

PROCESSO N° 1344312017-2

ACÓRDÃO N° 0218/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MARIA DE FÁTIMA CASSIANO DE FREITAS EPP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. CONTA MERCADORIAS - LUCRO PRESUMIDO. SIMPLES NACIONAL. INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA DE AUDITORIA APLICADA - DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO 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. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- A técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido não é aplicável para contribuinte do Simples Nacional, uma vez que o arbitramento de lucro bruto se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar n° 123/06.

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

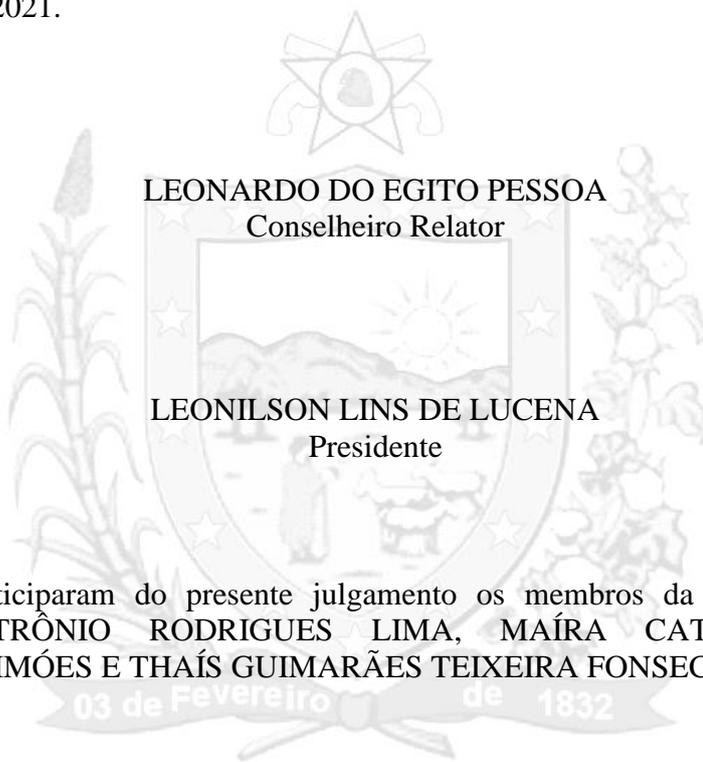
A C O R D A M Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento do recurso de hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para alterar apenas quanto aos fundamentos a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00001969/2017-91, lavrado em 26/08/2017, contra a empresa MARIA DE FÁTIMA CASSIANO DE FREITAS EPP, inscrição estadual n° 16.150.704-2, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 2.431,96 (dois mil, quatrocentos e trinta e um reais e noventa e seis centavos)**, sendo R\$ 1.215,98 (hum mil, duzentos e quinze reais e noventa e oito centavos) de ICMS, por inobservância aos arts. 158, I e 160, I, c/c art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 1.215,98 (hum mil, duzentos e quinze reais e noventa e oito centavos) de multa por infração com fundamento no art. 82, V, alínea “f”, da Lei 6.379/1996.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 311.027,70 (trezentos e onze mil, vinte e sete reais e setenta centavos), sendo R\$ 155.513,85 (cento e cinquenta e cinco mil, quinhentos e treze reais e oitenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 155.513,85 (cento e cinquenta e cinco mil, quinhentos e treze reais e oitenta e cinco centavos) de multa por infração.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de abril de 2021.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

Processo nº 1344312017-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

Recorrida: MARIA DE FÁTIMA CASSIANO DE FREITAS EPP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. CONTA MERCADORIAS – LUCRO PRESUMIDO. SIMPLES NACIONAL. INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA DE AUDITORIA APLICADA - DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO 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. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- A técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido não é aplicável para contribuinte do Simples Nacional, uma vez que o arbitramento de lucro bruto se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso hierárquico interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001969/2017-91, lavrado em 26 de agosto de 2017 em desfavor da empresa MARIA DE FÁTIMA CASSIANO DE FREITAS EPP, inscrição estadual nº 16.150.704-2.

Na referida peça acusatória, 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 lançamento de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa.: REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2015 E 2016.

0027 - 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 detectada através do levantamento da Conta Mercadorias.

Nota Explicativa.: CONFORME QUADRO RESUMO ANEXO A ESTE PROCESSO, NO EXERCÍCIO FISCAL DE 2015, ESTÁ SENDO COBRADO NA CONTA MERCADORIA, O VALOR DO ICMS DE R\$ 37.902,04, REFERENTE À OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NO VALOR DE R\$ 222.953,20, JÁ QUE DO VALOR LEVANTADO DE R\$ 55.813,51, FOI ABATIDO O VALOR DE R\$ 17.911,47, REFERENTE AO VALOR COBRADO POR FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. NO EXERCÍCIO FISCAL DE 2016, ESTÁ SENDO COBRADO NA CONTA MERCADORIA, O VALOR DO ICMS DE R\$ 68.054,95, REFERENTE À OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NO VALOR DE R\$ 378.083,06, JÁ QUE DO VALOR LEVANTADO DE R\$ 100.916,35, FOI ABATIDO O VALOR DE R\$ 32.861,40, REFERENTE AO VALOR COBRADO POR FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 313.459,66 (trezentos e treze mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e sessenta e seis centavos)**, sendo R\$ 156.729,83 (cento e cinquenta e seis mil, setecentos e vinte e nove reais e oitenta e três centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, I; c/fulcro no art. 646; e 643, §4º, II, 158, I e 160, I; c/fulcro no art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB e R\$ 156.729,83 (cento e cinquenta e seis mil, setecentos e vinte e nove reais e oitenta e três centavos) a título de multa por infração, embasada no artigo 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às folhas 10 a 83 dos autos.

Cientificada por via postal em 14/09/2017 (fls. 85/86), a Autuada ingressa com peça reclamatória tempestiva (fls. 88 a 96), protocolizada em 16/10/2017, por meio da qual impugna o Auto de Infração com base nas seguintes alegações:

- a) Alega cerceamento de defesa, tendo em vista que a intimação, citação válida, só deveria ser efetuada após a devolução dos livros e documentos fiscais utilizados pelo agente fazendário para formalizar a denúncia, pois sem a posse direta da documentação não há possibilidade de exercer o direito a ampla defesa e contraditório, dentro dos 30 dias após a citação que ocorrera por AR;
- b) Que a devolução dos livros e documentos necessários a defesa só fora feito em 5/11/17, conforme o próprio Termo de Devolução de Documentos, firmado pelo fiscal (doc. 001), o que teria obstaculizado a defesa em 20 dias;
- c) O termo final para apresentação da defesa, por tal razão, deveria ser 6/11/17 e não 16/10/2017, e desconsiderar como data de início de contagem a data da devolução dos livros evidencia prejuízo da ampla defesa e afronta o Princípio do Devido Processo Legal;
- d) Para evitar a violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, deve o julgador reabrir o prazo de defesa de 30 dias.

Mérito:

1- Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios:

- a) Em relação a acusação de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios alega que não existe tal acusação e aponta os equívocos na própria planilha feita pela fiscalização, indicando as datas em que os documentos foram lançados no LRE, n^os 009 a 010, doc. 002 a 244;
- b) Que os LRE estão devidamente autenticados pela Recebedoria de Rendas de Joao Pessoa, nas datas de 27/4/2016 e 25/4/2017, e que, portanto, seus lançamentos merecem fé, pedindo a improcedência da acusação.

2- Conta Mercadorias:

- a) A acusação é improcedente porque contém erros na tomada de valores pertinentes às entradas;
- b) A primeira irregularidade é que foram computados os valores de R\$ 105.361,56 e R\$ 182.563,33 como outras Entradas Tributadas não Registradas nos Livros Registro de Entradas, 2015 e 2016 respectivamente, e que tal irregularidade nunca existiu, conforme claramente impugnado na primeira acusação;
- c) Em relação aos valores lançados como sendo as “Entradas Mercadorias com Tributação Normal por Compras” não foi possível rebater e apresentar as provas pelo motivo dos livros terem sido entregues apenas em 5/10/2017;
- d) Por esta razão postula os benefícios do art. 397 do CPC, junto ao art. 56 da Lei 10.094/2013 para apresentar provas posteriormente.

In fine, pelas razões apresentadas pede pela nulidade ou improcedência dessa acusação.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 346), foram os autos conclusos (fls. 347) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuído a julgadora fiscal Graziela Carneiro Monteiro, que julgou o auto de infração parcialmente procedente, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES NOS LIVROS PRÓPRIOS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES PRETÉRITAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. SIMPLES NACIONAL. TÉCNICA INAPROPRIADA. VÍCIO MATERIAL CARACTERIZADO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. A reclamante colacionou provas que fez perecer parcela dos lançamentos indiciários.

- Jurisprudência recente do Conselho de Recursos Fiscais deste Estado entende que o procedimento realizado quando do levantamento da Conta Mercadorias – Lucro Presumido, não é aplicável para contribuinte optante pelo regime simplificado de

tributação do Simples Nacional, uma vez que a obrigatoriedade de auferir lucro bruto de 30%, sobre as vendas, demonstra-se incompatível, e, em desacordo com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06. Assim, verifica-se a inaplicabilidade desta técnica de apuração da regularidade fiscal do contribuinte – Simples Nacional, o que indica vício material que macula o respectivo lançamento de ofício.

Todavia, declarada a nulidade do lançamento, e, em sendo possível e identificado indícios de omissões, tem a Fazenda o direito de realizar nova fiscalização, valendo-se de técnica apropriada, com o condão de reaver os créditos tributários que porventura persistirem.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Após os ajustes o crédito tributário restou constituído no montante de **R\$ 2.431,96**, sendo R\$ 1.215,98 de ICMS e R\$ 1.215,98 de multa por infração.

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão singular via DTe em 23/11/2020 (fls. 367), a autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre as seguintes denúncias: **a)** omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, detectada através da falta de lançamentos de notas fiscais de aquisição nos livros próprios – 2015 e 2016; e **b)** omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada por meio da técnica denominada conta mercadorias – 2015 e 2016, formalizada contra a empresa MARIA DE FÁTIMA CASSIANO DE FREITAS EPP, já previamente qualificada nos autos.

De início, importante destacar que os lançamentos que constituíram o crédito tributário em questão foram procedidos em conformidade às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais e essenciais à sua validade, não havendo casos de nulidades elencados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou parcialmente procedente o auto de infração ora em combate, porquanto com relação à acusação 01 (falta de lançamento de n.f. de aquisição nos livros próprios), a autuada conseguiu comprovar os registros da quase totalidade das notas fiscais relacionadas pela fiscalização e no que diz respeito à acusação 02 (conta mercadorias), a mesma foi julgada nula por vício material em virtude da condição de optante do Simples Nacional pela autuada.

Sem preliminares a serem analisadas, destaco que o que estamos a julgar é o recurso hierárquico interposto pela instância *a quo*, que julgou parcialmente procedente o libelo acusatório.

Acusação 01: Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2015 e 2016, referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos às folhas 16 a 26 dos autos.

Como se sabe, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Redação vigente à época dos fatos:

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.

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

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;

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas. Senão vejamos:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Em primeira instância, a diligente julgadora singular após analisar as provas apresentadas pela autuada, bem como o módulo de declarações no Sistema ATF, concluiu que apenas as notas fiscais nº 1301170 de jan/15, 479734 de jan/15, 2803938 de jun/15, 114382 de jul/15, 116 de jul/15, 1391017 de mai/16, 510384 de mai/16, 226280 de mai/16, 939370 de mai/16, 431844 de mai/16, 65840 de jun/16, 65841 de jun/16, 140565 de ago/16, 235675 de ago/16 e 172827 de ago/16, deixaram de serem declaradas pela autuada, restando configurada apenas de forma parcial a subsunção desta conduta da Autuada às disposições contidas nos artigos apontados como infringidos pelo Representante Fazendário.

Outrossim, necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pela n. julgadora fiscal (fls. 349 a 364), com os quais concordamos integralmente.

Ademais, compulsando o caderno processual, bem como a decisão emanada da instância *a quo* no tocante a presente acusação, não resta dúvida quanto ao acerto da decisão monocrática que julgou parcialmente procedente a acusação em tela.

Dessa forma, venho a ratificar os termos da decisão singular no tocante a acusação em epígrafe, por considerar que se procedeu conforme as provas colacionadas aos autos e nos termos da legislação tributária.

Acusação 02: Conta Mercadorias

É sabido que o Levantamento da Conta Mercadorias, guardião do movimento de entradas e saídas da espécie, tem a finalidade de aferir a margem mínima de lucro alcançada pelo contribuinte, e, através da análise dos estoques inicial e final de cada período, obtém-se elementos necessários à apuração de irregularidades.

Por oportuno, registre-se que o levantamento da Conta Mercadorias está previsto no RICMS/PB em seu art. 643, § 4º, II, assim como a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis está capitulada no parágrafo único do art. 646 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

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.

(...)

§ 3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não esteja obrigado ao regime de tributação com base no lucro real e tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

§ 4º Para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, onde couber, os procedimentos abaixo, dentre outros, cujas repercussões são acolhidas por este Regulamento:

(...)

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, observado o disposto no inciso III do parágrafo único do art. 24.

§ 6º. As diferenças verificadas em razão dos procedimentos adotados nos incisos I e II do § 4º deste artigo denunciam irregularidade de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, observado o disposto no parágrafo único do art. 646 deste Regulamento.

Redação vigente à época dos fatos:

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

- a) insuficiência de caixa;
- b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, **bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto** ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso. (g.n.)

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;

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “a”, estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas.

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;

A presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido artigo.

Valendo-se do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, comparece aos autos o sujeito passivo, afirmando que o procedimento fiscal que embasou a denúncia (Conta Mercadorias – Lucro Presumido) fora realizado de forma equivocada e aponta alguns supostos vícios, segundo a defesa, teriam comprometido os lançamentos tributários.

No caso dos autos, a denúncia em exame exige uma análise mais minuciosa e que precede a análise probatória.

Primeiramente, devemos observar que, durante os períodos dos fatos geradores, a empresa estava enquadrada como Simples Nacional, conforme atesta o extrato da consulta ao Dossiê do Contribuinte do Sistema ATF da Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba:

Histórico das alterações cadastrais							
Início	Término	Razão social	Situação cadastral	Natureza jurídica	Tipo de estabelecimento	Tipo de unidade	Regime de apuração
08/01/2007	01/07/2007	MARIA DE FATIMA CASSIANO DE FREITAS EPP	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	EMP. PEQ. PORTE
01/07/2007	---	MARIA DE FATIMA CASSIANO DE FREITAS EPP	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL

Portanto, sendo a técnica da Conta Mercadorias aplicada nos exercícios de 2015 e 2016, período em que a recorrente se encontra sob a égide deste regime simplificado de tributação, requer uma análise diferenciada.

Por conseguinte, no que tange a não aplicação da técnica denominada conta mercadorias – lucro presumido para os contribuintes optantes do Simples Nacional, temos que o funcionamento adequado do ordenamento administrativo requer que as decisões de primeira instância busquem preservar a estabilidade do sistema por meio de respeito aos precedentes. O respeito às decisões colegiadas indica a existência de coerência do sistema, quando tais manifestações envolvam o mesmo tema e as mesmas circunstâncias.

Em julgamento do HC 152.752 a Min. Rosa Weber enfrentou a dicotomia entre a necessidade de segurança jurídica e da atualização do Direito operada pela via Judicial, indicando que a atividade hermenêutica dos juízes e tribunais deve evitar a ruptura brusca de precedentes. Vejamos excerto da fundamentação:

Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio. Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural. Nessa linha argumentativa, afirma Frederick Schauer: “espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião”. [4] Igualmente Neil MacCormick, para quem a “fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro” [5]. É dizer, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. As instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos. (g. n.)

Percebe-se, portanto, que o valor “segurança jurídica” demanda o respeito aos precedentes, motivo pelo qual, será demonstrado a seguir o reiterado posicionamento do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba – CRF/PB, no sentido de que não é cabível o emprego da técnica denominada conta mercadorias – lucro presumido as empresas optantes do Simples Nacional. Vejamos:

Acórdão 185/2019

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Recorrida: JOSENILDO ALVES DE ARAÚJO ME

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuante(s): HORACIO GOMES FRADE

Relatora: CONS.ª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME DE TRIBUTAÇÃO SIMPLES NACIONAL. TÉCNICA DE FISCALIZAÇÃO INADEQUADA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A legislação estadual autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto estadual, quando for detectada diferença tributável via Conta Mercadorias, na hipótese do sujeito passivo não possuir escrita contábil.

No entanto, a técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido não é aplicável para contribuinte do Simples Nacional, uma vez que o arbitramento de lucro bruto se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06. O contribuinte enquadrado como Simples Nacional possui características e regramento próprios, o que o coloca em situação especial, não permitindo a utilização de margem de lucro presumido para fins de surgimento da presunção *juris tantum* de omissão de receitas.

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

Acórdão 482/2019

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: EGÍDIO SEBASTIÃO DE FIGUEIREDO-ME

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP.

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

Autuante: RANIERE ANTONIO DE FIGUEIREDO TEXEIRA

Relatora: CONSª. DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. SIMPLES NACIONAL. REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido não é aplicável para contribuinte do Simples Nacional, uma vez que o arbitramento de lucro bruto se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06. O contribuinte enquadrado como Simples Nacional possui características e regramento próprios, o que o coloca em situação especial, não permitindo a utilização de margem de lucro presumido para fins de surgimento da presunção *juris tantum* de omissão de receitas.

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

Acórdão 311/2020

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MARIA DO CARMO RODRIGUES LOPES

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA SEFAZ – PATOS

Autuante: RODRIGO JOSÉ MALTA TEIXEIRA

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. CONTA MERCADORIAS – LUCRO PRESUMIDO. SIMPLES NACIONAL. INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA DE AUDITORIA APLICADA. DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Improcedência do crédito tributário apurado sobre o exercício de 2012, em relação à técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido – aplicado ao contribuinte que era optante pelo regime de recolhimento do Simples Nacional, uma vez que o arbitramento de lucro bruto se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06. O contribuinte enquadrado como Simples Nacional possui características e regramento próprios, o que o coloca em situação especial, não permitindo a utilização de margem de lucro presumido para fins de surgimento da presunção “*juris tantum*” de omissão de receitas.

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

Acórdão 424/2020

TRIBUNAL PLENO

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

Recorrida: CASA IDALINO ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA

Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CATOLÉ DO ROCHA

Autuante: JAILDO GONÇALVES DOS SANTOS

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS — CONTA MERCADORIAS – INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA PARA CONTRIBUINTES DO SIMPLES NACIONAL – IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE – TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL – IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido não é aplicável para contribuinte do Simples Nacional, uma vez que o arbitramento de lucro bruto se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06. O contribuinte enquadrado como Simples Nacional possui características e regramento próprios, que o coloca em situação especial, não permitindo a utilização de margem de lucro presumido para fins de surgimento da presunção juris tantum de omissão de receitas.

- Improcedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional quando não caracterizada a conduta infracional consignada no Auto de Infração que motivou a lavratura do referido Termo.

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

O posicionamento adotado por este C. Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba demonstra a pacificação de entendimento e, apesar de não ter gerado a produção de súmula vinculante administrativa, nos termos do art. 90 da Lei nº 10.094/2013, pode e deve ser considerado como fonte do direito, fornecendo norte hermenêutico ao julgador.

Na decisão recorrida, foi reconhecida a nulidade, por vício material, dos lançamentos, sob o fundamento de que o vício material identificado atingiu a própria identificação da natureza da infração, e não somente a descrição do fato, nos termos do inciso III do art. 14 da Lei Estadual nº 10.094/2013, *litteris*:

Art. 14. São nulos:

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

Em que pese haver, nos autos, levantamentos fiscais que evidenciam, em tese, a ocorrência de omissão de saídas, entendo que este fato não caracteriza vício de natureza material. Sendo assim, peço vênias ao preclaro julgador monocrático para manifestar posicionamento em sentido diverso.

Na sentença proferida pela instância *a quo*, restou consignado o seguinte entendimento:

“Verificada a natureza material do vício que aniquila a ilação ora analisada, a legislação autoriza a Fazenda realizar outros procedimentos e exames de auditoria, aplicáveis às empresas do Simples Nacional, em busca do direito de reaver o crédito tributário, que ainda persista, e que não esteja acometido pela decadência, face a declaração da nulidade da infração ora analisada”.

Na situação em exame, os elementos dos lançamentos são suficientes para determinar a matéria tributável. O que contaminou os lançamentos foi a técnica empregada em razão de o contribuinte estar submetido às regras da Lei Complementar nº 123/06.

Vê-se que a descrição da infração e o enquadramento legal não deixam dúvidas quanto aos critérios e os conceitos jurídicos que motivaram a autuação. No libelo acusatório, todos os elementos relacionados aos fatos geradores estão bem delineados e apontam para a identificação correta de quem cometeu a infração.

No caso dos autos, portanto, não houve incorreção quanto aos critérios e conceitos jurídicos, não havendo, por conseguinte, que se falar em vício de natureza formal e/ou material.

Diante de todo o exposto, embora por motivo diverso do que fora consignado na decisão singular, decido pela improcedência da acusação em tela.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para alterar apenas quanto aos fundamentos a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001969/2017-91, lavrado em 26/08/2017, contra a empresa MARIA DE FÁTIMA CASSIANO DE FREITAS EPP, inscrição estadual nº 16.150.704-2, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 2.431,96 (dois mil, quatrocentos e trinta e um reais e noventa e seis centavos)**, sendo R\$ 1.215,98 (hum mil, duzentos e quinze reais e noventa e oito centavos) de ICMS, por inobservância aos arts. 158, I e 160, I, c/c art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 1.215,98 (hum mil, duzentos e quinze reais e noventa e oito centavos) de multa por infração com fundamento no art. 82, V, alínea “f”, da Lei 6.379/1996.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 311.027,70 (trezentos e onze mil, vinte e sete reais e setenta centavos), sendo R\$ 155.513,85 (cento e cinquenta e cinco mil, quinhentos e treze reais e oitenta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 155.513,85 (cento e cinquenta e cinco mil, quinhentos e treze reais e oitenta e cinco centavos) de multa por infração.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de abril de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator