



PROCESSO Nº 0648702014-1

ACÓRDÃO Nº 528/2023

TRIBUNAL PLENO

Embargante: JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: FABIO LIRA DOS SANTOS

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - OCORRÊNCIA - EFEITOS INFRINGENTES - ALTERADA A DECISÃO EMBARGADA. RECURSO PROVIDO.**

É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, embargante que aponta a existência de omissão no acórdão lavrado neste Órgão. Decisão embargada que não enfrentou adequadamente as questões postas pela recorrente.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para atribuir-lhe efeitos infringentes, a fim de alterar a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 032/2016, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000691/2014-92, às fls. 03, lavrado em 28 de abril de 2014, lavrado em desfavor da empresa, JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP, inscrição estadual nº 16.097.958-7, condenando-a ao crédito tributário na quantia de **R\$ 200.314,19 (duzentos mil, trezentos e catorze reais e dezenove centavos)**, sendo **R\$ 114.465,25 (cento e catorze mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e vinte e cinco centavos)**, de ICMS, por infringência aos Arts. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 85.848,94 (oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos)** de multa por infração, arremada no art. 82, V, “f” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo por indevido o montante de R\$ 1.026.668,01 (um milhão, vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e oito reais e um centavo).



Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de outubro de 2023.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON  
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE, HEITOR COLLETT E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor



PROCESSO Nº 0648702014-1

TRIBUNAL PLENO

Embargante: JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: FABIO LIRA DOS SANTOS

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - OCORRÊNCIA - EFEITOS INFRINGENTES - ALTERADA A DECISÃO EMBARGADA. RECURSO PROVIDO.**

É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, embargante que aponta a existência de omissão no acórdão lavrado neste Órgão.

Decisão embargada que não enfrentou adequadamente as questões postas pela recorrente.

## RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, os embargos de declaração opostos contra decisão proferida no Acórdão 032/2016 que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000691/2014-92, às fls. 03, lavrado em 28 de abril de 2014, em desfavor da empresa, JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP, inscrição estadual nº 16.097.958-7, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS. Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando em falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento  
Conta Mercadorias.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade detectada através do Levantamento Financeiro.

O crédito tributário lançado corresponde ao valor total de R\$ 1.226.982,20 (um milhão duzentos e vinte e seis mil novecentos e oitenta e dois reais e vinte centavos) sendo R\$ 613.491,10 (seiscentos e treze mil, quatrocentos e noventa e um reais e dez centavos) de ICMS por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 613.491,10



(seiscentos e treze mil, quatrocentos e noventa e um reais e dez centavos) de multa por infração arrimada no art. art. 82, V, “a “ e “f” da Lei nº 6.379/96.

Na instância prima a julgadora fiscal Gílvia Dantas de Macedo, após análise dos autos, exarou sentença decidindo pela procedência do Auto de Infração, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

**CONTA MERCADORIAS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO –  
AUSÊNCIA DE PROVAS ELIDENTES – MANTIDAS AS  
ACUSAÇÕES – JULGAMENTO PROCEDENTE.**

O lançamento indiciário baseado nos Levantamentos das Contas Mercadorias tem a virtude de inverter o ônus da prova, transferindo ao contribuinte o encargo de esclarecer as irregularidades evidenciadas pelo controle fiscal. In casu, não se vislumbra qualquer prova capaz de elidir a presunção decorrente do resultado do feito.

**AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE**

Após tomar ciência da decisão singular, por via postal, em 10/09/2014, a autuada apresentou recurso voluntário, por meio do qual suscitou:

- Preliminarmente, que as informações que serviram de elemento para o lançamento ora impugnado foram oriundas de “Fichas Financeiras,” referentes aos exercícios de 2009 a 2012;
- - que estes são produzidos pela administração fazendária e não apontam com clareza a origem de tais elementos, principalmente no que se refere aos valores relativos às entradas por compras tributáveis;
- - que os dados constantes das fichas financeiras foram extraídos das GIM’s, não sendo elementos suficientes para possibilitar a plenitude do contraditório ao reclamante;
- - que diante dessa omissão a GEJUP entendeu não existir qualquer requisito de nulidade, pois o contribuinte “revelou o pleno conhecimento do animus fiscal”, quando da apresentação da reclamatória;
- - que segundo Leandro Pulsen, o lançamento deve seguir o princípio documental, devendo estar documentado com provas que possibilitem a identificação inequívoca do fato gerador e de todos os elementos integrantes da obrigação tributária correspondente;
- - que não há informação do estoque final no exercício de 2009, que seria o estoque final do exercício de 2008, comprometendo o lançamento relativo a esse exercício.
- - que, diante da fragilidade e da inexistência de clareza, requer a reforma da decisão de primeiro grau com o reconhecimento da nulidade do auto de infração, com relação aos exercícios auferidos.



- No Mérito, acrescenta que há erro na fundamentação do crédito tributário exigido, contrariando o § 9º do art. 3º da Lei nº 6.379, que em seu texto só permite a aplicação da técnica Conta Mercadorias em indústria;
- que não há previsão legal para arbitramento de 30% sobre o custo das mercadorias, para arbitramento de lucro bruto que só existe no RICMS/PB., de forma que o lançamento discutido faz ilegítima adoção de tal fórmula de lançamento fiscal;
- que é optante do Simples Nacional com alíquota de 2,56, tendo sido majorada na exigência para 17% e que foi violada a Lei Complementar nº 123/06, pela aplicação dessa alíquota (17%), em casos de omissão de saídas, haja vista que na sistemática de tributação diferenciada, o optante do Simples Nacional deverá se submeter às regras normais de tributação aplicáveis as demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 32 da citada Lei, todavia a acusação omissão de receitas/saídas não é causadora da exclusão da tributação na forma do Simples Nacional, não se sujeitando a regra geral de tributação.

Apreciado o referido recurso pelo Tribunal Pleno desta instância *ad quem*, os conselheiros, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, decidiram pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para reformar quanto aos valores à decisão monocrática que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00000691/2014-92**, (fls.3), lavrado em 28/04/2014, contra **JOÃO DE ALMEIDA CALDAS EPP**, CCICMS nº 16.097.958-7, exigindo o crédito tributário no montante de **R\$ 817.918,12 (oitocentos e dezessete mil, novecentos e dezoito reais e doze centavos)**, sendo **R\$ 408.959,06 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinquenta e nove reais e seis centavos)**, de **ICMS**, por infringência aos 158, 160, I, c/c art. 643, § 4º, II e 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 408.959,06 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinquenta e nove reais e seis centavos)**, de multa por infração, nos termos do art. 82, V “a” e “f” da Lei nº 6.379/96.

Na sequência, este Colegiado promulgou o Acórdão nº 032/2016, cuja ementa fora redigida nos seguintes termos:

**OMISSÃO DE SAÍDAS. PRELIMINARES NÃO ACOLHIDAS. CONTA MERCADORIAS. PARCIALIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PROCEDÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.**

No tocante as preliminares não vejo como acatar o pleito de nulidade por falta de objeto.

Em face da falta de apresentação dos livros fiscais não registrados na repartição preparadora pelo contribuinte, hão de ser consideradas as informações fornecidas pelo contribuinte nas GIM's e GIM's Dados Anuais.

O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias tem o condão de inverter o ônus da prova para



atribuí-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez de seu resultado. Desembolsos com valores superiores às receitas, constatados por meio do Levantamento Financeiro, caracterizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto.

Não existência de efeito confiscatório na multa aplicada.

Seguindo a marcha processual, o contribuinte foi notificado da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, por meio de DT-e, em 05/06/2023.

Irresignada com a decisão consignada no Acórdão nº 032/2016, o contribuinte opôs Embargos de Declaração (fls. 175 a 181), no qual apresenta, em síntese, que restou comprovada a omissão e contradição na decisão quanto ao argumento de defesa acerca da não aplicação da técnica conta mercadorias para contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Na sequência, os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Eis o breve relato.

### VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios apresentado pela contribuinte, contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 032/2016.

O presente recurso está previsto no artigo 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm, por objetivo, corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de omissão, contradição e obscuridade. Senão vejamos:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

Em descontentamento com a decisão proferida pelo Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, a embargante vem aos autos, alegar, que houve omissão e contradição no julgamento acerca da não aplicação da técnica conta mercadorias para contribuintes inscritos no Simples Nacional, sendo relevante registrar



que, entre outros argumentos, o contribuinte suscitou que a redação contida no § 9º do art. 3º da Lei nº 6.379/96, que autoriza a aplicação do arbitramento do lucro na técnica conta mercadoria, foi introduzido no ordenamento paraibano com a entrada em vigor da Lei nº 9.550/2011, em 07/12/2011, concluindo que não havia previsão legal para a aplicabilidade de tal técnica para os exercícios de 2009 e 2010.

De fato, o ilustre Relator, apesar de ter citado na decisão o dispositivo questionado, olvidou em enfrentar os argumentos decorrentes da previsão normativa que autorizaria a aplicação da técnica aos contribuintes submetidos ao regime do simples nacional.

Assim, devem ser acolhido os embargos de declaração para que seja amoldado o julgado à orientação da casa, que considera a técnica utilizada pela auditoria inadequada em relação ao regime de tributação ao qual o contribuinte estava submetido à época dos fatos geradores, situação que faz ruir o crédito tributário.

A improcedência desta acusação funda-se em precedentes do Conselho de Recursos Fiscais nos quais prevalecem as seguintes teses: prevalência da Lei Complementar nº 123/06 sobre o RICMS/PB; deve ser respeitada a sistemática de recolhimento do tributo devido sobre o faturamento pelos contribuintes enquadrados no Simples Nacional e considera-se inadequada a utilização de margem de lucro presumido para fins de aplicação da norma presuntiva de omissão de receitas<sup>1</sup> conforme pode ser verificado nas seguintes ementas:

1

<sup>2</sup> Trecho do didático Voto proferido no Acórdão 161/2019, da relatoria do Cons. Sidney Watson Fagundes da Silva:

Não obstante o fato de restar demonstrada a possibilidade de se exigir, de contribuinte enquadrado como Simples Nacional, ICMS em razão de omissão de receitas, vislumbro, no caso da primeira denúncia, uma questão de essencial relevância que prejudicou o lançamento em sua integralidade, a saber: a técnica aplicada.

Em diversos momentos, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba se posicionou pela admissibilidade da Conta Mercadorias como técnica de fiscalização válida para fundamentar a denúncia de omissão de receitas. É fato.

O aprofundamento das discussões nesta Casa, aliado ao aprimoramento e ao melhor embasamento das defesas administrativas, minaram a certeza anteriormente existente e exigiram uma mudança de entendimento quanto à matéria, ao menos por parte desta relatoria.

Imperativo salientarmos mais uma vez que o que se está a discutir não é a omissão em si, mas a técnica da Conta Mercadorias para contribuinte do Simples Nacional, pelo fato de a LC nº 123/06 se mostrar incompatível com o procedimento realizado pela auditoria. Em tempo: para os demais contribuintes, a técnica revela-se plenamente eficaz, apropriada e dotada de validade jurídica para embasar a acusação. O alcance deste entendimento é, portanto, hermético, não autorizando ampliações para situações outras.

Noutras palavras, o que se está a buscar é a compatibilização da legislação estadual com a Lei Complementar nº 123/06.

Assim como recorremos à lei especial para justificar a possibilidade de aplicação da legislação afeta às demais pessoas jurídicas para os casos de omissão de receitas, também o fazemos para sustentar a imprestabilidade da técnica utilizada (Conta Mercadorias) para dar arrimo à acusação em comento.

É cediço que a LC nº 123/06 instituiu tratamento diferenciado para os contribuintes que se amoldarem às condições nela estabelecidas e fizerem opção por este regime diferenciado. Neste norte, a partir da inclusão do contribuinte na sistemática do Simples Nacional, o regramento especial passa a produzir efeitos para o sujeito passivo, assim como para o Fisco. Não se quer dizer com isso que os demais normativos não lhe sejam aplicáveis. O que se afirma é que se deve observar se a norma se harmoniza com a LC nº 123/06.

Posto de outra forma - e já adentrando no caso concreto -, para que se possa validar o procedimento fiscal que resultou na identificação de omissão de receitas, faz-se mister analisarmos se os procedimentos da Conta Mercadorias são compatíveis com o regramento especial.

Já destacamos alhures que a jurisprudência desta Corte respondera afirmativamente; todavia, esmiuçando a questão sob o prisma eminentemente jurídico, entendo necessária a reforma deste posicionamento.

O RICMS/PB, em seu artigo 643, §§ 3º e 4º, disciplina que, no exame da escrita fiscal de contribuinte que não mantenha escrituração contábil regular devidamente registrada na Junta Comercial, para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, **onde couberem**, os seguintes procedimentos:

a) Elaboração de Demonstrativo Financeiro, através do qual deverão ser evidenciadas todas as receitas e despesas, bem como a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e no final do período fiscalizado;



ACÓRDÃO 161/2019  
PROCESSO Nº 0876842015-3  
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO  
1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE  
PROCESSOS FISCAIS GEJUP  
1ª Recorrida: IVETE LOPES FERREIRA  
2ª Recorrente: IVETE LOPES FERREIRA  
2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE  
PROCESSOS FISCAIS GEJUP  
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO  
DA SER – ITAPORANGA  
Autuante: ARMINDO GONCALVES NETO  
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 – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – ALÍQUOTA E  
PENALIDADE APLICÁVEIS NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO A QUE  
ESTÃO SUBMETIDAS AS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS –  
EXCLUSÃO DO MONTANTE RELATIVO AO PREJUÍZO BRUTO COM  
MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ISENTAS  
OU NÃO TRIBUTADAS APURADAS POR MEIO DA CONTA  
MERCADORIAS – RESTAURANTES E SIMILARES - REDUÇÃO DE  
BASE DE CÁLCULO RECONHECIDA – DENÚNCIA CARACTERIZADA  
EM PARTE – AJUSTES REALIZADOS - REFORMADA A DECISÃO  
RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

b) 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.

Ao dispor acerca deste último procedimento, o RICMS/PB, ao estabelecer percentual (30%) a ser acrescido ao Custo de Mercadorias Vendidas, mostra-se claramente em dissonância com a sistemática estabelecida pela LC nº 123/06.

Importante destacarmos que o RICMS/PB é anterior à LC nº 123/06. Também convém salientarmos que, além de hierarquicamente superior àquele, esta última dispõe sobre matéria de conteúdo especial.

Destarte, sob qualquer princípio que se analise (hierárquico, cronológico ou da especialidade), deve prevalecer a LC nº 123/06, afastando-se o RICMS/PB, naquilo que se mostrar incompatível com a Lei Complementar.

O contribuinte enquadrado como Simples Nacional recolhe o tributo devido sobre o seu faturamento, em observância ao que estabelece o artigo 18, § 3º, da LC nº 123/06:

(...)

Destarte, o contribuinte que apura e recolhe o tributo com base nos dispositivos acima reproduzidos, estará em situação regular quanto à obrigação principal à luz da LC nº 123/06.

A cobrança de tributos, por força do que estabelece o artigo 3º do Código Tributário Nacional, é uma atividade administrativa vinculada, não sendo possível ao auditor fiscal agir de forma discricionária.

Esta ressalva se faz necessária para explicar que, no caso em comento, não estamos afastando a aplicabilidade do artigo 643, § 4º, do RICMS/PB, tampouco deixando ao talante da autoridade fiscal a possibilidade de “escolher” quando utilizá-la. Uma análise mais atenta do dispositivo citado nos permite concluir que a solução para a questão extrai-se do § 4º do referido artigo. Vejamos:

(...)

Partindo do princípio de que a lei não contém palavras inúteis, a expressão “onde couber” indica que os procedimentos previstos nos incisos I e II do § 4º do artigo 643 do RICMS/PB não são obrigatórios para todo e qualquer exame da escrita fiscal de contribuinte que não mantenha escrituração contábil regular.

Este comando, portanto, não é taxativo e não vincula o auditor fiscal a adotá-los em todas as situações, mas somente nos casos em que “couberem”.

O contribuinte enquadrado como Simples Nacional, como já demonstrado, 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.

Na LC nº 123/06, não há qualquer exigência neste sentido para fins de tributação. Apenas no inciso X do seu artigo 29 consta uma referência ao lucro bruto – ainda que de forma indireta -, contudo para efeito de exclusão do regime.

(...)

Somente depois de excluído do Simples Nacional, o Fisco está autorizado a lançar mão da Conta Mercadorias – Lucro Presumido para aqueles que não detenham escrita contábil, o que não implica dizer que o contribuinte, enquanto enquadrado na sistemática da LC nº 123/06, esteja “blindado”. A fiscalização tem o poder-dever de verificar a regularidade das operações do contribuinte, utilizando-se, para tanto, dos demais recursos de que dispõe para cumprir o seu mister.



– RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO

- 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.

- A ocorrência de desembolsos em valores superiores às receitas auferidas no período, constatados por meio do Levantamento Financeiro, autoriza, nos termos do artigo 646, parágrafo único do RICMS/PB, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto. In casu, a identificação de ocorrência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas à substituição tributária apurado nos levantamentos das Contas Mercadorias em todos os períodos autuados fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado.

- Imperiosa a redução da base de cálculo do ICMS, por se tratar de restaurante, conforme preconiza o artigo 34, IV, do RICMS/PB.

- Inexistência de fundamento legal para exclusão do benefício em tela, ainda que verificada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

ACÓRDÃO Nº. 268/2019

PROCESSO Nº 0539582017-5

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: MAGNO NASCIMENTO & CIA LTDA

2ª Recorrente: MAGNO NASCIMENTO & CIA LTDA

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GER. REG. 1ª REGIÃO

Autuante(s): WADIIH DE ALMEIDA SILVA

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

Relatora do voto divergente: CONS. GÍLVIA DANTAS MACEDO

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE. CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Em relação a contribuintes optantes pelo regime de recolhimento do imposto pelo Simples Nacional, no caso de omissões de receitas, não comporta aplicação de alíquotas inerentes a este regime de tributação, e sim àquela aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista na Lei Complementar nº 123/2006.

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. “In casu”, as provas apresentadas pelo contribuinte foram suficientes para demonstrar a inexistência em parte de repercussão tributária, o que acarretou, “ipso facto”, o cancelamento parcial do crédito tributário relativo a esta denúncia.

A existência de CMV negativo em um determinado exercício representa uma



patologia fiscal que denuncia indício tributário, onde, no entanto, o procedimento, da Conta Mercadorias não possibilita a exigência do imposto pelo simples fato de apresentar negatividade no custo mercantil das operações, fato ocorrido sobre o exercício de 2012. Portanto, mantida decisão da instância “a quo”.

Improcedência do crédito tributário apurado sobre o exercício de 2014, em relação à técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido – aplicado a 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.

Não obstante o acerto da fiscalização quanto à penalidade proposta quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzir os valores lançados, em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu a seguinte redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.

Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento);”

Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando insculpido no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Desta feita, apresenta-se o crédito tributário devido:

INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS DEVIDO	MULTA DEVIDA	CRÉDITO DEVIDO
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO	2011	114.465,25	85.848,94	200.314,19
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	2009	0	0	0
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	2010	0	0	0



OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	2012	0	0	0
--	------	---	---	---

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para atribuir-lhe efeitos infringentes, a fim de alterar a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 032/2016, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000691/2014-92, às fls. 03, lavrado em 28 de abril de 2014, lavrado em desfavor da empresa, JOÃO ALMEIDA DE CALDAS EPP, inscrição estadual nº 16.097.958-7, condenando-a ao crédito tributário na quantia de **R\$ 200.314,19 (duzentos mil, trezentos e catorze reais e dezenove centavos)**, sendo **R\$ 114.465,25 (cento e catorze mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e vinte e cinco centavos)**, de ICMS, por infringência aos Arts. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, parágrafo único do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 85.848,94 (oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos)** de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo por indevido o montante de R\$ 1.026.668,01 (um milhão, vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e oito reais e um centavo).

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de outubro de 2023.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

Conselheiro Relator