Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 1012122015-0
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GIANCARLOS ESTRELA DE OLIVEIRA
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante(s): ROZANA MARIA PEREIRA GOMES DE ANDRADE
Relatora: CONS.ª MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. TÉCNICA INAPTA PARA APURAÇÃO FISCAL. EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL. CONTA MERCADORIAS. NULIDADE VÍCIO MATERIAL. VENDAS REALIZADAS COM USO DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Examinando a técnica aplicada para a apuração do feito fiscal, temos que ela não é apta para apuração do crédito. Isto porque, não se pode exigir lucro bruto de 30% das empresas do SIMPLES NACIONAL em função da obrigatoriedade não constar de qualquer dispositivo da Lei 123/06, em observância ao princípio de que a lei específica prevalece sobre a geral.

Na acusação de omissão de vendas cartão de crédito/débito é entendimento pacífico de que há irregularidade quando as vendas declaradas pela empresa apresenta divergência quando confrontada com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu parcial provimento, para alterar, a sentença prolatada na instância singular e julgar parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2015-2, lavrado em 21/07/2015, em nome da empresa GIANCARLOS ESTRELA DE OLIVEIRA, Inscrição Estadual nº 16.177.413-0, declarando devido o crédito tributário no montante de R$ 21.972,72(Vinte e um mil, novecentos e setenta e dois reais e setenta e dois centavos), sendo R$ 10.986,36(dez mil, novecentos e oitenta e seis reais e trinta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, c/c 160, I, com fulcros nos artigos 643 § 4, II c/c 646, V, todos do RICMS-PB e R$ 10.986,36(dez mil, novecentos e oitenta e seis reais e trinta e seis centavos), a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “a”, da Lei nº

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

6379/96. Em tempo, cancelo, por indevido o valor de R$ 24.940,58 (vinte e quatro mil, novecentos e quarenta reais e cinquenta e oito centavos), pelos motivos acima expostos.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de maio de 2019.

MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ e GILVIA DANTAS MACEDO.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Relatório

Cuida-se de *Recurso Voluntário***,** interposto nos moldes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2015-2, lavrado em 21/07/2015, em nome da empresa GIANCARLOS ESTRELA DE OLIVEIRA, Inscrição Estadual nº 16.177.413-0,em razão de descumprimento de obrigações principais, assim descritas:

0027 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, detectada por meio do levantamento Conta Mercadorias.

0563 - OMISSÃO DE VENDAS-OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, em virtude de ter declarado suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Pelo fato, foi enquadrada a infração no art. Art. 643, §4º, II; Art. 160, I, c/fulcro, Art. 158, I; e, e Art.646, parágrafo único; 160, I, c/c Art. 646, V. todos do RICMS-PB, aprovados. pelo Dec. n°

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

18.930/97, perfazendo um crédito tributário no valor de R$ 46.913,30(Quarenta e Seis Mil, Novecentos e Treze Reais e Trinta Centavos), por infringência ao Art. 82, V, “a”, da Lei 6379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 06 à 24.

Cientificada da acusação, em 23/07/2015, a autuada não conformada com a lavratura do auto, apresentou reclamação à GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP, tendo protocolado (fl. 25) Reclamação, fls. 26/33, oportunidade em que elaborou breve exposição fática em que aduz que em 01/07/2007 deixou de ser optante do simples nacional, passando a ser aderente a sistemática do simples nacional. Que o auto foi lavrado em meados do mês de julho de 2015, e que a fiscal teria aplicado uma alíquota de 17% nas supostas irregularidades, que sua exclusão do simples nacional não foi motivada por constatação de saídas descobertas de documento fiscal, e sendo provado que isso ocorreu, está disposto a pagar o devido imposto, porém nas alíquotas do simples, e não na cobrada pela fiscal.

Prossegue informando que quanto ao levantamento da Conta Mercadoria, a auditoria foi equivocada, contrariando o art.643 §5, do decreto 18.930/97, já que o contribuinte possui LIVRO DIÁRIO e LIVRO CAIXA, contendo todos os lançamentos de DESPESA/RECEITA, como também todo ingresso de numerários.

Acrescenta que estaria ausente justificativa inteligível do fiscal, sem, no seu sentir, deixar claro quais notas não foram inclusas no lançamento, tampouco a metodologia utilizada para chegar às conclusões, fato esse que ensejaria o cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Juntou documentos às fls. 34/96.

Sem informações de antecedentes fiscais, fls. 42, os autos conclusos (fl. 44) foram remetidos à instância prima, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Francisco Nociti.

Com a devida instrução processual, o julgador singular, após a análise, julgou o libelo basilar *procedente*, cuja decisão resta assim ementada:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. DIFERENÇA NAS OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. DENÚNCIAS COMPROVADAS.

- Confirmada a irregularidade fiscal atestando a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis através do Levantamento da Conta Mercadorias, com alíquota interna devida pela legislação aplicada ás demais pessoas jurídicas. Desconsiderada a escrituração contábil por falta de autenticação da Junta Comercial.

- É pacificado o entendimento acerca da irregularidade, quando da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, na ocorrência de diferença entre valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

Após análise, restouconsignado um crédito tributário, no montante de R$ 46.913,30(Quarenta e Seis Mil, Novecentos e Treze Reais e Trinta Centavos), de ICMS e multa por infringência às normas do RICMS.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Interposto recurso de ofício, nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, a autuada, cientificada, regularmente, da decisão singular em 24/07/2018, à fl. 109, via Aviso de Recebimento, a autuada protocolou no dia 20/08/2018, (fl 111), Recurso Voluntário (fls. 112/120), reiterando os argumentos apresentados na defesa, requerendo, ao final, a improcedência da sentença singular e a anulação do auto de infração em tela..

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria para apreciação e julgamento.

Este é o relatório**.**

VOTO

Trata-se de *recurso voluntário* interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002175/2016-64, lavrado em 1/11/2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Importa ressaltar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

De início, cabe destacar que m exame, acusações sobre a prática irregular de omissão de saídas tributáveis detectadas mediante Levantamento da Conta Mercadorias, correspondente aos exercícios de 2013 e 2014 em empresa inserida no Regime Simples Nacional.

Em princípio, cabe observar que o lançamento fiscal observou, de forma rigorosa, as disposições do art. 142 do CTN, não importando qualquer pretensão de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), em conformidade com o que segue:

CTN.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei do PAT.

Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

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;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

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.

A) DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 643, § 4º, II do RICMS ÀS EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL

Inicialmente, necessário tecer alguns comentários a respeito da referida técnica contábil. É de notável e largo conhecimento entre os que labutam nos ramos do direito tributário e da contabilidade a referida conta mercadoria, que é técnica de fiscalização que se presta a verificar se o contribuinte de fato atende à legislação do ICMS em vigor, mais especificamente, se apurou lucro bruto com mercadorias tributáveis em percentual mínimo de 30%, caso em que, não ocorrendo, vai refletir na falta de recolhimento do ICMS e na constatação de omissão presumida de saídas de mercadorias tributáveis.

Claro está, contudo, que a referida técnica exclui até a entrada em vigor da Lei n.º 123/06, que

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, as empresas que declaram seus resultados com base no lucro real, aplicando-se, assim, apenas àquelas que apuram seus resultados com base no lucro presumido, conforme já largamente conhecido dos operadores do Direito.

O procedimento é técnica de fiscalização simplória, a vislumbrar, para os casos em que a legislação a prevê, omissão de saídas tributáveis – por presunção - decorrente da aplicação do disposto no artigo 646, e em consonância com o que estabelece o inciso II, do parágrafo 4º do artigo 643, que obriga o contribuinte que apura o resultado com base no lucro presumido a superávit nunca inferior a 30%, *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.

[...]

§ 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.

Assim, a aplicação do dispositivo destacado em combinação com o que preceitua o artigo 646, faz alvorecer a presunção de omissão de saídas em decorrência da não observância do percentual mínimo de lucro bruto imposto na legislação do ICMS em vigor no estado:

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;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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. (destaque nosso)

É uma posição que se sustenta em vastos julgados do Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão n. º 684/2018, exarado por esta corte de julgamento colegiado em 27/12/2018:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. SIMPLES NACIONAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

As diferenças apuradas em Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro denunciam omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência.

Ressalte-se, neste caso, a ressalva da parte final do *caput* do artigo 646, que coloca à disposição do contribuinte, de forma categórica e explícita, a prova da improcedência da acusação, que, em consonância com o princípio à ampla defesa e ao contraditório, foi oportunidade aproveitada pelo contribuinte, que alegou tudo aquilo que quis.

Ocorre que, no plano do direito, são as alegações que emprestam força ao debate que se estabelece no litígio, mas no plano dos fatos, as provas são elementos incontestáveis a emprestar força às considerações feitas ao longo do processo que se desenrola, de forma litigiosa, no âmbito da querela administrativa.

Em que pese não ter havido qualquer questionamento por parte do contribuinte sobre a aplicação da técnica de apuração do feito fiscal, insta rememorar nestes autos a ampla discussão em torno deste assunto.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Após discussão em colegiado, esta relatoria passou a entender que a Técnica Conta Mercadorias aplicada no caso concreto, qual seja, empresas inseridas no Regime do Simples Nacional, com o dever de apresentar lucro bruto de 30%, não teria o condão de apurar de forma adequada crédito tributário a ponto de lavrar lavrar Auto de infração, com consequências, inclusive, de ordem criminal.

E, ainda em relação à inaplicabilidade da técnica fiscal, deve-se chamar atenção para um fato bastante relevante: que estamos diante de antinomia que coloca frente a frente uma Lei Complementar de aplicação em todo o território brasileiro (Lei 123/06) com um decreto estadual que vigora apenas no território paraibano (Decreto 18.930/97). Ou seja, diante da antinomia, ao sopesar a prevalência das Normas, temos que, quer seja pelo critério cronológico, pelo critério hierárquico ou pelo critério da especificidade, em qualquer destes, a aplicabilidade da Lei 123/06 se sobressairia.

Assim, não parece razoável a exigência, muito mais ainda a cobrança de tributo através do referido levantamento. E, malgrado a primariedade do referido levantamento, entendo que, somente para aqueles contribuintes, cuja desídia sobre os seus negócios exsurge pela resistência em apurar seus resultados pelo lucro real, possa se aplicar os paradigmas do referido artigo 643.

Assim, sendo a Técnica inapropriada, por conseguinte, não há que se falar em prosseguimento do julgamento do auto, não havendo espaço sequer para iniciar a análise do mérito, visto que, desde seu nascedouro já padece de vício material, pelo menos no que se refere à esta infração.

Prosseguindo para a análise da segunda infração apontada, temos que no confronto entre as operações apontadas pelas operadoras de cartão de crédito e as saídas tributáveis declaradas pela recorrente há inconsistência, incorrendo assim, na presunção legal de omissão de venda consubstanciada no art. 646, do RICMS/PB.

Em suas razões, a defesa não logrou êxito em afastar a acusação, embora tenha tido, por duas vezes, a oportunidade de colacionar documentos ou mesmo argumentos capazes de sucumbir esta acusação e, diante da presunção legal, somente a recorrente seria capaz de enfrentar a acusação com a apresentação de documentos fiscais dos quais seria detentora.

Dessa forma, os documentos que instruem a inicial acusatória apresentam força suficiente para sustentar a acusação fiscal, não restando alternativa para esta relatoria senão pugnar pela manutenção do auto no tocante à esta infração, acolhendo como válida a presunção estatuída no art.646, V, do RICMS/PB.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

EX POSITIS,

V O T O – Pelo recebimento do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para alterar, a sentença prolatada na instância singular e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001140/2015-2, lavrado em 21/07/2015, em nome da empresa GIANCARLOS ESTRELA DE OLIVEIRA, Inscrição Estadual nº 16.177.413-0, declarando devido o crédito tributário no montante de R$ 21.972,72(Vinte e um mil, novecentos e setenta e dois reais e setenta e dois centavos), sendo R$ 10.986,36(dez mil, novecentos e oitenta e seis reais e trinta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, c/c 160, I, com fulcros nos artigos 643 § 4, II c/c 646, V, todos do RICMS-PB e R$ 10.986,36(dez mil, novecentos e oitenta e seis reais e trinta e seis centavos), a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6379/96.

Em tempo, cancelo, por indevido o valor de R$ 24.940,58 (vinte e quatro mil, novecentos e quarenta reais e cinquenta e oito centavos), pelos motivos acima expostos.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de maio de 2018.

Mônica Oliveira Coelho de Lemos

Conselheira Relatora

Phoca PDF