



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº0550052017-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:EDNALVA PEREIRA FERNANDES

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIAS DE RENDAS DA 1ª GERÊNCIA REGIONAL

Autuante:DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator:CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÃO DESCARACTERIZADA. JULGAMENTO NULO. MODIFICADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

É princípio assente na jurisprudência administrativo-tributaria, com respaldo regulamentar, que a diferença apontada mediante o Levantamento da Conta Mercadorias representa saídas sem notas fiscais. Admissível, todavia, é a prova das circunstâncias excludentes desta presunção, a cargo do sujeito passivo. No caso dos autos, a existência dos cupons fiscais regularmente emitidos, pela autuada, foi circunstância capaz de afastar a denúncia posta na inicial.

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 recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para modificar a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000657/2017-60, lavrado em 4 de abril de 2017, e julgar nulo, por vício material, contra a empresa EDNALVA PEREIRA FERNANDES, inscrição estadual nº 16.160.992-9, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente processo.

P.R.E

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

GILVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, e MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS.

ALENCAR SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000657/2017-60, lavrado em 4 de abril de 2017, contra a empresa EDNALVA PEREIRA FERNANDES, inscrição estadual nº 16.160.992-9, acima qualificada, foi imposta a seguinte acusação:

OMISSÃO DE SAIDAS 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 da Conta Mercadorias, durante o exercício de 2015.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 398.325,64 (trezentos e noventa e oito mil, trezentos e vinte e cinco reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 199.162,82 (cento e noventa e nove mil, cento e sessenta e dois reais e oitenta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I, com fulcro no art. 643, § 4º, inciso II, e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e igual valor a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Juntou documentos, às fls. 8/120, dos autos.

Depois de cientificada por Aviso de Recebimento, em 16 de maio de 2017, nos termos do art. 46, II, da Lei nº 10.094/13, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva (fls. 125) e anexos (fls. 126 a 139), protocolada em 25 de maio de 2017, em que pede a liberação para retificação da EFD, haja vista as saídas não terem sido informadas, e, quando solicitado à fiscalização, a mesma não a autorizou, justificando pela impossibilidade após o início do procedimento fiscal, o que acarretou, assim, a diferença apurada.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais, fls. 140, foram os autos conclusos Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que o julgador singular, Pedro Henrique Silva Barros, julga procedente a ação fiscal, conforme ementa abaixo transcrita:

CONTA MERCADORIAS.

Constatado o prejuízo na Conta Mercadorias, referente às operações tributadas, mister se faz a cobrança de ICMS e multa.

Iniciado o procedimento de fiscalização, exclui-se do contribuinte a possibilidade de denúncia espontânea.

Cientificada da sentença singular, em 13 de agosto de 2018, fls. 151, recorre a autuada daquela decisão, para este Conselho de Recursos Fiscais, ocasião em que suscita a reforma da decisão monocrática, requerendo, a princípio, a nulidade por vício na forma do auto de infração, em face do descumprimento de preceito legal estatuído no RICMS/PB, quanto a possibilitar ao contribuinte o acompanhamento dos trabalhos de auditoria, bem como de nomear pessoa de sua confiança para que o faça, conforme art. 643, §1º, do RICMS/PB, acarretando cerceamento de defesa pela falta de oportunidade para acompanhar os trabalhos da fiscalização.

Defende o afastamento da acusação ou, na pior das hipóteses, a nulidade por erro na descrição do fato infringente, alegando que as saídas da empresa estão legitimamente registradas através da emissão de cupom fiscal. Quer, assim, formar um convencimento de que não há que se falar em omissão de saídas de mercadorias tributáveis, uma vez que, consoante a redução Z do equipamento ECF, ao qual teve pleno acesso o autuante, todas as saídas estão registradas através de cupom fiscal.

Sustenta que o agente fazendário deveria ter denunciado a falta de registro dos cupons fiscais nos livros próprios, que ensejou a falta de recolhimento de ICMS, posto que, pela análise do equipamento ECF autorizado, se constata a existência dos referidos cupons fiscais.

No mérito, alega que o demonstrativo da conta Mercadorias realizado pela fiscalização não consigna corretamente o valor referente às saídas realizadas, que é na verdade no importe de R\$ 1.214.903,88 (um milhão, duzentos e catorze mil, novecentos e três reais e oitenta e oito centavos), conforme se constata dos cupons fiscais, fazendo observar que não perdura qualquer diferença tributável, visto que apura-se uma margem de Lucro Bruto no percentual de 34,45%.

Informa que os resumos referentes ao equipamento ECF foram devidamente enviados através da Escrita Fiscal Digital, estando à disposição, inclusive, da atual Secretaria da Fazenda.

Ao final, requer a improcedência da autuação e sustentação oral perante esta Corte Administrativa.

Aportados os autos nesta Corte Julgadora, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria para apreciação e julgamento, oportunidade em que foram remetidos à Assessoria Jurídica, com arrimo no art. 20, X, da Portaria GSER nº 183/2017, a qual se manifestou por meio de Parecer constante às fls. (211 a 214).

Devidamente instruídos, retornaram os autos conclusos para julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame recurso *voluntário*, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000657/2017-60, lavrado contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Questiona a recorrente, em suas alegações preliminares, a ausência de ciência ao contribuinte através de Termo de Início de Fiscalização, o que possibilitaria à recorrente o acompanhamento dos trabalhos de auditoria, ou ainda, de nomear pessoa de sua confiança para que o fizesse, conforme dispõe o art. 643, §1º, do RICMS/PB, transcrito na sequência, cuja falha, no seu dizer, é capaz de acarretar a nulidade do lançamento fiscal, por vício na forma do auto de infração, em face do descumprimento de preceito legal estatuído neste diploma legal supracitado.

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.

§ 1º Ao realizar exame da escrita, o agente fiscal convidará o proprietário do estabelecimento ou seu representante a acompanhar o trabalho ou indicar pessoa que o faça e, no caso de recusa, fará constar essa ocorrência do termo ou auto que lavrar.

Nova redação dada ao § 1º do art. 643 pelo inciso XIX do art. 1º do Decreto nº 36.128/15 – DOE de 27.08.15.

§ 1º Ao realizar exame da escrita, o Auditor Fiscal Tributário Estadual - AFTE convidará o proprietário do estabelecimento ou seu representante a acompanhar o trabalho ou indicar pessoa que o faça e, no caso de recusa, fará constar essa ocorrência do termo ou auto que lavrar.

(...)

Neste aspecto, não posso dar razão à recorrente, notadamente porque o procedimento de fiscalização que resultou na lavratura do presente auto de infração foi motivado pela abertura da Ordem de Serviço Específica nº **93300008.12.00000230/2017-12**, por meio da qual foi designado o auditor fiscal Duy Alã de Araújo M. Pereira, matrícula nº 145.462-5, para “*Apurar repercussão tributária que implique em falta de recolhimento do ICMS no exercício 2015, decorrente dos indicativos apontados pela malha fiscal "entrada x saída" sem prejuízo da aplicação. Consultar o módulo Atendimento para obtenção de informações adicionais sobre o contribuinte.*”

Tem-se, pois, que o contribuinte estava, no período autuado, obrigado à entrega da Escrituração Fiscal Digital – EFD, caso em que todos os dados relativos a sua escrita, os quais deveriam constar nesse material, são suficientes à realização da auditoria, daí porque não se configurou o descumprimento aos art. 643, §1º, do RICMS/PB, citado pela recorrente, dada a desnecessidade de chamar o contribuinte a acompanhar os trabalhos da fiscalização.

Ainda assim, cumpre observar, a Fiscalização, mediante a notificação expedida, solicitou a apresentação dos livros fiscais e contábeis da autuada, cuja justificativa foi a ausência de informações que deveriam ter sido prestadas pela empresa quando da transmissão dos arquivos da EFD e ECD. Contudo, segundo relatório do autuante na Ordem de Serviço acostada à fl. 5 “*foi efetuado o exame de auditoria da conta Mercadoria, onde o contribuinte apresentou os livros fiscais de escrituração fiscal de entrada, saídas e inventário. No entanto, nestes não constavam a autenticação, conforme cópias xerocadas incluídas no processo. A escrituração contábil solicitada por notificação também não foi entregue. Assim sendo, foi feito um levantamento da conta Mercadoria, realizado a partir das informações das EFDS, no sistema ATF, e outros documentos entregues pela empresa, todos anexados a este processo...*”.

Ou seja, o contribuinte teve oportunidade de se defender a contento, de nada valendo a apelação de que deve ser nulo o procedimento, ante a falta do termo de início de fiscalização.

Sobradas razões, pois, tenho para rejeitar as arguições de nulidade suscitadas pela defendente, que tiveram como base a ausência do Termo de Início de Fiscalização.

Com relação ao pedido de nulidade do auto de infração por erro na descrição do fato infringente, hei de fazer as seguintes ponderações:

No caso dos autos, foi identificado que a empresa havia incorrido em saídas sem emissão de notas fiscais, infração essa detectada mediante um Levantamento da Conta Mercadorias do exercício de 2015, dada a infringência aos art. 643, 4º, II do RICMS/PB, *in verbis* (redação à época da autuação):

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:

I - omissis

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.

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 consequência, sendo constatado que as vendas realizadas não ultrapassam o percentual de lucro bruto de 30% (trinta por cento), infere-se que o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem notas fiscais, sujeitando-se ao pagamento do imposto, por contrariar os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

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;

Já a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, "a", estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem os dispositivos de lei supracitados, da seguinte forma:

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;

Ao se defender, comparece aos autos a recorrente solicitando que sejam aceitas provas concernentes ao somatório das reduções Z referentes ao equipamento ECF, o qual corresponderia a cupons fiscais devidamente emitidos por ela, cujo valor, inclusive, superaria o montante correspondente às entradas de mercadorias do mesmo exercício e objeto da Conta Mercadorias. Afirma, também, que esse valor foi devidamente informado no Mapa Resumo e enviado através da Escrita Fiscal Digital. Quer, assim, formar um convencimento de que o importe apurado pela Fiscalização, constante da Conta Mercadorias, não representa a realidade dos fatos, daí a improcedência ou nulidade da ação fiscal, pois, em sendo consideradas as saídas emitidas mediante cupons fiscais, o percentual mínimo de 30% (trinta por cento) de margem de valor agregado exigido por lei estaria satisfeito.

Analisando o caderno processual, hei de reconhecer que procede a afirmação da recorrente de que a empresa autuada de fato emitiu os cupons fiscais conforme se constata das reduções Z dos equipamentos ECF. Não é a expressão da verdade, porém, a afirmação da recorrente de que todas as reduções Z também constavam da escrita fiscal digital do contribuinte, posto que, pelo que pude constatar, foi informada apenas a redução Z de nº173.

Ante essa circunstância - não lançamento na escrita do contribuinte das saídas emitidas através dos cupons fiscais - é preciso avaliar se se deve aceitar tais operações.

No meu entender, foram emitidos os cupons fiscais, segundo se comprova das reduções Z, cujos documentos não podem ser, liminarmente, desconsiderados, salvo melhor juízo.

Tratam-se, pois, de elementos de prova que, de chofre, a meu ver, descaracterizam a autuação baseada em técnica que detecta saídas em notas fiscais, a exemplo da Conta Mercadorias, dado que ficou descaracterizada a subsunção do fato à norma de regência, pois não se pode penalizar o contribuinte por incorrer na infração relativa a saídas sem emissão de notas fiscais numa circunstância em que for comprovada a emissão do competente documento, que, no caso, foi em valor superior às entradas, mesmo apesar de o mesmo não ter sido informado na escrita digital do contribuinte, mas, tão-somente, no seu equipamento emissor de cupom fiscal - ECF.

Labora em favor do contribuinte, ainda, o fato de se ter notas fiscais de entradas não lançadas compondo a Conta Mercadorias, como é de praxe, as quais, mesmo não lançadas, foram consideradas pela fiscalização para efeito de compor o levantamento fiscal. Ou seja, não aceitar tais cupons emitidos seria uma incongruência.

De fato, os cupons fiscais, em sendo aceitos, como devem ser, revelam uma situação em que não há imposto a recolher, dado que as saídas ficam em montante superior às entradas de mercadorias, cuja circunstância nos induz à conclusão de que o auto de infração não procede, em virtude de, como disse anteriormente, não ter ocorrido a subsunção do fato à norma de regência.

Contudo, no meu sentir, no caso dos autos, outra falta praticada pela autuada veio à superfície - falta de recolhimento do ICMS detectada mediante a presença dos cupons fiscais emitidos e omitidos da EFD - razão pela qual entendo que a hipótese remete a nulidade procedimental, e não a sua improcedência.

Por tudo isso, tendo em vista que a verdade material que se nos apresenta nos dá o rumo de que se constatou procedimento diverso daquele identificado na inicial, qual seja: prática de falta de recolhimento do ICMS por ausência de lançamento das reduções Z no mapa resumo, além da multa acessória inerente a tal prática infringente - , o que dá ensejo à realização de outro procedimento fiscal, visando a correta materialização da denúncia (sem prejuízo, diga-se, de se proceder a uma nova reconstituição da conta gráfica do ICMS, visando investigar possíveis irregularidades), julgo nulo o auto de infração em apreço, para que outro e realize em seu lugar, razão pela qual dou provimento ao recurso voluntário.

Com este entendimento é que,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para modificar a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000657/2017-60, lavrado em 4 de abril de 2017, e julgar *nulo*, por vício material, contra a empresa EDNALVA PEREIRA FERNANDES, inscrição estadual nº 16.160.992-9, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente processo.

Faço observar que cabe à repartição preparadora a viabilidade da feitura de novo procedimento, originado da anulação deste, respeitando-se, pelo óbvio, o prazo decadencial.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

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

Gilvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora