

PROCESSO Nº 1575822017-9
ACÓRDÃO Nº 0556/2021
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Recorrida: CICERO MODESTO NETO EIRELI ME
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ -
ITAPORANGA
Autuante: ANTONIO GERVAL PEREIRA FURTADO
Relatora: CONS.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.
FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE
AQUISIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA. MANTIDA
A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO
IMPROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

*Não se sustenta a presunção de omissão de vendas de mercadorias
tributáveis sem o pagamento do imposto quando comprovado que o
sujeito passivo comercializa predominantemente com produtos
sujeitos à substituição tributária, onde o imposto é retido e pago
pelo fornecedor das mercadorias, na qualidade de substituto
tributário.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora,
pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu
desprovemento, para manter a sentença monocrática e julgar *improcedente* o Auto de
Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002483/2017-70, lavrado em 17/10/2017,
contra a empresa CICERO MODESTO NETO EIRELI ME., Inscrição Estadual nº
16.290.027-9, desonerando-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso
administrativo, pelas razões acima expendidas.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.E.

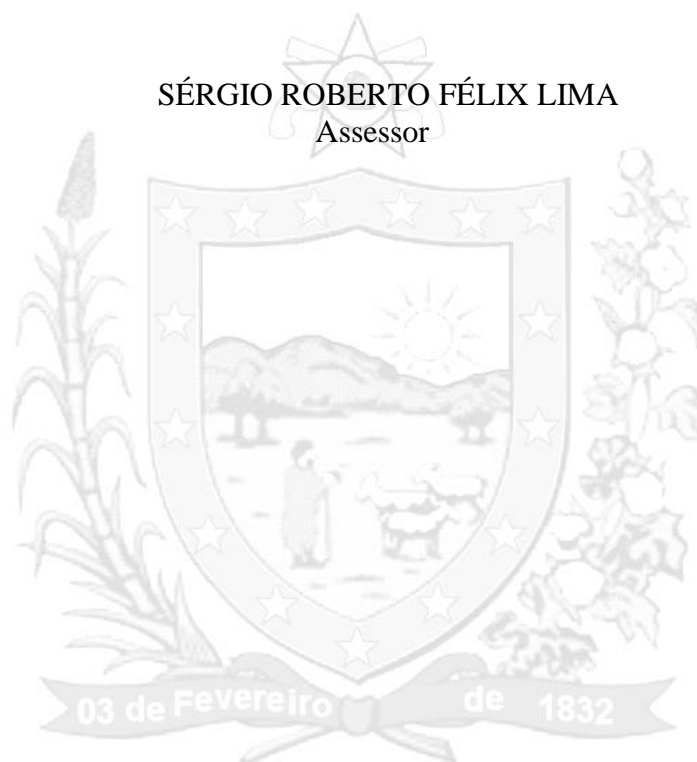
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de
videoconferência, em 21 de outubro de 2021.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, **MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES**, **LEONARDO DO EGITO PESSOA** E **PETRÔNIO RODRIGUES LIMA**.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 1575852017-9
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Recorrida: CICERO MODESTO NETO EIRELI ME
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ITAPORANGA
Autuante: ANTONIO GERVAL PEREIRA FURTADO
Relatora: CONS.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

Não se sustenta a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto quando comprovado que o sujeito passivo comercializa predominantemente com produtos sujeitos à substituição tributária, onde o imposto é retido e pago pelo fornecedor das mercadorias, na qualidade de substituto tributário.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002483/2017-70, lavrado em 17/10/2017, contra a empresa CICERO MODESTO NETO EIRELI ME., Inscrição Estadual nº 16.290.027-9, consta a seguinte denúncia:

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido (SIMPLES NACIONAL)

Foram dados como infringidos, os arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo proposta a penalidade prevista no art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário de R\$ 63.603,36, sendo R\$ 31.801,68, de ICMS, e R\$ 31.801,68, de multa por infração.

Documentos instrutórios às fls. 4/9.

Cientificada da ação fiscal, mediante aposição de assinatura no libelo basilar, em 25/10/2017, a autuada apresentou reclamação, em 27/10/2017 (fls. 11/19), arguindo que todos os documentos apontados pela fiscalização estariam devidamente lançados. Após, teceu considerações acerca do regime de tributação pelo Simples Nacional.

Ao final, requer a improcedência do feito.

Colacionou documentos às fls. 20/36.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fl. 37), os autos foram conclusos, e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela *improcedência* do feito fiscal, cuja decisão (fl. 41/43) resta assim ementada:

NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES NÃO LANÇADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ACUSAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em virtude da presunção legal preconizada pelo artigo 646 do RICMS/PB. Todavia, essa presunção não se aplica a contribuinte que opera exclusivamente com mercadorias submetidas à sistemática da substituição tributária, como no quadro em tela.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Com a remessa de ofício, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013, a autuada foi cientificada da decisão de primeira instância, via DT-e, em 27/11/2020, conforme fl. 46, e não mais compareceu aos autos.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso de ofício interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *improcedente* o auto de infração lavrado contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

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:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem

pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

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.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 32.718/12 (DOE de 25.01.12).

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

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, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

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;*

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 tais situações denotam 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;

Importante destacar que a verificação das situações citadas nos incisos do art. 646 do RICMS/PB é bastante a autorizar a aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de serviços tributáveis sem recolhimento do ICMS.

O comando normativo supra, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, este, sim, o objeto da norma ínsita no art. 646, supra, o fez presumindo que todas as saídas pretéritas, absolutamente todas, foram realizadas com mercadorias tributáveis.

Assim, o fato de as notas fiscais de aquisição corresponderem a produtos sujeitos ao regime da Substituição Tributária, por exemplo, cujo imposto é retido antecipadamente na origem, pelo contribuinte substituto tributário, não é excludente da presunção contida no art. 646, regulamentado, uma vez que a exigência dos créditos tributários advindos dessa prática irregularmente adotada pelo contribuinte não está relacionada diretamente às notas fiscais de aquisição não lançadas, mas, sim, a operações pretéritas, cujas receitas não foram oferecidas à tributação, devido à omissão da saída das respectivas mercadorias, e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais não registradas nos livros próprios.

Esta presunção, todavia, não é absoluta. Para que se possa aplicar o direito de forma justa, não deve o julgador abster-se de observar os princípios informadores do processo judicial (e também administrativo), dentre os quais destaco o princípio da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Pois bem. A solução da lide em comento passa necessariamente pela análise acerca do tratamento tributário a que se submetem as mercadorias objeto da comercialização da empresa autuada, efetuada nos períodos dos fatos geradores descritos no auto infracional em foco, porquanto a aplicabilidade da presunção legal prevista no art. 646 do RICMS/PB requer um mínimo de plausibilidade entre a verdade material e o fato denunciado, a fim de que se possa alcançar a liquidez e certeza do crédito tributário. Para tanto, é necessário que a técnica fiscal aplicada seja capaz de reproduzir, com razoável grau de probabilidade, a verdade material dos fatos.

Com efeito, há situações de notória ineficácia na aplicação da técnica fiscal apontada pela Fiscalização no caso em comento para o efeito de se verificar se a obrigação principal foi por este satisfeita. Isto se dá em face do seguimento econômico em que o contribuinte exerce suas atividades.

Em consulta ao Módulo Cadastro do Sistema ATF, desta Secretaria de Estado da Receita, colhe-se a informação de que a empresa autuada possui, como atividade econômica afeta ao ICMS, o código 4723-7/00 – *Comércio varejista de bebidas*.

De fato, os produtos comercializados pela autuada estão submetidos, em sua maioria, ao regime da substituição tributária, cabendo ao remetente destas mercadorias a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido, relativamente às operações subsequentes. Tal fato pode ser observado pelo próprio Dossiê do Contribuinte transcrito pelo julgador monocrático às fls. 42/43.

Assim, para não incorrer em equívoco, seja onerando indevidamente a empresa autuada, seja desobrigando-a do recolhimento do crédito tributário efetivamente devido, ao consultar as informações prestadas pelo contribuinte, atesta-se que, de fato, a autuada comercializa produtos sujeitos a ambos os regimes de tributação. Todavia, as operações de aquisição de valores mais expressivos consistem de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Bem verdade que, além das operações com produtos sujeitos à Substituição Tributária há outras com mercadorias que são atreladas ao regime normal de apuração. Estas, porém, com valores e quantidades significativamente inferiores aos da substituição tributária, conforme acima relatado, donde se deflui que suas vendas são predominantemente de produtos sujeitos ao citado regime de pagamento antecipado do imposto.

Registre-se, por oportuno, que não se está a dizer que a autuada não tenha omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. Em verdade, o que se está a falar aqui é que em face das considerações acima tecidas a técnica fiscal aplicada não oferece suporte à denúncia formalizada no auto infracional.

No caso dos autos, as circunstâncias em referência se revelam capazes de infligir ao resultado do exame fiscal um distanciamento expressivo da verdade material, conferindo incerteza e iliquidez ao crédito tributário que o tenha como embasamento.

Por fim, resalto que entendimento semelhante já foi exarado nesta Corte Administrativa no Acórdão n. 125/2018, cujo voto condutor foi da lavra da Conselheira Mônica Oliveira Coelho de Lemos:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CONTRIBUINTE QUE COMERCIALIZA PREDOMINANTEMENTE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DOCUMENTOS FISCAIS APTOS PARA AFASTAR A ACUSAÇÃO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

- Não pode subsistir denúncia de omissão de saídas tributáveis pretéritas frente à comprovação do atuado de que seu negócio é de comercialização de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo imposto é recolhido na origem, pondo fim a fase de tributação.

Processo Nº1334982015-8

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Recorrida: GUSTAVO ROCHA DE OLIVEIRA

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO-CAMPINA GRANDE

Autuante: PEDRO BRITO TROVÃO/JANILSON HENRIQUE PINHEIRO DE HOLANDA

Relatora: CONS.^a MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

Assim, mantenho a decisão de primeira instância e entendo pela improcedência do auto de infração.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002483/2017-70, lavrado em 17/10/2017, contra a empresa CICERO MODESTO NETO EIRELI ME., Inscrição Estadual nº 16.290.027-9, desonerando-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso administrativo, pelas razões acima expendidas.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de outubro de 2021.

03 de Fevereiro de 1832
THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA

Conselheira Relatora

