Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº011.557.2013-0
Recursos HIE/VOL/CRFnº358/2016
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
1°RECORRENTE:GERÊNCIA EXECUTIVA JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
1°RECORRIDA:JOÃO EVANGELISTA DO NASCIMENTO
2°RECORRENTE:JOÃO EVANGELISTA DO NASCIMENTO
2°RECORRIDA:GERÊNCIA EXECUTIVA JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
PREPARADORA:COLETORIA ESTADUAL DE ESPERANÇA
AUTUANTE:FLAVIO MARTINS DA SILVA
RELATORA:CONSª.NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. SIMPLES NACIONAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

As diferenças tributáveis, apuradas via Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro, ensejam a presunção legal da omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. No entanto, é facultada ao contribuinte a prova da improcedência da acusação, todavia, esta não foi acostada aos autos.
A Lei Complementar 123/2008 impõe que, apurada omissão de receitas para os optantes do Simples Nacional, deve-se observar a legislação de regência das demais pessoas jurídicas no tocante às alíquotas e penalidades aplicadas.
Confirmada a redução da multa em virtude do advento de Lei mais benéfica ao contribuinte.

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

A C O R D A M os membros da 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso *hierárquico*, por regular, e do recurso *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000141/2013-92, lavrado em 14 de fevereiro de 2013, contra a empresa JOÃO EVANGELISTA DO NASCIMENTO, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.163.729-9, já qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R$ 47.594,08 (quarenta e sete mil, quinhentos e noventa e quatro reais e oito centavos), sendo R$ 23.797,04 (vinte e três mil, setecentos e noventa e sete reais e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I, com fulcro nos arts. 643, §4º, II, 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97 e R$ R$ 23.797,04 (vinte e três mil, setecentos e noventa e sete reais e quatro centavos), de multa por infração, nos termos

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

do art. 82, V, “a” e “f”, da Lei n° 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante deR$ 23.698,75, (vinte e três mil, seiscentos e noventa e oito reais e setenta e cinco centavos), de multa por infração, em razão das fundamentações apresentadas neste voto.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, GILVIA DANTAS MACEDO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, e THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA.

Assessora Jurídica

#

R E L A T Ó R I O

Examinam-se neste Colegiado os recursos hierárquico e voluntário, nos moldes dos artigos 80 e 77, da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, diante do inconformismo da autuada com a sentença

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

prolatada na instância prima que considerou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000141/2013-92**,** lavrado em14 de fevereiro de 2013.

O Auto de Infração acima citado aponta que a recorrente cometeu as seguintes infrações:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO **>>** O contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista a constatação que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS **>>** Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através da Conta Mercadorias.

Considerando as infrações ora denunciadas, os auditores fiscais constituíram crédito tributário, por lançamento de ofício, no importe de R$ 71.292,83, sendo R$ 23.797,04 de ICMS, por violação aos arts. 158, I; 160, I; c/c o parágrafo único do art.646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com fulcro nos arts. 9º e 10º da Res. CGSN nº 030/2008 e/ ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, e R$ 47.495,79 de multa por infração com supedâneo no art. 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/96 c/c o art. 16, II, da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II, da Res. CGSN nº 094/2011.

Documentos instrutórios anexos às fls. 4/58 dos autos.

Regularmente cientificada da ação fiscal, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 59), a empresa autuada apresentou peça reclamatória (fls. 61/65) em tempo hábil, anexando documentos às fls. 66/71.

Na reclamação, o contribuinte expõe sua estranheza quanto à legislação que dar suporte ao feito fiscal, qual seja, a Lei 6.379/96 e a Lei Complementar 123/2006, esta última aplicada apenas a um exercício. Adita que o Estado da Paraíba não implantou em sua circunscrição o Auto de Infração Eletrônico Integrado.

Por fim, requer a anulação do auto de infração em comento, pois, no seu entendimento, este não é documento hábil para constituir obrigação tributária da alçada do simples nacional, assim como o parcelamento da importância de R$ 6.182,14 acrescida da multa regulamentar prevista na LC

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

123/2006.

Instado (fls. 72) a se pronunciar quanto à impugnação apresentada pelo contribuinte, o autor do feito fiscal relata que a autuada não combateu as técnicas de fiscalização adotadas, limitou-se a dizer que o Auto de Infração Eletrônico Integrado alcançaria o crédito tributário devido a todos os fiscos envolvidos. Adita, o autuante, que a reclamante não concordou com a adoção da alíquota de 17%.

O fazendário esclarece que a Resolução CGSN nº 32, de 17 de março de 2008, no seu art. 2º, § 3º, prevê o uso de outro modelo de auto de infração além do eletrônico integrado, assim como acrescenta que, nas hipóteses de omissões de saída apuradas pela fiscalização, a legislação aplicada será a das demais pessoas jurídicas, conforme art. 2º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER. Por fim, remete o presente processo ao órgão julgador na expectativa do reconhecimento da legitimidade do feito.

Sem a informação de reincidência processual (fls. 79), os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, que os devolveu à preparadora para saneamento a fim de que o autuante juntasse ao processo os demonstrativos fiscais referentes ao Levantamento Financeiro, exercícios 2009 e 2011, e Conta Mercadorias, exercício 2010 (fls. 82).

Cumprido o saneamento requerido pela GEJUP, os autos retornaram à instância monocrática, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela parcial procedência do libelo basilar, obrigando o autuado ao recolhimento do crédito tributário no importe de R$ 47.594,08, sendo R$ 23.797,04 de ICMS e R$ 23.797,04 de multa por infração, em conformidade com o entendimento esposado na ementa abaixo reproduzida, *litteris:*

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONTA MERCADORIAS. CONFIRMAÇÃO TOTAL. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA.

- Diante da ausência de contraprova nos autos, confirma-se a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através da auditoria da Conta Mercadorias e do Levantamento Financeiro.

- Comprova-se a parcialidade da exigência fiscal, diante da redução da multa por infração, em face da vigência da lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Dando seguimento, o autuado foi regularmente cientificado do teor da decisão singular, consoante documentos anexos às fls. 102/104. Como resultado, o contribuinte impetrou recurso voluntário (fls. 108/121), conforme Documento nº 0241602016-1, a este Conselho de Recursos Fiscais.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Na peça recursal (fls. 108/121), a recorrente expõe sua irresignação com o resultado alcançado pela fiscalização, dizendo que foi auditada com base na Lei Complementar 123/2006 e nas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, todavia, foi autuada com fulcro no RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e as penalidades propostas com espeque na Lei 6.379/96.

Assim, conclui que a legislação aplicável às empresas optante do simples nacional não foi observada pelo órgão julgador singular ao proferir sua sentença, daí afirma que “A jurisdição não faz justiça fiscal, posto que não é correta a sua conclusão.”. Repisa que houve erro de aplicação da legislação no julgamento singular, alegando que há nos autos uma argumentação que precisa ser enfrentada com objetividade, clareza e fundamentação jurídica para promover justiça, e não apenas interesses arrecadatórios.

Neste sentido, prossegue o recurso voluntário repisando que há um erro na aplicação da legislação, afirmando que os Estados não podem abandonar a Lei Complementar 123/2006 para exigir obrigação com esteio na legislação estadual. Insiste que a fiscalização não pode ocorrer fora do Sefisc (fls. 112).

Discorre ainda acerca da legitimidade do Estado da Paraíba para fiscalizar, repisa que o Estado não pode ser arbitrário e exigir ICMS de empresa do Simples Nacional fora da LC 123/2006.

Continua a tessitura do recurso, fazendo considerações acerca de omissão de receitas, dizendo que os Estados podem auditar, exigir e impor o cumprimento de obrigação principal por constatação de omissão de receitas decorrentes das técnicas presuntivas: Levantamento Financeiro e Conta Mercadorias, de acordo com o art. 82 da Resolução CGSN nº 94/2011.

Posteriormente, a recorrente se contradiz ao afirmar que, na hipótese de constatação de omissão de receitas por parte de empresa optante pelo simples nacional, a cobrança do imposto deve ser realizada com base no art. 83 da Resolução CGSN nº 94/2011.

Dando seguimento, reconhece a possibilidade de cobrança do imposto arrimada em técnica de fiscalização que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, todavia, acrescenta que a penalidade aplicada deve ser aquela prevista no art. 87 e seguintes da Resolução CGSN nº 94/2011.

Por fim, requer o recebimento do recurso voluntário com efeito suspensivo, o seu provimento para ser declarada a nulidade da sentença singular a fim de ser constituído novo feito com base na LC 123/2006 e na Resolução CGSN nº 94/2011, ou ainda, pleiteia que o Conselho de Recursos Fiscais

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

admita que a empresa possa refazer seu PGDAS para incluir a omissão de receita ora vergastada, tornando a autuação regular e não gerar conflito com o interesse dos demais fiscos.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, a mim, distribuídos por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

V O T O

Cuidam-se, nestes autos, dos recursos *hierárquico e voluntário*, impetrados nos moldes dos arts. 80 e 77, da Lei Estadual nº 10.094/2013, respectivamente, em virtude de o nobre julgador fiscal haver reformado o crédito tributário a fim de ajustar a penalidade aplicada ao comando da lei superveniente mais benéfica ao contribuinte, assim como de o contribuinte haver externado seu inconformismo com o teor da decisão singular, pois, no seu entender, houve erro na aplicação da Lei Complementar 123/2006 pela fiscalização e pela GEJUP.

De chofre, numa análise preliminar, não se vislumbra qualquer vício formal ou material capaz de comprometer o lançamento tributário, pois estão perfeitamente determinados a natureza da infração, a pessoa do infrator, assim como as normas infringidas e a identificação dos autuantes, ou seja, o auto de infração foi concebido na forma delineada pelo art. 17 da Lei n° 10.04/2013, nada enseja sua nulidade.

Além disso, estão preservados nos autos a ampla defesa e o contraditório, diante da manifestação da empresa autuada nas duas fases de julgamento do contencioso administrativo.

O desate da questão está na elucidação se há possibilidade jurídica de cobrar imposto de empresa optante pelo regime de apuração Simples Nacional fundamentada em lei diversa da Lei Complementar 123/2006, assim como em auto de infração próprio da unidade federativa.

A resposta para este questionamento tão repisado pela ora recorrente, a meu ver, está claramente anotado no art. 82 da Resolução CGSN 094/2011, abaixo transcrito, *litteris:*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 82. *Aplicam-se à 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*. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)

Da exegese do dispositivo legal supratranscrito, é notório que a própria Lei Complementar nº 123/2006 prevê a aplicação da legislação estadual às empresas optante pelo regime de apuração Simples Nacional, nas hipóteses de omissões de receitas fixadas no ordenamento jurídico estadual.

Neste caso, a fiscalização efetuou o levantamento Conta Mercadorias, nos exercícios 2009 e 2011, conforme demonstrativos anexos às fls. 9/11, 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 presunção de que ocorreram 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.)*

Some-se a este procedimento, o Levantamento Financeiro (fls. 9) elaborado no exercício de 2010, que consiste em examinar se os desembolsos foram superiores às disponibilidades auferidas, a legislação vigente autoriza a fiscalização a se valer da presunção “***juris tantum***”, estabelecida no artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB, que prevê a ocorrência de omissão de saídas de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao sujeito passivo à prova da improcedência da presunção, como se depreende do dispositivo regulamentar infracitado, *in verbis*:

“Art. 646. (...)

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.” (RICMS/PB - Grifo nosso).

Assim, quando constatada diferença tributável nos supracitados procedimentos, Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro, faz-se materializar a ocorrência de omissão de saídas tributáveis, ensejando assim infração aos art. 158, inciso I, art. 160, inciso I**,** ambos do RICMS/PB, conforme transcrição *ipsis litteris* abaixo:

“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”;

Além disso, a Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, editada por esta Secretaria de Estado da Receita, estabelece que, nas hipóteses de omissões de operações, deverá ser adotada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas quando se tratar de optante pelo regime de apuração simples nacional, conforme transcrição abaixo:

“Art. 2º No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Desse modo, à luz dos dispositivos normativos acima citados, é evidente que a própria Lei Complementar nº 123/2006 estabelece a aplicação da legislação estadual ao optante do regime de apuração do Simples Nacional nos casos de omissões de receitas, detectadas mediante ações fiscais, portanto, entendo ser plenamente descabido o pedido de nulidade da sentença *a quo* para que seja lavrado novo feito fiscal à luz da Lei Complementar nº 123/2006, pois esta foi totalmente atendida durante a ação fiscal como também no julgamento proferido pela instância singular.

Por outro lado, é indispensável registrar que a ora recorrente reconhece o cometimento do ato infracional das omissões de receita, conforme denunciado no libelo basilar, uma vez que pleiteia junto a esta Corte Administrativa, ao encerrar o recurso voluntário (fls. 121), a reabertura do seu PGDAS (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples) para inclusão das referidas omissões ora analisadas, ou seja, daí se depreende que o contribuinte admite o ato infracional, porém pretende recolher nos moldes da Lei Complementar nº 123/2006.

No entanto, considero totalmente absurdo tal pedido, haja vista o entendimento esposado em ementa lavrada em processo semelhante julgado nesta Corte Administrativa, que confirma a aplicabilidade das presunções de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, previstas na legislação estadual, ao contribuinte optante pelo regime de apuração do simples nacional, *litteris:*

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. **CONTA MERCADORIAS. SIMPLES NACIONAL**. AJUSTES. PAGAMENTO. REDUÇÃO DA MULTA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Extinta a obrigação pelo pagamento.

As diferenças apuradas na Conta Mercadorias ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência, no caso, elidida conforme provas nos autos.

Sendo apurada omissão de receitas para os optantes do Simples Nacional, deve-se observar a legislação de regência das demais pessoas jurídicas no tocante às alíquotas e penalidades aplicadas.

Aplicada a redução da multa em virtude de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte. (grifos nossos)

Acórdão nº 497/2017 - Recurso HIE/CRF nº. 192/2016

Relatora: CONSª DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Diante disso, confirmado o cometimento dos atos infracionais denunciados na exordial, é imperiosa a mantença da decisão singular, declarando a parcial procedência do feito fiscal, sendo os valores devidos discriminados no demonstrativo a seguir:

Com estes fundamentos,

V O T O - pelo recebimento do recurso *hierárquico*, por regular, e do recurso *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000141/2013-92, lavrado em 14 de fevereiro de 2013, contra a empresa JOÃO EVANGELISTA DO NASCIMENTO, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.163.729-9, já qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R$ 47.594,08 (quarenta e sete mil, quinhentos e noventa e quatro reais e oito centavos), sendo R$ 23.797,04 (vinte e três mil, setecentos e noventa e sete reais e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I, com fulcro nos arts. 643, §4º, II, 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97 e R$ R$ 23.797,04 (vinte e três mil, setecentos e noventa e sete reais e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “a” e “f”, da Lei n° 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante deR$ 23.698,75, (vinte e três mil, seiscentos e noventa e oito reais e setenta e cinco centavos), de multa por infração, em razão das fundamentações apresentadas neste voto.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora

Phoca PDF