



Conselho de Recursos Fiscais

Processo n° 088.707.2013-6

Acórdão 051/2015

Recursos HIE/VOL/CRF-003/2014

1ª RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

1ª RECORRIDA: MEGA MÍDIA COMÉRCIO DE MÍDIAS VIRGENS E INFORMÁTICA LTDA.

2ª RECORRENTE: MEGA MÍDIA COM. DE MÍDIAS VIRGENS E INFORMÁTICA LTDA.

2ª RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE: ZENILDO BEZERRA

RELATORA: CONSª. DOMÊNICA COUTINHO SOUZA FURTADO

ACUSAÇÕES DIVERSAS. OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Preliminar de nulidade não acolhida dada a inexistência de cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Confirmada a irregularidade fiscal atestando a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios. No presente caso, o autuado exerceu o direito de provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa e acostando aos autos algumas provas cabais capazes de elidir parte da acusação.

O procedimento de auditoria utilizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte fez confirmar a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento da Conta Mercadorias. As provas trazidas na defesa não foram suficientes para descaracterizar a acusação, com relação ao exercício 2007.

A constatação de desembolsos em valores superiores às receitas por meio de Levantamento Financeiro caracteriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto.

Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições da recente legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei n° 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos Recursos **HIERÁRQUICO**, por regular, e **VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro, e **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, para manter, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, alterando, quanto aos valores, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º n.º **93300008.09.000001028/2013-24**, lavrado em 08 de julho de 2013, contra a empresa acima identificada, MEGA MIDIA COMERCIO DE MIDIAS VIRGENS E INFORMATICA LTDA. (CCICMS: 16.142.085-0), declarando como devido o crédito tributário no valor de **R\$ 1.293.931,94 (um milhão, duzentos e noventa e três mil, novecentos e trinta e um reais e noventa e quatro centavos)**, por infração aos artigos 158, I e 160, I, c/c 646; e art. 643, § 4º; II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, **R\$ 646.965,97 (seiscentos e quarenta e seis mil, novecentos e sessenta e cinco reais e noventa e sete centavos)** de ICMS, sem prejuízo da multa por infração, no valor de **R\$ 646.965,97 (seiscentos e quarenta e seis mil, novecentos e sessenta e cinco reais e noventa e sete centavos)**, arrimada nos artigos 82, V, “a” e “f”, todos da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de **R\$ 878.045,44** (oitocentos e setenta e oito mil, quarenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos) sendo **R\$ 77.026,49** (setenta e sete mil, vinte e seis reais e quarenta e nove centavos) de ICMS e **R\$ 801.018,95** (oitocentos e um mil, dezoito reais e noventa e cinco centavos) de multa por infração.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de fevereiro de 2015.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PATRÍCIA, MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Assessora Jurídica



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

RECURSO HIE_VOL Nº 003 / 2014

**1ª RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
1ª RECORRIDA: MEGA MÍDIA COMÉRCIO DE MÍDIAS VIRGENS E INFORMÁTICA LTDA.
2ª RECORRENTE: MEGA MÍDIA COMÉRCIO DE MÍDIAS VIRGENS E INFORMÁTICA
LTDA.
2ª RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
AUTUANTE: ZENILDO BEZERRA
RELATORA: CONSª. DOMÊNICA COUTINHO SOUZA FURTADO**

ACUSAÇÕES DIVERSAS. OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Preliminar de nulidade não acolhida dada a inexistência de cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Confirmada a irregularidade fiscal atestando a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios. No presente caso, o autuado exerceu o direito de provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa e acostando aos autos algumas provas cabais capazes de elidir parte da acusação.

O procedimento de auditoria utilizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte fez confirmar a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento da Conta Mercadorias. As provas trazidas na defesa não foram suficientes para descaracterizar a acusação, com relação ao exercício 2007.

A constatação de desembolsos em valores superiores às receitas por meio de Levantamento Financeiro caracteriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto.

Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições da recente legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei nº 10.008/2013.

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

RELATÓRIO

Cuida-se dos Recursos Hierárquico e Voluntário, interpostos conforme previsão dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001028/2013-24, lavrado em 08 de julho de 2013, contra a empresa MEGA MIDIA COMERCIO DE MIDIAS VIRGENS E INFORMATICA LTDA., (CCICMS: 16.159.202-3), em razão das seguintes irregularidades, conforme a descrição dos fatos:

- **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 sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, no período de janeiro a março de 2009, julho a dezembro de 2009, janeiro a abril de 2010, junho e julho de 2010, setembro a dezembro de 2010, janeiro a março de 2011, 02 a 11 de maio de 2011, 22 de julho de 2011 e de setembro a novembro de 2011.
- **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS** >>> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias. Exercício 2008.
- **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO** >>> O contribuinte optante do Simples Nacional 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. Exercícios de 2009 a 2012.

Em decorrência da acusação, considerando infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/ fulcro, art. 646 e art. 643, § 4º; II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 723.992,46 e proposta aplicação de multa por infração no importe de R\$ 1.447.984,92, nos termos do art. 82, V, “a” e “f”, todos da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 2.171.977,38.

Instruem os autos: Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00001833/2013-08, Termo de Início de Fiscalização nº 93300008.13.00001008/2013-85, Demonstrativos das Contas Mercadorias - exercícios 2008 a 2012; Levantamento Financeiro - exercícios 2009 a 2012; Demonstrativo das Notas Fiscais não Registradas, Cópias das Telas de Notas Fiscais de Terceiros, Cópias de notas fiscais e DANFES, fls. 10 a 135, dos autos, além de outros documentos que subsidiaram a fiscalização.

Cientificada em 31.7.2013, fl.136, a empresa autuada apresentou, tempestivamente, reclamação fiscal, em 29. 8.2013, conforme protocolo e peça defensiva, às fls. 137 a 518, dos autos, cuja síntese passo a apresentar:

Inicialmente informa que exerce a atividade de comércio varejista especializada em equipamentos e suprimentos de informática.

Requer a nulidade da ação fiscal, justificando que sofreu cerceamento em seu amplo direito de defesa, pois foram lavrados dois autos de infração, números 93300008.09.00001028/2013-

24 e 93300008.09.00001029/2013-12, cuja documentação foi enviada pelos correios de forma totalmente incompleta, faltando vias da peça vestibular e com alegações inverídicas, não tendo nunca entrado em contato com os representantes da empresa.

Justifica que, quando da ciência, por via postal, não lhe foram fornecidas todas as peças que compõem o auto de infração, a exemplo das vias, cujo fato prejudicou o seu direito de se defender, dado que o prazo para apresentar sua defesa tornou-se menor do que aquele a que tem direito.

Com relação à falta de registro de notas fiscais, o contribuinte alega que não se pode exigir escrituração no livro de registro de entrada de mercadorias, mercadorias que não deram entrada no estabelecimento do contribuinte, e que o auditor fiscal parte de premissas falsas e não de fatos reais, não tendo providenciado levantamento de estoque verificando se os produtos deram entrada no estabelecimento e que os documentos encartados, não passam de meros relatórios, não tendo amparo para suportar suas alegações e a imposição de impostos e multas.

Em se tratando dos levantamentos efetuados, estes estão totalmente equivocados, e partem de números totalmente falsos, distorcidos, com o único propósito de o auditor fiscal utilizar-se de meios ilícitos para imputação de infração ao contribuinte.

Especificamente ao Demonstrativo da Conta Mercadorias, os valores de vendas apurados, exercícios 2009 a 2012, estão totalmente equivocados, não correspondendo aos valores constantes da GIM- Guia de Informação Mensal e do SPED FISCAL que o contribuinte declarou, tendo os valores levantados aquém do real movimento de vendas da empresa.

Distorções estas com o único propósito de levantar falso e imputar infrações que o contribuinte não cometeu, imputando valores de impostos e de penalidades que representam um ilícito e um confisco.

No que diz respeito ao estoque de mercadorias, dia 31.12.2008, o auditor não levou em consideração os números constantes no Livro de Estoques de Mercadorias e no mesmo exercício, sendo o contribuinte, ligado ao comércio varejista, não há o que se falar em tributar saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, que totalizaram R\$ 44.675,00, quando suas vendas são realizadas ao comércio varejista, pois seus produtos possuem recolhimento antecipado até a operação de venda ao consumidor final, não podendo incidir em nova sequência de circulação.

Outro ponto a ser destacado, sendo a empresa, comércio varejista, especializada em vendas de equipamentos e suprimentos de informática, a empresa está amparada pela redução de base de cálculo, presente no art.33, do RICMS - PB, o auditor fiscal não levou em consideração ao tributar os exercícios.

Em relação aos relatórios de fls. 57, 62 e 73, todos apresentam o CNPJ 02.019.761.0001-10, pertencente à empresa Lojão dos Ferros Ltda., que não vende equipamentos de informática.

O relatório constante de folhas 76, o CNPJ é 10.760.171.0002-53, pertencente à J. Anselmo da Silva & Cia. Ltda., o qual trabalha com vendas de ferro.

Os relatórios de fls. 67, 71, 74, 118 e 120, o CNPJ pertence à JCA Madeiras Marinho Ltda, estabelecimento de venda de madeiras.

O relatório de fls.81, o CNPJ 00.431.274.0004-88, pertence à DIMEX Distribuição Importação Exportação de Produtos em Geral Ltda.

À fls.133, o relatório refere-se ao CNPJ 09.238.106.0001-00, pertence à J. Carlos Móveis Ltda, da mesma forma o relatório de fls.134, o CNPJ 11.092.098.0001-70, pertence à Xênia Carvalho Oliveira de Brito.

A nota fiscal encartada à fls. 84 refere-se à compra de um veículo para o ativo fixo, emitida pela Fiat Automóveis S.A., e não para revenda.

Advoga que, inadvertidamente o auditor encarta relatórios de fls.89, 98,122,125,131 e 132, referentes às Notas Fiscais de n.ºs 182, 676, 1539,2239, 2720 e 2932 que emitidas pela empresa e que a fiscalização questiona a falta do lançamento no livro de registro de entrada, estando devidamente lançadas no livro de registro de saída.

Fazendo prova do registro de algumas notas fiscais o contribuinte apresenta uma tabela informando as numerações das notas, os livros e as páginas, fls.174 e 175, fazendo juntada das cópias dos livros de registro de entradas de mercadorias.

Informa, ainda, que a Nota Fiscal de nº 162-1 da INK Box do Brasil, encontra-se cancelada no site da NF-e.

Aduz, ainda, a ilicitude referente ao percentual de multa, por se tratar de aplicação de multa de caráter confiscatório (200%).

Requer que o auto de infração seja julgado nulo, por não atender aos requisitos legais e insubsistente em razão de não ter a requerente infringido os dispositivos legis imputados.

Pronunciando-se a respeito da reclamação, fls.521 a 638, o autor do feito mantém as acusações iniciais, observando, sobre a alegação da reclamante de que não teve acesso a todas as peças do processo, que as demonstrações das ocorrências, já estavam em anexo aos Autos de Infração nos Processos Administrativos Tributários nº 0887072013-6, 0887102013-8 e 0967262013-6, e à disposição do contribuinte na Recebedoria de Rendas de João Pessoa, não justificando cerceamento de defesa.

Continuando, menciona que, às fls. 154, traz a alegação de que a fiscalização não considerou no Levantamento da Conta Mercadorias, exercício 2008, fls. 10, o valor do estoque existente na empresa no dia 31.12.2008. Neste caso, especificamente, informa que a escrituração pertinente não foi entregue para a elaboração dos trabalhos da auditoria e nem mesmo esse valor foi apresentado no relatório da defesa.

Contestando os valores das receitas gravadas nos Levantamentos Financeiros dos exercícios de 2009 a 2012, fls. 158, passa a comentar exercício por exercício:

Exercício de 2009 – nesse exercício a empresa estava sob o regime do Simples Nacional (ANEXO I), porém apresenta à fl. 228, Demonstração da Receita do Exercício para contestar o feito fiscal no montante de R\$ 4.790.537,81. Ocorre que nas declarações fornecidas pela empresa contidas no extrato do Simples Nacional (ANEXO II), apresenta as informações das receitas mês a mês que totalizam o montante de R\$ 3.011.480,95 (ANEXO III), abatendo o valor referente às devoluções de vendas no total de R\$ 22.850,49 fica o total de R\$ 2.988.630,46 que é o valor gravado no Levantamento Financeiro às fls. 15 e não R\$ 4.790.537,81 como quer a empresa.

Questiona como a reclamante apresenta uma suposta cópia de GIM referente ao mês de fevereiro de 2009 com o montante de receita no valor de R\$ 1.519.638,36, fls. 193, quando na Declaração do Simples Nacional (ANEXO I) o valor correto é R\$ 101.748,55 e no extrato da GIM que extraímos do ATF (ANEXO IV) apresenta o valor de R\$ 101.771,55.

Em seguida, observa que no Levantamento Financeiro, fl. 15, foi aplicada a alíquota de 2,58% - Simples Nacional para a apuração do ICMS em todas as ocorrências do exercício quando deveria ter sido aplicada somente ao primeiro mês e os demais a alíquota de 17%. Após a homologação do Auto de Infração verificou o equívoco e imediatamente procedeu à lavratura do novo Auto de Infração de nº 1157/2013-12 de 25 de julho de 2013, constante do PAT 0967262013-6, conforme ANEXOS XVIII e IX referente à diferença a ser cobrada.

No exercício de 2010, fl. 229, a empresa apresenta como receita, querendo que seja consignado no Levantamento Financeiro, o montante de R\$ 4.248.515,40. O auditor relata que este valor não condiz com a realidade pelos seguintes motivos:

- As supostas GIMs apresentadas, fls. 204 a 215, cujo resumo se encontra às fls. 229, tem seus valores de receitas totalmente divergentes dos valores apurados no Registro de Apuração do ICMS (cópias em anexo) cujos valores corretos estão demonstrados no ANEXO VI e demonstrações por CFOP, no montante de R\$ 3.703.846,37;

- Na defesa não houve a exclusão de valores de outras operações de saídas de mercadorias que não podem compor o valor consignado na receita no Levantamento Financeiro que são Devoluções de compras e de vendas – CFOPs. 1202, 5202, 6201 e 6202 no total de R\$ 77.469,07, Demais saídas – CFOPs 5915, 5929, 6915, 6916, 6929 e 6949 no total de R\$ 130.277,83;

Subtraídos esses valores teremos o montante corretamente consignado no Levantamento Financeiro que tem o montante de R\$ 3.496.089,47 (ANEXO VIII).

Faz constar a observação, de que nos meses de julho o valor de R\$ 510,00 por falha na digitação e novembro no valor de R\$ 8.940,00 a empresa classificou esse valor com CFOP 5405 – inexistente, quando o CFOP correto seria 6404 e no mês de dezembro erro na digitação de R\$ 0,04 (VIDE ANEXO VI e ANEXO XII).

Exercício de 2011- às fls. 230, a empresa apresenta como receita querendo que seja consignado no Levantamento Financeiro o montante de R\$ 6.830.291,25. Esse valor não condiz com a realidade pelos seguintes motivos:

- As GIMs, fls. 216 a 226, cujo resumo se encontra às fls. 230 tem seus valores de receitas totalmente divergentes dos valores apurados no Registro de Apuração do ICMS (cópias em anexo) cujos valores corretos estão demonstrados no ANEXO VIII e demonstrações por CFOP, no montante de R\$ 6.262.258,83.

- Não fez a exclusão de valores de outras operações de saída de mercadorias que não podem compor o valor consignado na receita do Levantamento Financeiro que são Devoluções de compras e de vendas – CFOPs 1202, 5202, 6556 e 6202 no total de R\$ 59.056,90; Demais saídas – CFOPs 6915, 5929, 5949, 6915, 6929, 6949 no total de R\$ 450.040,99.

Subtraídos esses valores teremos o montante corretamente consignado no Levantamento Financeiro que tem o montante de R\$ 5.753.160,94 (ANEXO IX).

Apresenta a observação que no mês de abril a empresa classificou o valor de R\$ 1.250,00 com CFOP 5405 – inexistente quando o CFOP correto é 6404, (Vide ANEXO VIII e ANEXO XIII).

Continuando, o fiscal autuante, em relação ao exercício de 2012, pormenorizadamente, contesta o montante trazido pela reclamante, no valor de R\$ 5.566.226,84, fazendo constar que as arguições da autuada não condizem com a realidade dos fatos, pois os valores trazidos divergem com as informações constantes às EFDS, presentes no sistema ATF, nos meses de fevereiro, julho e dezembro.

No que tange à arguição correspondente à acusação de omissão de vendas detectadas através do não lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, assevera que não procedem às alegações da defendente, pois à fl.164, a reclamante relaciona extratos de notas fiscais que foram emitidas por empresas dentro do Estado em aquisições da empresa.

À fl.173, a alegação que se trata de notas fiscais de venda, não condiz, pois se referem a notas fiscais de compras emitidas por terceiros.

Exceção ocorre no que diz respeito às várias notas fiscais que foram devidamente lançadas nos livros próprios, relacionadas às fls. 40 a 42, bem como a NF-e nº 162-1 que foi cancelada, as quais o auditor concordou com a exclusão do lançamento tributário.

Conforme consta do libelo basilar, observa-se que o auto de infração foi lavrado erroneamente, utilizando-se da alíquota pertinente ao Simples Nacional, em todos os períodos, entretanto, tal equívoco foi corrigido mediante a lavratura de outro Auto de Infração de nº 1157/2013-12, de 25 de julho de 2013, constante do PAT 0967262013-6, ANEXOS XVIII E IXX.

Após saneamento promovido pela fiscalização, o crédito tributário levantado passou a ser composto pelos seguintes valores, R\$ 647.392,38 de ICMS e multa de R\$ 1.294.784,76.

Os autos foram conclusos e remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais, sendo distribuídos à Julgadora Fiscal Gílvia Dantas Macedo, que julgou o libelo basilar **PROCEDENTE EM PARTE**, fls. 644 a 655, dos autos.

Com as alterações propostas pela decisão monocrática, o crédito tributário remanescente foi fixado em R\$ 1.293.931,94, conforme notificação, fl. 658, dos autos.

Seguindo os trâmites processuais, deu-se à autuada regular ciência da decisão monocrática, via Notificação, com aviso de recebimento, em 14 de novembro de 2013, fls. 659, tendo apresentado Recurso Voluntário, fls. 660 a 705, reiterando os mesmos argumentos elencados na reclamação.

Em medida de contra arrazoado, fls. 709, o autor da peça basilar, diante do exposto, solicita a manutenção da decisão monocrática.

Aportados os autos a esta Casa, estes foram, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

V O T O

Versam os autos sobre as infrações por omissões de saídas de mercadorias tributáveis tendo em vista a constatação de falta de registro de notas fiscais nos livros próprios e diferença detectada através do levantamento Conta Mercadoria e a verificação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas, irregularidade detectada através do Levantamento Financeiro.

Em preliminar de sua defesa, o contribuinte autuado quando de sua reclamação suscita caso de nulidade ao se reportar à ciência dos autos, por via postal, pois não lhe foram fornecidas todas as peças que compõem o auto de infração, cujo fato prejudicou o seu direito de se defender, dado que o prazo para apresentar sua defesa tornou-se menor do que aquele a que tem direito, assunto de extrema relevância que se passa a analisar:

No entanto, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, da autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Pronunciando-se a respeito da reclamação, fls. 521 a 638, o autor do feito informa, sobre esta alegação da reclamante, que as demonstrações das ocorrências já estavam em anexo aos Autos de Infração nos Processos Administrativos Tributários nº 0887072013-6, 0887102013-8 e 0967262013-6, e à disposição do contribuinte na Recebedoria de Rendas de João Pessoa, não justificando cerceamento de defesa.

Quando a nulidade ocorrer em virtude de imprecisa indicação dos dispositivos legais, funda-se na dificuldade que possa, porventura, vir a enfrentar o acusado no ajustamento do fato infringente ao dispositivo de lei invocado. Neste caso, não se configura o cerceamento, pois está ausente a

possibilidade de dúvidas a respeito da lei em que se baseia a acusação. Por conta disso, afasto as arguições de nulidade suscitadas pela reclamante.

Em seguida, fl.159, argumenta que é uma empresa de comércio varejista especializada em vendas de equipamentos e suprimentos de informática, sujeitos ao benefício da redução de base de cálculo prevista no RICMS-PB, não tendo o auditor levado em consideração ao tributar os exercícios de 2010, 2011 e 2012.

No que diz respeito aos produtos comercializados pela autuada, estes também correspondem a equipamentos de informática, cuja tributação remete ao art. 33 do RICMS/PB, que concede redução de base de cálculo de forma que a carga tributária resulte em 7% nas operações internas e de importação com produtos de informática e automação, mas só os que se encontrem relacionados no Anexo 13 do RICMS/PB e não todos os produtos de informática.

Neste caso, especificamente, através das informações constantes do sistema ATF, códigos de receita de recolhimento do contribuinte e os CFOPS declarados pelo contribuinte em suas Declarações Mensais – GIM, que o mesmo não negocia exclusivamente com produtos de informática. Fichas Financeiras, exercícios 2009 e 2010, anexas, logo não possui exclusividade no tratamento das mercadorias relacionadas no Anexo 13 do RICMS/PB.

Analisando as peças processuais, observamos que os levantamentos realizados foram feitos com base nas informações constantes na escrita fiscal do contribuinte, onde se observa através das cópias dos livros de Registro de Entrada e de Apuração do ICMS, que os valores das bases de cálculo escriturados encontram-se com aplicação de redução de base não havendo o que ocasionar distorção na apuração, inclusive, da Conta Mercadorias.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais, a sua validade, não nos sendo possível acatar a preliminar analisada, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão, devidamente, transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, oportunizou-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Desta forma, para melhor entendimento e compreensão do mérito da ação, passo a análise individualizada das acusações:

1-FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.

A acusação em análise decorre da falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada e tem por fundamento a presunção *juris tantum* (admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte) de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimento a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).

Dessa maneira, 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”.

Ocorre que a acusação se reporta a notas fiscais de entrada e declaradas por terceiros, que não foram registradas nos livros próprios, no período de janeiro a março de 2009, julho a dezembro de 2009, janeiro a abril de 2010, junho e julho de 2010, setembro a dezembro de 2010, janeiro a março de 2011, 02 a 11 de maio de 2011, 22 de julho de 2011 e de setembro a novembro de 2011.

Sobre a alegação de que foram apensos aos autos meros relatórios de notas fiscais, sem nenhum respaldo documental, não condiz, porquanto as provas que dão respaldo à autuação se constituem em informações advindas dos próprios contribuintes, daí porque não se pode acatar este entendimento.

No caso de se reconhecer nos livros próprios do contribuinte, a identificação do lançamento devido em relação a algumas notas fiscais, relacionadas às fls. 40 a 42, bem como à NF-e nº 162-1 que foi cancelada, as quais o auditor concordou com a exclusão do lançamento tributário, por ocasião de sua contestação, demonstrativos anexos às fls. 582 a 584 dos autos, corroboro com a decisão da fiscalização que solicitou a exclusão destes valores do crédito tributário levantado.

A respeito da Nota Fiscal de nº 303038, fl.84, elencada no Demonstrativo das Notas Fiscais Não Registradas na Escrita Fiscal, fls. 40 a 42, referente à compra de ativo imobilizado – veículo, cuja alegação do contribuinte que este documento não poderia estar relacionado nos autos, pois não se trata de mercadoria para revenda e sim de uma compra financiada, tal alegação não procede, pois a acusação se reporta à aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta do registro da nota fiscal nos livros próprios, não estando ligada diretamente à destinação do bem.

Sobre as Notas Fiscais não lançadas de numeração 5.717 e 2.148, valor de R\$ 426,56 de ICMS, fls. 120 e 121, analisando os valores levantados e as cópias dos relatórios anexos, excluo, no imposto apurado, as operações que dizem respeito ao mês de abril de 2011, pois a fiscalização exigiu tal montante sobre o mês de maio de 2011.

Em relação de ter sido aplicado, exercício de 2009, a alíquota de 2,58%, na denúncia de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Entradas, pois o contribuinte se encontrava inserido no regime do Simples Nacional, importa esclarecer que a acusação de omissão de saídas tributáveis, em regra, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, ‘e’ e ‘f’ c/c 32, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, bem como nas disposições sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas por esse regime de tributação, dadas pela Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, adiante transcritas:

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:

[...]
na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) **na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;**

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008:

Art. 82. Aplicam-se a ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional
[...]

§ 2º. Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Além disso, é necessário entender que o lançamento de ofício se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional em face da ocorrência de omissões de mercadorias tributáveis por observância a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado, onde faço necessário invocar a prescrição do art. 144 do CTN, senão vejamos:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (g.n.).

Diante da dicção normativa acima, este Colegiado reafirma o ajuste da alíquota para 17%, com a devida correção quanto aos valores a serem tributados, conforme AI nº 1157/2013-12, de 25 de julho de 2013, lavrado pelo autor do feito.

É sabido que este Colegiado já se posicionou em outras ocasiões, no sentido de manter a observância da legislação aplicáveis as demais pessoas jurídicas quando da ocorrência de omissões

de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, conforme edição do Acórdãos CRF nº 390/2013 e 042/2011, que assim dispõem:

RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO -CARTÃO DE CRÉDITO – PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS - AJUSTES REALIZADOS NO PERCENTUAL DE MULTA – REFORMADA DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. “*In casu*”, o pagamento já realizado em face da notificação para recolhimento do ICMS teve por cerne a alíquota do simples nacional, cabendo a complementação do imposto em razão do novo critério da Secretaria de Estado da Receita, que determinou através da Instrução Normativa nº 009/2013/GSER a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas. Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – AUSÊNCIA DE PROVAS ILIDENTES.

Constatado nos autos que o sujeito passivo efetuou desembolsos com valores superiores às receitas, configurada está a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Assim, fez-se necessário a realização de ajuste no percentual de alíquota, sendo considerada a de 17%, por serem aplicadas as empresas do Simples Nacional a legislação aplicáveis as demais pessoas jurídicas quando da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. No caso vertente, a realização do ajuste trouxe repercussão no crédito tributário exigido, todavia, foi mantido o limite do crédito tributário descrito no auto de infração.

Neste caso, no que diz respeito às omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto é ressaltado ao contribuinte a prova da improcedência das correspondentes aquisições, fato este não ocorrido com relação a todas as notas levantadas.

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisões recentes acerca desta matéria, no sentido de ser necessária a apresentação de provas materiais para respaldar a verdade material e a segurança jurídica dos julgados:

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ÔNUS DA PROVA DA INEXISTÊNCIA DO FATO ATRIBUÍDO AO CONTRIBUINTE. RECONHECIMENTO DE PARTE DA EXAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO. NÃO ELIDIDA A PRESUNÇÃO SOBRE O REMANESCENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

Confirmadas as aquisições de mercadorias com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas mediante a falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

Acórdão 367/2012

Relatora: Maria das Graças D. O. Lima

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. ALTERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios evidencia a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Essa presunção admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte. No presente caso, o atuado exerceu o direito de provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa, porém, não acostando aos autos as provas cabais capazes de elidir a acusação. Aplicam-se ao presente julgamento as disposições contidas na Lei nº 10.008/2013-PB, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento.

Acórdão 084/2014

Relator: Roberto Farias de Araújo

Seguindo o entendimento da instância prima, adaptando-se às particularidades presentes, corroboro com a decisão da sentença monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a acusação de omissão dos lançamentos das notas nos livros de registro próprios, ficando o crédito tributário constituído conforme planilha adiante.

2 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS

Em relação ao mérito da ação, a fiscalização efetuou o levantamento Conta Mercadorias- exercício 2008, mediante arbitramento do lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas, efetuando o confronto deste com a Receita de Vendas, apontando uma diferença tributável, fundada na ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, § 4º, inciso II, e art. 646, todos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, abaixo transcritos:

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

(...)

II- o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo

Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (g.n.)

Comparecendo ao processo, à fl. 154 e 681, a recorrente traz a alegação de que a fiscalização não considerou no Levantamento da Conta Mercadorias, exercício 2008, fls. 10, o valor do estoque correspondente aos valores de 31.12.2008, neste caso, analisando as documentações apensas, os relatórios de defesa e as informações constantes no banco de dados da SER-PB, este valor não foi localizado, ficha financeira – 2009 anexa.

No que diz respeito à alegação de que no exercício de 2008, levantamento da conta mercadorias, houve bi tributação por conta da movimentação de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, fls. 155 e 681, pelo que consta nos autos, constata-se que o procedimento fiscal adotado pelo fazendário no estabelecimento fiscalizado eivou-se de falhas, pois observamos que no demonstrativo, fl. 10, as mercadorias sujeitas à substituição tributárias - entradas foram lançadas em seu campo próprio, não foram incluídas informações de saída da substituição que pudessem suscitar responsabilidade de retenção pelo contribuinte, desta forma não ocorreu repercussão para a cobrança dos produtos normais, da mesma forma na diferença questionada.

A arguição relativa à existência de produtos sujeitos a substituição tributária, os quais teriam sido erroneamente considerados como se fossem de tributação normal, não tem razão de ser, especialmente porque os dados colhidos pela fiscalização foram apurados dos próprios livros fiscais da autuada. Ademais, não ficou provado pela autuada que estes valores foram incluídos no cômputo do Levantamento da Conta Mercadorias.

Por conseguinte, uma vez que o Levantamento da Conta Mercadorias foi realizado com base nos livros fiscais constantes da escrita fiscal do contribuinte, e, bem como a empresa não conseguiu provar algum erro cometido pela fiscalização, entendo que prevalece a presunção legal inserida no art. 643, II do RICMS/PB.

Tendo em vista que a ação fiscal tem respaldo nos art. 158, I e 160, I do RICMS/PB, que pressupõem a venda de mercadoria sem documentação fiscal, e nos próprios números lançados pela autuada em seus livros fiscais, em conflito com os números apurados pela fiscalização, entendo procedente a cobrança em discussão.

Sobre a questão, o Conselho de Recursos Fiscais já se manifestou sobre a matéria, vejamos:

“CONTA MERCADORIAS – Arbitramento do Lucro Bruto.

A diferença apresentada no arbitramento do Lucro Bruto caracteriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem o correspondente pagamento do imposto.

In casu, o sujeito passivo não apresentou provas que desconstituíssem o feito fiscal. Mantida a decisão recorrida. Auto de Infração Procedente. **Recurso nº CRF- 218/2005 . Acórdão nº 332/2005. Relator: CONS. ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO”**

De fato, tem razão o autor do feito. A bem de ver, a empresa não fez as provas de suas alegações. Desta forma, corroboro com a decisão da instância prima que considerou procedente a ação fiscal para o exercício de 2008.

3 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO

No que diz respeito à acusação, esta decorre da omissão de saídas detectada por meio do Levantamento Financeiro- Exercícios de 2009 a 2012. Trata-se do comparativo entre as despesas e receitas do estabelecimento comercial durante o exercício fiscalizado, cabendo ao sujeito passivo provar que o agente fazendário incorreu em erros ou omissões na alocação de valores, pois o RICMS/PB, no seu art. 646, parágrafo único, é claro ao estabelecer a presunção de saídas de mercadorias não tributadas ao se apurar despesas superiores a receitas, **in verbis**:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa 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 sem pagamento 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 das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento.

O referido levantamento aplicado no exame da situação fiscal do contribuinte constitui um método de aferição utilizado como uma opção de levantamento de caixa e tem como finalidade verificar se o contribuinte utilizou recursos em volume superior às suas disponibilidades financeiras, 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.

A mencionada infração de Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis teve por base o Levantamento Financeiro, embasada nos dados levantados pelo autuante, no momento da análise documental na auditoria.

A autuada aduz que a fiscalização tomou como base em sua auditoria dados equivocados, fls.681 a 685, uma vez que tais informações não condizem com a realidade. Para citar alguns exemplos, faz menção aos valores relativos às vendas praticadas por ela, os quais divergiriam completamente daqueles constantes de suas GIM – Guia de Informações Mensais, demonstrando valores em quadro anexo às fls.158 e 685.

O autor do feito fiscal procede a uma análise detalhada de toda a documentação da autuada (livros fiscais e EFD - Escrituração Fiscal Digital), concluindo, ao final, que havia correções a fazer, conforme se pode ver de sua contestação, caso em que procede a ajustes no crédito tributário, conforme se observa às fls.522 a 525, dos autos.

Os créditos Tributários, após as correções descritas, segundo informações da fiscalização, ficaram nos seguintes montantes a recolher de R\$ 428.265,59 (exercício de 2010), R\$ 80.789,46 (exercício de 2011), e R\$ 33.184,24 (exercício de 2012).

Entretanto, esta técnica de fiscalização revela uma presunção *juris tantum*, em que as provas de possíveis falhas da auditoria ficam a cargo do contribuinte autuado.

Neste contexto, mister se faz a prova, pela recorrente, da origem dos pagamentos, pois os mesmos efetuados superaram as receitas auferidas, sob pena de serem tomados, pela absoluta ausência de outro caminho, como decorrentes de vendas tributáveis não registradas.

No caso dos autos, convém observar que a recorrente não utilizou a contento a inversão do ônus da prova, mantendo a alegação de que existe uma diferença brutal entre as vendas realmente realizadas e os valores realizados pela fiscalização, fl.686, porquanto não trouxe qualquer arguição capaz de inocentá-la, deixando, pois, prevalecer a presunção legal inerente ao art. 646 do RICMS/PB.

Assim, buscando-se a verdade objetiva dos fatos, lastreada no Princípio da Verdade Material, cabe a este Colegiado reiterar os valores aportados na instância prima neste contexto, julgando procedente a ação fiscal com relação a esta acusação.

4- PENALIDADES APLICADAS

Não se tendo mais o que analisar em relação ao ICMS, passa-se à análise da afirmação feita pela autuada, fls. 379 a 384, dos autos, em sua defesa, quanto à multa. O mesmo alega que a mesma é confiscatória e inconstitucional, 200%, aplicadas aos casos das infrações suscitadas.

No que diz respeito a tal matéria, veremos que não há sustentação para essas alegações conforme exposição de motivos a seguir.

É cediço que a nossa Carta Magna de 1988 trata do princípio de vedação ao confisco, dos tributos, no art. 150, IV. *In verbis*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV- utilizar tributo com efeito de confisco;” (g.n)

Neste norte, em que pese às multas, assim como os tributos, figurarem no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem, conforme definição de tributo extraída do artigo 3º do C.T.N. (Lei nº 5.172/66), abaixo reproduzido :

“ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituído em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (g.n.)

Por outro lado, as multas, por não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízo ao Estado, não estão limitadas ao preceito constitucional anteriormente transcrito. Portanto, a aplicação do postulado tributário do não confisco não deve ser a elas estendido.

Como se observa, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório e sua graduação varia conforme a gravidade da infração praticada, sendo inerente aos poderes de império e de polícia do Estado, devendo coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos. Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa proposta na peça vestibular, não devendo ser retificado ou anulado o auto de infração por esse motivo.

Além disso, o fazendário atuou nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o auditor toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Por fim, para se descon siderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade. E não cabe aos Tribunais Administrativos, adentar nessa seara pretendida. Observe-se o que diz o art. 99 da Lei do ICMS da Paraíba (cujo texto é repetido no art. 678 da RICMS/PB) :

“Art.99. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:
I- a declaração de inconstitucionalidade:”

Contudo, cabe-nos ressaltar, que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, reduzindo-se a multa do percentual de 200% para 100 %, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, necessário se faz a aplicação da redução da multa por infração no percentual de 100%, disciplinada na inteligência emergente do art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito, a partir de 01/09/2013. Desse modo, o art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96 passa a ter a seguinte dicção:

“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):

(...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

(...)

Portanto, cabível se torna a redução da multa disciplinada na Lei nº. 10.008/13, não nos restando outra opção senão, alterar o percentual atribuído à multa do presente libelo fiscal de 200% para 100%, conforme nova redação do artigo supracitado.

Diante do exposto, fica o crédito tributário, quanto aos valores, assim constituído:

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2008	31/12/2008	9.873,22	9.873,22	19.746,44

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2009	31/12/2009	81.363,55	81.363,55	162.727,10
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2010	31/12/2010	428.265,59	428.265,59	856.531,18
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2011	31/12/2011	80.789,46	80.789,46	161.578,92
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	01/01/2012	31/12/2012	33.184,24	33.184,24	66.368,48
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	16/01/2009	16/01/2009	204,79	204,79	409,58
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	06/02/2009	17/02/2009	0	0	0
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	10/03/2009	26/03/2009	143,77	143,77	287,54
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	16/07/2009	16/07/2009	15,32	15,32	30,64
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	14/08/2009	27/08/2009	235,4	235,4	470,8
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	17/09/2009	30/09/2009	1.196,34	1.196,34	2.392,68
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	29/10/2009	29/10/2009	10,68	10,68	21,36
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	04/11/2009	20/11/2009	114,35	114,35	228,7
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	18/12/2009	23/12/2009	38,06	38,06	76,12
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	04/01/2010	19/01/2010	796,94	796,94	1.593,88
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	03/02/2010	18/02/2010	45,14	45,14	90,28
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	02/03/2010	31/03/2010	298,74	298,74	597,48
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	06/04/2010	31/05/2010	89,51	89,51	179,02
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	18/06/2010	18/06/2010	984,55	984,55	1.969,10
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	07/07/2010	22/07/2010	54,29	54,29	108,58
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/09/2010	01/09/2010	114,37	114,37	228,74
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	06/10/2010	22/10/2010	252,81	252,81	505,62
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	03/11/2010	22/11/2010	6.487,37	6.487,37	12.974,74
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	10/12/2010	29/12/2010	469,94	469,94	939,88
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	08/01/2011	26/01/2011	1.369,82	1.369,82	2.739,64
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	09/02/2011	28/02/2011	358,62	358,62	717,24
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/03/2011	24/03/2011	209,1	209,1	418,2
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	02/05/2011	02/05/2011	0	0	0
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	02/05/2011	11/05/2011	0	0	0
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	22/07/2011	22/07/2011	0	0	0
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	09/09/2011	22/09/2011	0	0	0
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	19/10/2011	19/10/2011	0	0	0

AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS					
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	11/11/2011	11/11/2011	0	0	0
Total			646.965,97	646.965,97	1.293.931,94

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento dos Recursos **HIERÁRQUICO**, por regular, e **VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro, e **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, para manter, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, alterando, quanto aos valores, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **93300008.09.000001028/2013-24**, lavrado em 08 de julho de 2013, contra a empresa acima identificada, MEGA MIDIA COMERCIO DE MIDIAS VIRGENS E INFORMATICA LTDA. (CCICMS: 16.142.085-0), declarando como devido o crédito tributário no valor de **R\$ 1.293.931,94 (um milhão, duzentos e noventa e três mil, novecentos e trinta e um reais e noventa e quatro centavos)**, por infração aos artigos 158, I e 160, I, c/c 646; e art. 643, § 4º; II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, **R\$ 646.965,97 (seiscentos e quarenta e seis mil, novecentos e sessenta e cinco reais e noventa e sete centavos)** de ICMS, sem prejuízo da multa por infração, no valor de **R\$ 646.965,97 (seiscentos e quarenta e seis mil, novecentos e sessenta e cinco reais e noventa e sete centavos)**, arrimada nos artigos 82, V, “a” e “f”, todos da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de **R\$ 878.045,44** (oitocentos e setenta e oito mil, quarenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos) sendo **R\$ 77.026,49** (setenta e sete mil, vinte e seis reais e quarenta e nove centavos) de ICMS e **R\$ 801.018,95** (oitocentos e um mil, dezoito reais e noventa e cinco centavos) de multa por infração.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de fevereiro de 2015.

DOMÊNICA COUTINHO S. FURTADO
Conselheira Relatora