



PROCESSO Nº 1777342022-0- e-processo nº 2022.000326879-0

ACÓRDÃO Nº 099/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: REDE AC DISTRIBUIDOR DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: ARTUR MENDONÇA CAVALCANTI

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

**PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE
MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO
FINANCEIRO. REPERCUSSÃO FISCAL
CARACTERIZADA. RECURSO VOLUNTÁRIO.
DESPROVIMENTO. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA
MULTA NOS TERMOS DA LEI Nº 12.788/23.**

- Caracterizada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, resultando na falta de recolhimento do imposto devido, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. A autuada não apresentou argumentos ou provas para demonstrar a improcedência da presunção disposta em lei.

- Redução, de ofício, da multa aplicada, nos termos da Lei nº 12.788, de 29 de setembro de 2023, em consonância com o art. 106, II, “c”, do CTN.

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, no mérito, pelo seu desprovido, contudo reformando de ofício a decisão de primeira instância para declarar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003006/2022-90, lavrado em 30 de agosto de 2022 contra a empresa REDE AC COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI,, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ 903.655,79 (novecentos e três mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e setenta e nove centavos), sendo 516.374,74 (quinhentos e dezesseis mil, trezentos e setenta e quatro reais e setenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, parágrafo único,



todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 387.281,05 (trezentos e oitenta e sete mil, duzentos e oitenta e um reais e cinco centavos) de multa por infração, arremada no art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96, com redação da Lei nº 12.788, de 29 de setembro de 2023.

Cancelo o crédito tributário no montante de R\$ 129.093,69 (cento e vinte e nove mil, noventa e três reais e sessenta e nove centavos), pelas razões expostas.

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de fevereiro de 2024.

EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FRANCISCO GLAUERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1777342022-0 - e-processo nº 2022.000326879-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: REDE AC DISTRIBUIDOR DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: ARTUR MENDONÇA CAVALCANTI

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

**PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE
MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO
FINANCEIRO. REPERCUSSÃO FISCAL
CARACTERIZADA. RECURSO VOLUNTÁRIO.
DESPROVIMENTO. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA
NOS TERMOS DA LEI Nº 12.788/23.**

- Caracterizada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, resultando na falta de recolhimento do imposto devido, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. A autuada não apresentou argumentos ou provas para demonstrar a improcedência da presunção disposta em lei.

- Redução, de ofício, da multa aplicada, nos termos da Lei nº 12.788, de 29 de setembro de 2023, em consonância com o art. 106, II, “c”, do CTN.

RELATÓRIO

A presente demanda teve seu início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003006/2022-90, lavrado em 30 de agosto de 2022 contra a empresa REDE AC COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI, qualificada nos autos, em que consta a seguinte acusação:

0021 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEISLEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, mediante constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade detectada através do Levantamento Financeiro.



O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 1.032.749,48, sendo R\$ 516.374,74 de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 516.374,74 de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificado regularmente via DTe, recepcionado dia 30/08/2022 (fls. 14), o contribuinte apresentou defesa tempestiva, protocolada em 28/09/2022 (fls. 15 a 45) por meio da qual alega que:

- Inexistência de repercussão tributária – Produtos sujeitos à substituição tributária;
- Nulidade por erro material na constituição do lançamento em razão da ausência de aplicação da legislação do simples nacional
- Agressão ao princípio da legalidade; - Improcedência do lançamento tributário em razão da ausência de documentos comprobatórios da acusação;
- Improcedência do lançamento tributário em razão da iliquidez e incerteza do crédito tributário exigido, com tabela de cálculos.

Declarados conclusos (fls. 29), foram os autos encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal José Hugo Lucena da Costa, o qual lavrou decisão pela parcial procedência da acusação, nos termos sintetizados na ementa abaixo:

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. REPERCUSSÃO FISCAL CARACTERIZADA.

- Caracterizada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, resultando na falta de recolhimento do imposto devido, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. A atuada não apresentou argumentos ou provas para demonstrar a improcedência da presunção disposta em lei.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Após regularmente cientificado da decisão em 12/05/2023, a atuada interpôs, tempestivamente, em 12/06/2023, Recurso Voluntário por meio do qual alega, em síntese:



- a. Que as operações de maior predominância são com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o que ensejaria vício material na acusação, em razão da imprestabilidade da técnica de levantamento financeiro para essas situações;
- b. Nulidade por erro material na constituição do lançamento em razão da ausência de aplicação da legislação do simples nacional
- c. Improcedência do lançamento tributário em razão da ausência de documentos comprobatórios da acusação;
- d. Improcedência do lançamento tributário em razão da iliquidez e incerteza do crédito tributário exigido, com tabela de cálculos

Declarados conclusos, foram os autos distribuídos a esta relatoria para apreciação e julgamento colegiado, em conformidade com os termos regimentais.

Eis o relatório.

VOTO

Versam os autos acerca da falta de recolhimento do ICMS, identificado através da aplicação da técnica de Levantamento Financeiro, a qual encontra amparo no artigo 646 do RICMS/PB:

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.

Com efeito a técnica em questão versa acerca da presunção de omissão de saídas pretéritas, obrigação esta identificada nos artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB:

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;

Ao ser configurada a receita de origem não comprovada, foi proposta a multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, que adota o critério do inciso II, do art. 80 da Lei nº 6.379/96 e que à época previa multa de 100 % (cem por cento) sobre a infração identificada, não obstante ter sofrido alteração nos termos da Lei nº 12.788, de 29 de setembro de 2023, cuja aplicabilidade se presta ao caso dos autos, conforme será exposto adiante.

Neste sentido, considerando que restou devidamente fundamentada a matéria quanto aos dispositivos legais infringidos, bem como quanto à matéria tributável, decorrente das diferenças entre receitas e despesas, identificadas através de levantamento financeiro e que, sendo as últimas maiores, pressupõe-se omissão pretérita de saídas tributáveis, além de restar bem identificado o sujeito passivo, destaca-se que não se vislumbra vícios de ordem material e/ou formal hábeis a ensejar a nulidade da infração, seja por vício material ou formal.

Relativamente ao mérito, alega a ora recorrente que não existe repercussão tributária, com venda de produtos sujeitos à substituição tributária, ausência de documentos comprobatórios da acusação e iliquidez e incerteza do crédito tributário, com tabelas de cálculo realizada pela autuada.

Com a devida vênia, tal argumento não merece prosperar. Conforme prescreve o artigo 56, parágrafo único, da Lei nº 10.094/13, o ônus da prova compete a quem lhe aproveita. Logo, competiria à autuada fazer prova de que comercializa exclusivamente ou quase que exclusivamente, produtos sujeitos à substituição tributária, o que poderia, em tese, denotar a ineficácia da pressuposição de omissão de saídas pretéritas, conforme entendimento deste e. Conselho de Recursos Fiscais ou ao menos indicar quais seriam



estes produtos e sua repercussão financeira. Não tendo sido apresentados tais elementos, não há que se falar, pois, no acolhimento de suas razões.

Ademais, versando os autos acerca de omissão de saída pretérita, esse pressuposto legal previsto no artigo 646 do RICMS/PB, não haveria que se falar na necessidade de que a fiscalização anexasse documentos relativos à omissão de saídas pretéritas, tendo sido a técnica de auditoria realizada com base nas informações contábeis prestadas pelo próprio contribuinte. Como assentado, trata-se de uma presunção legal de omissão de saídas pretéritas, presunção esta, porém, passível de ser elidida por prova em contrário do contribuinte o que, todavia, não corresponde ao caso dos autos.

Saliente-se, ainda, que não se verifica do Levantamento Financeiro acostado a atribuição de despesas ou receitas outras que não a de vendas e compras de mercadorias e despesas com tributos federais e estaduais.

No que tange à argumentação quanto à necessidade de aplicação das alíquotas do Simples Nacional, cumpre assentar que artigo 13, § 1º, XIII, “f” da Lei Complementar nº 123/2006, obriga aos Estados fazerem o lançamento do ICMS resultante de operação ou prestação desacobertada de documento fiscal de acordo com o regime das demais pessoas jurídicas não optantes, senão veja-se:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/ 2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) **na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal:** (g.n.)

Outrossim, aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional, abrangendo, assim, as presunções previstas no art. 646 do RICMS/PB, conforme o art. 34, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:



Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Destarte, mesmo sendo o contribuinte optante pelo Simples Nacional, por disposição legal, em sendo o caso de identificação de omissão de saídas, ainda que aplicadas pelo uso de técnicas presuntivas, haveria de aplicar-se as alíquotas de ICMS vigentes à época do fato gerador.

Quanto à penalidade proposta quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzir os valores lançados, em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu a seguinte redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.

Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento):”

Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando insculpido no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Pelas razões expostas, apresenta-se a nova composição do crédito tributário

Acusação	Início	Fim	Tributo	Multa	Total inicial	Redução	Nova Multa	Novo Total
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2019	31/12/2019	213.429,38	213.429,38	426.858,76	53.357,35	160.072,03	373.501,41
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2020	31/12/2020	302.945,36	302.945,36	605.890,72	75736,34	227.209,02	530.154,38
			516.374,74			129.093,69	387.281,05	903.655,79



Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e, no mérito, pelo seu desprovemento, contudo reformando de ofício a decisão de primeira instância para declarar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003006/2022-90, lavrado em 30 de agosto de 2022 contra a empresa REDE AC COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI., condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ 903.655,79 (novecentos e três mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e setenta e nove centavos), sendo 516.374,74 (quinhentos e dezesseis mil, trezentos e setenta e quatro reais e setenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 387.281,05 (trezentos e oitenta e sete mil, duzentos e oitenta e um reais e cinco centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, com redação da Lei nº 12.788, de 29 de setembro de 2023.

Cancelo o crédito tributário no montante de R\$ 129.093,69 (cento e vinte e nove mil, noventa e três reais e sessenta e nove centavos), pelas razões expostas.

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara, sessão realizada por videoconferência em 28 de fevereiro de 2024.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator