do CTN;

iv) Havendo inobservância da boa-fé por parte do contribuinte e da verdade material, é notório que na dúvida, deverá ser aplicado o *in dubio pro* contribuinte, nos termos do artigo 112 do CTN.

Ao final, requer sejam julgados totalmente improcedente os supostos atos inflacionários alegados pelo fisco no auto de infração em análise.

Sem informação de haver antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para ao julgador fiscal Francisco Nociti, que decidiu pela *procedência parcial* do feito fiscal, fls. 46 a 62, com recurso de ofício, condenando o contribuinte ao crédito tributário de R\$ 7.253.313,52, sendo R\$ 3.626.656,76 (três milhões, seiscentos e vinte e seis mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e setenta e seis centavos) de ICMS, R\$ 3.626.656,76 (três milhões, seiscentos e vinte e seis mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e setenta e seis centavos) de multa por infração, proferindo a seguinte ementa:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO E LEVANTAMENTO FINANCEIRO. ACUSAÇÕES CONFIGURADAS. NÃO REGISTRAR EM LIVRO PRÓPRIO SAÍDAS DE MERCADORIAS. IMPROCEDENTE. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

- Quando o sujeito passivo não registra os documentos fiscais de entradas de mercadorias em livros próprios ou quando os pagamentos efetuados superam as receitas auferidas, ergue-se a presunção legal relativa de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto.

- Empresa optante pela Sistemática do Simples Nacional não é obrigada a utilizar os livros registro de saída e apuração do ICMS, fato que afasta a acusação a eles relativa.

- A atuada não trouxe aos autos quaisquer argumentos, tampouco documentos que tivesse o condão de afastar as denúncias, porquanto limitou-se à apresentação de uma peça de defesa de simplicidade ímpar, demasiadamente resumida e frágil.

- Reincidências não caracterizadas, porquanto a sentença definitiva das infrações precedentes se dera em momento posterior aos períodos dos fatos geradores apontados no presente libelo basilar.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de DTe em 12/12/2019, à fl.65, a empresa atuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos os autos a este Colegiado, para análise do recurso de ofício, foram estes distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de ofício contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003976/2019-90, lavrado em 03/12/2019, contra a empresa IGO IALLI LIMA PATRICIO, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Impõe-se ressaltar que o lançamento de ofício em questão está de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade 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.

1ª ACUSAÇÃO - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. (OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS)

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, no exercício de 2014, meses de fevereiro e dezembro de 2015 e maio, outubro e novembro de 2016, conforme a inicial e as planilhas demonstrativas que instruem o processo (fls. 11 e 12), 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, “P”, 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):

(...) de Fevereiro de 1832

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, 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.

Dessa forma, caberia ao contribuinte indicar, no recurso voluntário, de forma precisa, as provas capazes de desconstituir o lançamento efetuado pela autoridade fiscal, que cumpriu com seu dever e indicou, uma a uma, todas as notas fiscais que não foram registradas nos livros próprios.

Todavia, não foram apresentadas provas materiais que pudessem afastar a acusação em tela, assim como, dos elementos probatórios apresentados pela fiscalização que instruem os autos.

Ante a ausência de elementos de prova aptos para atestar (ainda que parcialmente) a regularidade dos lançamentos relativos às notas fiscais elencadas às fls. 11 e 12, correta a imputação da infração que se refere às operações que envolvam desembolso financeiro, entendimento consolidado no E. Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba.

2ª ACUSAÇÃO: NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS

Ao constatar a falta de escrituração de diversas notas fiscais de saída (vide fls. 23 e 24), a fiscalização acusou o contribuinte de haver afrontado o disposto nos artigos 277 e parágrafos e 60, I e III, ambos do RICMS/PB:

Art. 277. O Registro de Saídas, modelo 2 ou 2-A, Anexos 28 e 29, destina-se à escrituração do movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, e de prestações de serviços de transporte e de comunicação.

§ 1º Serão também escriturados os documentos fiscais relativos às transmissões de propriedade das mercadorias que não tenham transitado pelo estabelecimento.

§ 2º Os lançamentos serão feitos em ordem cronológica, segundo a data da emissão dos documentos fiscais, pelos totais diários das operações ou prestações da mesma natureza, de acordo com o Código Fiscal de Operações e Prestações, sendo permitido o registro conjunto dos documentos de numeração seguida, emitidos em talões da mesma série e subsérie, relativas a um só código fiscal, exceto quando se tratar de alíquotas diferenciadas.

§ 3º Os lançamentos serão feitos nas colunas próprias da seguinte forma:

I - coluna sob o título "Documentos Fiscais": espécie, série e subsérie, números inicial e final e data dos documentos fiscais emitidos;

II - coluna "Valor Contábil": valor total constante dos documentos fiscais;

III - colunas sob o título "Codificação":

a) coluna "Código Contábil": o mesmo que o contribuinte eventualmente utilizar no seu plano de contas;

b) coluna "Código Fiscal": o previsto no Código Fiscal de Operações e Prestações;

IV - colunas sob os títulos "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Débito do Imposto":

a) coluna "Base de Cálculo": valor sobre o qual incide o imposto;

b) coluna "Alíquota": alíquota do imposto que foi aplicada sobre a base de cálculo indicada na alínea anterior;

c) coluna "Imposto Debitado": montante do imposto debitado;

V - colunas sob os títulos "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações sem Débito do Imposto":

a) coluna "Isenta ou não Tributada": valor da operação, deduzida a parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados, se consignada no documento fiscal, quando se tratar de mercadoria cuja saída do estabelecimento tenha ocorrido sem débito fiscal do ICMS, bem como valor da parcela correspondente à redução da base de cálculo, quando for o caso, ou valor da prestação, quando se tratar de serviços beneficiados com isenção do ICMS ou amparados por imunidade ou não-incidência, bem como o valor da parcela correspondente à redução da base de cálculo, quando for o caso;

b) coluna "Outras": valor da prestação ou da operação, deduzida a parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados, se consignada no documento fiscal, quando se tratar de serviços ou mercadorias cuja prestação ou saída do estabelecimento tenha sido beneficiada com suspensão ou diferimento do recolhimento do ICMS;

VI - coluna "Observações": anotações diversas.

§ 4º Os lançamentos nas demais colunas constantes do Registro de Saídas, modelo 2, não referidas neste artigo, serão feitos conforme dispuser a legislação federal própria.

§ 5º As notas fiscais emitidas em um mesmo dia, de numeração contínua, relativas às operações do mesmo código fiscal e pertencentes à mesma série e subsérie, poderão ser agrupadas e lançadas de uma só vez pelo seu total.

§ 6º A escrituração do livro deverá ser encerrada no último dia de cada mês, mediante soma das colunas de valores.

§ 7º Ao final do período de apuração, para fins de elaboração da Guia de Informação e Apuração das Operações e Prestações Interestaduais, deverão ser totalizadas e acumuladas as operações e prestações escrituradas nas colunas "Valor Contábil", "Base de Cálculo" e na coluna "Observações", o valor do imposto cobrado por substituição tributária, por unidade federada de destino das mercadorias ou da prestação de serviço, separando as destinadas a não contribuintes (Ajuste SINIEF 06/95).

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;

d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;
- b) o valor de outros débitos;
- c) o valor dos estornos de créditos;
- d) o valor total do débito do imposto;
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos;
- h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;
- l) o valor do imposto a recolher;
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

Como forma de garantir efetividade aos comandos insculpidos nos dispositivos acima reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, II, "b", impõe a aplicação da seguinte penalidade:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

- b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem nos livros fiscais próprios, as notas fiscais emitidas e deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

Em primeira instância, o julgador singular decidiu pela improcedência da acusação, em virtude de a empresa ser optante pela Sistemática do Simples Nacional e não está obrigada a utilizar os livros registro de saída e apuração do ICMS.

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 janeiro de 2007, 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.

Destarte, e erro verificado é procedimental, visto que se evidencia na técnica que lhe dá suporte que, em razão da distorção, quanto a alíquota aplicada, contaminou a matéria que se pretendeu tributar e, por consequência, calculou um montante indevido do tributo.

Na esteira da Lei Estadual nº 10.013/2013, que neste Estado regula o Processo Administrativo Tributável, tem-se a solução da questão:

“Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

(...)

V – a descrição da falta com o respectivo montante tributável:

VI – (...)

VII – o valor do tributo lançado de ofício”. (Grifo não constante do original).

Diante do que, entendo que se caracterizou vício material, visto que atingiu a própria identificação da natureza da infração, e não somente a descrição do fato.

Nessa circunstância, tem lugar a nulidade do auto de infração em tela, afinal, o lançamento de ofício não apresenta elementos suficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária. Aplicação da norma ínsita no inciso III do art. 14 da Lei Estadual nº 10.094/2013, que nos diz:

“Art. 14. São nulos:

III – os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalva, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados”. (Grifo não constante do original).

Assim, tendo em vista que é de natureza material o vício que inquina a infração em referência, e que a sua correção somente se faz possível mediante auto de infração específico, este deve ser lavrado dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado, tendo em vista a salvaguarda do direito de o Estado recuperar os créditos tributários referentes ao mês de novembro de 2016, que porventura lhe sejam devidos.

Isto porque as nulidades decorrentes de vício material não atraem a aplicação do art. 173, II do CTN, uma vez que essa regra é aplicável às nulidades por vício formal, o que não é o caso dos autos, consoante os fundamentos acima expedidos, de modo que somente os créditos tributários relativos ao exercício acima citados são passíveis de recuperação mediante auto infracional específico, excluindo-se os relacionados aos exercícios de 2014, por terem sido fulminados pela decadência ínsita no art. 173, I do CTN¹.”

E, nessa circunstância, é o caso de declarar-se a nulidade da infração ora em comento, não sua improcedência, como feito no julgamento *a quo*. Afinal, o lançamento de ofício não apresenta elementos suficientes para determinar o montante do tributo objeto da exigência tributária.

3ª ACUSAÇÃO - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EXERCÍCIO DE 2014 a 2016

É cediço que o Levantamento Financeiro constitui uma técnica de auditoria, prevista no art. 643, I, do RICMS, que permite ao auditor fiscal concluir sobre o equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos efetuados e as receitas auferidas pelo contribuinte. Caso se constate que os desembolsos foram superiores às disponibilidades, a legislação tributária autoriza o Fisco a se valer da presunção “*juris tantum*”, arrimada no parágrafo único do art. 646 do RICMS, infracitado, de que teria ocorrido omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Vejamos o teor do artigo 646 do RICMS/PB, que vigorava à época dos fatos geradores:

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.

Portanto, demonstra-se a base legal da técnica de auditoria aplicada, e, conforme a exegese do dispositivo normativo supracitado, a presunção de omissão de vendas detectada nos exercícios às fls. 8, 9 e 10, ressalva ao contribuinte as provas da improcedência da presunção, havendo, portanto, a inversão do ônus da prova, já que o contribuinte é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa.

¹ 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;

Da mesma forma que na acusação anterior, o contribuinte não trouxe aos autos contraprovas das denúncias inseridas na inicial, o que representa o reconhecimento tácito das infrações apuradas pela fiscalização, tornando-as não litigiosas.

No entanto, perscrutando os autos e analisando os Levantamentos Financeiros apurados, verifico que os valores das despesas com salários, pró-labore, retiradas de honorários, encargos trabalhistas foram arbitrados pela fiscalização, conforme se verifica no detalhamento às fls. 8 a 10, o que não encontra amparo na legislação tributária do Estado da Paraíba, conforme já decidiu o Conselho de Recursos Fiscais em diversas oportunidades, pois, do contrário, estaríamos lançando um valor do crédito tributário ilícido e incerto.

Como exemplo, trazemos o seguinte excerto do Acórdão nº 380/2017, da lavra da Cons.^a Doriclécia do Nascimento Lima Pereira:

“Persistindo no exame das demais despesas arroladas pelo autuante no Financeiro de 2008, embora a recorrente não as tenha contestado, verificamos que o autor do feito também não trouxe aos autos comprovantes das despesas com Pró-Labore e Honorários, Energia Elétrica, Água e Esgotos, Outras Despesas, bem como declarou na resposta à diligência fiscal que não tem como obter documentos junto ao contribuinte, porque este se encontra baixado desde 06/12/2011. Isto posto, não seria razoável acolher este arbitramento de despesas, tendo em vista os princípios da verdade material, da justiça fiscal e, sobretudo, a ausência de previsão legal.”

Da mesma forma, cito o Acórdão nº 442/2020, mais recente, de relatoria do Cons.^o PETRONIO RODRIGUES DE LIMA, infracitado:

OMISSÃO DE RECEITAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. ARBITRAMENTO DE DESPESAS. AUSÊNCIA DE PERMISSIVO LEGAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Diferença apurada em Levantamento Financeiro enseja a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. “ In casu ” , foram necessários ajustes no levantamento original, pelo afastamento das despesas que foram arbitradas sem amparo documental.

PROCESSO Nº 1199972017-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente : MANOEL PRUDÊNCIO NETO - ME

**Recorrida : GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP**

**Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA
SEFAZ – ITAPORANGA**

Autuante: FRANCISCO CANDEIA DO NASCIMENTO JÚNIOR

Relator: CONS^o. PETRONIO RODRIGUES LIMA

Destarte, com a devida correção, excluindo as despesas arbitradas, deve o ICMS efetivamente devido pela recorrente, decorrente de OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO, em conformidade com o disposto nas planilhas a seguir:

Exercício de 2014:

RECEITAS		DESPESAS	
VENDAS DE MERC. NO EXERC.	1.377.752,01	COMPRAS	7.663.780,37
		Compras ativo fixo e consumo	-
		NF não lançadas terceiros	-
		Pró-labore, Retiradas e Honorários	-
		Despesas com Impostos	153.230,06
		Salários e rescisões	-
		Encargos trabalhistas	7.929,49
		Energia telefone água, etc	-
		Despesas com Aluguéis e Cond.	-
		outras desp.	-
		TOTAL DAS DESPESAS	7.824.939,92
TOTAL DAS RECEITAS	1.377.752,01	TOTAL DAS RECEITAS	1.377.752,01
		OMISSÃO DE VENDAS	6.447.187,91
		ICMS (17%)	1.096.021,94

Exercício de 2015:

RECEITAS		DESPESAS	
VENDAS DE MERC. NO EXERC.	1.822.145,33	COMPRAS	8.328.100,03
		Compras ativo fixo e consumo	-
		NF não lançadas terceiros	-
		Pró-labore, Retiradas e Honorários	-
		Despesas com Impostos	178.578,84
		Salários e rescisões	-
		Encargos trabalhistas	9.387,23
		Energia telefone água, etc	-
		Despesas com Aluguéis e Cond.	-
		outras desp.	-
		TOTAL DAS DESPESAS	8.516.066,10
TOTAL DAS RECEITAS	1.822.145,33	TOTAL DAS RECEITAS	1.822.145,33
		OMISSÃO DE VENDAS	6.693.920,77
		ICMS (17%)	1.137.966,53

Exercício de 2016:

RECEITAS		DESPESAS	
VENDAS DE MERC. NO EXERC.	2.666.612,07	COMPRAS	9.660.492,35
		Compras ativo fixo e consumo	-
		NF não lançadas terceiros	-

		Pró-labore, Retiradas e Honorários	-
		Despesas com Impostos	263.144,33
		Salários e rescisões	-
		Encargos trabalhistas	11.698,15
		Energia telefone água, etc	-
		Despesas com Aluguéis e Cond.	-
		outras desp.	
		TOTAL DAS DESPESAS	9.935.334,83
TOTAL DAS RECEITAS	2.666.612,07	TOTAL DAS RECEITAS	2.666.612,07
		OMISSÃO DE VENDAS	7.268.722,76
		ICMS (18%)	1.308.370,10

Por fim, com relação a multa recidiva aplicada pela fiscalização, como bem verificado pelo julgador *a quo*, o registro constante do Termo de Antecedentes Fiscais referente ao AI nº 93300008.09.00001464/2016-46, cuja ciência da decisão definitiva ocorreu em 30/05/2018, portanto a multa recidiva somente pode ser aplicada para os fatos geradores ocorridos a partir dessa data. Logo, não há recidiva para os lançamentos constantes do libelo acusatório (2014 a 2016).

Assim, entendo como acertada a decisão proferida pela instância prima, que cancelou o montante de R\$ 1.813.328,40 (um milhão, oitocentos e treze mil, trezentos e vinte e oito reais e quarenta centavos), referente a multa recidiva aplicada.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, alterando de ofício, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003976/2019-90, lavrado em 3/12/2019, contra a empresa IGO IALLI LIMA PATRICIO, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.148.385-2, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 7.101.629,04 (sete milhões, cento e um mil, seiscentos e vinte e nove reais e quatro centavos) sendo R\$ 3.550.814,52 (três milhões, quinhentos e cinquenta mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, por infringência ao art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, nos arts. 9 e 10 da Res. CGSN 030/2008 e/ou art. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 3.550.814,52 (três milhões, quinhentos e cinquenta mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, arremada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o montante de R\$ 1.967.650,80 (um milhão, novecentos e sessenta e sete mil, seiscentos e cinquenta reais e oitenta centavos) pelas razões acima evidenciadas.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de janeiro de 2022.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES