



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 1634592014-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: CENTRAL DAS FECHADURAS LTDA.

Recorrida: GERENCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER JOÃO PESSOA

Autuante(s): FRANCISCA REGINA DIAS MADEIRA CAMPOS

Relator: CONS.º ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

Relatora Voto Vencedor: CONS.ª GILVIA DANTAS MACEDO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIA. INAPLICABILIDADE DA CONTA MERCADORIAS EM EMPRESAS ENQUADRADAS NO SIMPLES NACIONAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. VÍCIO MATERIAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- A técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido não é aplicável para contribuinte do Simples Nacional, uma vez que a obrigação de obter lucro bruto de no mínimo 30% sobre o CMV - custo das mercadorias vendidas se evidencia incompatível e em total dissonância com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06.

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 maioria e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu provimento, para reformar a sentença prolatada na primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001927/2014-08, lavrado em 23/10/2014, em desfavor da empresa CENTRAL DAS FECHADURAS LTDA., inscrição estadual nº 16.117.447-7, devidamente qualificada nos autos, considerando o auto de infração nulo, por vício material, e eximindo o contribuinte de quaisquer ônus decorrente deste procedimento fiscal.

P.R.E

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de abril de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

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

SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Relatório

Neste colegiado examina-se o recurso voluntário, nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, diante da decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001927/2014-08 lavrado em 23/10/2014, (fls. 3), no qual consta as seguinte infração fiscal:

“OMISSÃO DE SAÍDAS 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 de levantamento da Conta Mercadorias.”

Foram dados como infringidos os artigos 158,I, c/c 160, I, 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97. O crédito tributário proposto foi de R\$ 45.929,96 (quarenta e cinco mil, novecentos e vinte e nove reais e noventa e seis centavos), sendo R\$ 22.964,98 (vinte e dois mil, novecentos e sessenta e quatro reais e noventa e oito centavos), de ICMS, e mais R\$ 22.964,98 (vinte e dois mil, novecentos e sessenta e quatro reais e noventa e oito centavos), referente à multa por descumprimento de obrigação acessória, que tem escopo no art. 82, V, “a”, da Lei 6.379/96.

O fiscal autuante anexou aos autos todo o escopo probatório que consubstancia a acusação, mais especificamente o levantamento da conta mercadorias do exercício 2012 (fl. 6-16), onde fica delineada a base de informações que serviu de esteio para a lavratura do auto de infração em desfavor do contribuinte.

Regularmente cientificada na forma pessoal em 23/10/2014 (fl. 3), a empresa autuada apresentou reclamação em 18/11/2014, na qual se insurge contra os termos da autuação com base nas seguintes argumentações, postas resumidamente:

- Inaplicabilidade do art. 643, § 4º, inciso II às empresas do SIMPLES NACIONAL;
- Erro na elaboração da planilha referente ao demonstrativo da Conta Mercadorias em que ficam consubstanciadas mercadorias não tributadas quando na verdade elas são tributadas;
- Natureza confiscatória da multa aplicada de 100%.

Com remessa dos autos à GEJUP e com registro de não ocorrência de antecedentes fiscais (fl. 61), os autos foram distribuídos à julgadora Adriana Cássia Lima Urbano que exarou sentença considerando o auto de infração *procedente*, conforme ementa abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. FALTA DE PROVAS DA DEFESA. CONFIRMAÇÃO DA IRREGULARIDADE.

A falta de recolhimento do ICMS detectada através do levantamento da conta Mercadorias enseja a cobrança do imposto devido.

Diante da insuficiência de provas materiais nos autos capazes de elidir a acusação imposta, remanesce a exigência fiscal, devidamente cobrada através da lavratura de Auto de Infração.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância administrativa, através de A.R, em 11/1/2018 (fl. 76), o autuado apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais. Nele, o contribuinte se insurge contra as disposições do relatório emitido pela julgadora singular, o que faz com base, em resumo, nos seguintes argumentos:

1. Inaplicabilidade do art, 643, § 4º, inciso II, para as empresas enquadradas no regime do SIMPLES NACIONAL;
2. Existência de erros na elaboração do demonstrativo da Conta Mercadorias em função do auditor fiscal ter consignado no referido documento valores para mercadorias não tributáveis quando na

verdade são tributáveis;

3. Caráter confiscatório da multa aplicada de 100%.

Por fim, pede o recebimento do recurso com seu respectivo reconhecimento, pela tempestividade, o cancelamento do auto de infração, com a declaração de sua improcedência, redução do percentual da multa aplicada e, por fim, o arquivamento do processo.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, com distribuição à relatoria do Conselheiro Anísio de Carvalho Costa Neto, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento. Pedi vistas para exarar o seguinte voto.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001927/2014-08 lavrado em 23/10/2014 (fls 3) em desfavor da empresa CENTRAL DAS FECHADURAS LTDA., já devidamente qualificada nos autos.

Assim, pesa contra a autuada a denúncia de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento da Conta Mercadorias, cuja técnica de fiscalização é normalmente aplicada nas empresas comerciais que não possuem contabilidade regular. Assim, de acordo com os art. 643, § 4º, II, c/c 646 do RICMS/2006, no momento em que for detectado que uma empresa não satisfaz a Margem de Valor Agregado - MVA mínima de 30%, mediante aferição da Conta Mercadorias, surge uma diferença tributável, fazendo nascer a presunção legal prevista no art. 8º da Lei 6.379/960, de que teria havido omissão de saídas de mercadorias tributáveis, dada a presunção relativa de certeza do seu resultado.

No caso dos autos, o Relator do voto originário - Dr. Anísio de Carvalho Costa Neto, ao identificar que a empresa autuada era optante pelo regime de recolhimento denominado Simples Nacional (SN), considerou o auto de infração improcedente, ao fundamento de que não se pode aplicar o

exame relativo à Conta Mercadorias para empresas do Simples Nacional, posto que tal mecanismo de aferição, com o intuito de detectar a ocorrência ou não de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, utiliza uma margem de valor agregado de 30% (trinta por cento) ao custo das mercadorias vendidas, na conformidade da art. 643, §º, II, do RICMS/PB, enquanto que, diferentemente desta lei, a Lei Complementar n 123/06, que trata do Simples Nacional, **não prevê** qualquer disposição normativa obrigando o contribuinte a ter uma margem de lucro bruto igual ou superior a 30%.

Ou seja, no entender do Preclaro Relator do voto, estando encerrada a fase de tributação para todos os entes federados, não caberia exigir-se uma obrigação disposta na lei geral – Decreto nº 18.930/97 – quando, em verdade, a lei especial, que afasta a incidência da geral, não prevê qualquer disposição normativa obrigando o contribuinte a ter lucro bruto igual ou superior a 30%. Assim, em respeito ao Princípio da Especialidade (segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral) a denúncia de omissão de receitas com base no Levantamento da Conta Mercadorias não teria como se manter, no dizer do eminente Relator.

A bem de ver, é a Conta Mercadorias técnica de aferição amparada em presunção legal, cujo objetivo é apurar, com base em um parâmetro percentual sugerido em lei para a margem de lucro bruto, a regularidade fiscal das operações de saídas de mercadorias tributáveis. Tudo na conformidade do que preceitua art. 643, 4, II c/c art. 646 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96.

A sua vez, a Lei Complementar nº 123/06 - Lei do Simples Nacional - dispõe taxativamente, em seu art. 34, que as microempresas e as empresas de pequeno porte estão sujeitas a todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Assim, dada a leitura das normas supracitadas – de que as empresas inseridas no SN estão sujeitas a **todas as presunções** de omissão de receita existente nas legislações de regência dos impostos (LC 123/06), e, bem assim, de que é legítima a presunção de omissão de receitas e exigência do imposto por meio do levantamento da Conta Mercadorias (RICMS/PB) – poderíamos concluir, ainda que tal se revele um equívoco, como veremos mais à frente, que o procedimento do Levantamento da Conta Mercadorias seria perfeitamente aplicável às empresas do Simples Nacional. Noutras palavras, num exame muito superficial, e partindo-se de interpretação literal das normas acima citadas, poderíamos pensar correta a decisão de primeiro grau que considerou legítima a utilização do Levantamento da Conta Mercadorias na auditoria da autuada, empresa inserta no Simples Nacional.

Ocorre, porém, que, não obstante a redação dos dispositivos de lei supracitados, não há negar que, especificamente a Conta Mercadorias depende, para fazer eclodir a denúncia de omissão de receitas, da manutenção de uma margem de lucro mínima de 30% sobre o chamado Custo das Mercadorias Vendidas – o CMV. Ou seja, para que o contribuinte seja considerado regular perante a Fazenda Estadual, é preciso que obtenha um lucro de 30% sobre o

Custo das Mercadorias Vendidas, cujo percentual, convém lembrar, tem uma razão de ser, isto é, destina-se a fazer frente às despesas do contribuinte.

Este aspecto em particular - a exigência de uma margem de lucro mínima de 30% para empresas do SN - assume contornos relevantes na disciplina da matéria, porquanto a legislação concernente a esse regime de tributação, a LC 123/06, não obriga a que o contribuinte obtenha tal lucro. Ao revés, libera a empresa de manter um lucro real ou presumido, até porque, é bem verdade, não poderia ser diferente, já que se trata de um regime de tributação diverso daqueles outros nos quais há a obrigatoriedade, pela legislação do Imposto de Renda, para que se apure o lucro real e lucro presumido, conforme o caso.

Considerando esse fato - ausência de exigência legal de obtenção de lucro, e mais que isso, do lucro mínimo de 30%, seja na lei federal do Imposto de Renda ou na lei regente do Simples Nacional – resta-nos decidir se ainda assim é cabível a exigência imposta pela lei do ICMS, especialmente porque a subsunção do fato à norma de regência – omissão de receitas – somente ocorre se o contribuinte não alcançar a margem mínima de lucro prevista pela lei estadual.

A primeira reflexão importante neste caso é que, se a LC 123/06 determina que a tributação/recolhimento do ICMS por este contribuinte em particular – isto é, aquele beneficiado pelo sistema do Simples Nacional - seja realizada com base no **valor do faturamento** da empresa e que, ademais, está **dispensado de contabilidade regular**, é de fato incabível interpretação de que a lei estadual possa conter exigência de que esse mesmo contribuinte pratique uma margem de lucro de 30% sobre o Custo de Mercadorias Vendidas.

Note-se, porque relevante, que as empresas do SN estão dispensadas de manter contabilidade regular e que somente esta providência seria capaz de afastar a presunção relativa detectada por meio da Conta Mercadorias – lucro presumido (objeto dos autos). Nessa linha de raciocínio, convenhamos, não poderia se manter uma exigência de imposto do contribuinte mediante um exame de auditoria cuja principal maneira de afastar seria a presença da contabilidade.

A propósito do mesmíssimo tema, trazemos trecho de voto já antes proferido por este mesmo Conselho de Recursos Fiscais, e que traz importantes considerações para elucidação do caso:

“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;
- 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:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

(...)

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota efetiva determinada na forma do caput e dos §§ 1º, 1º-A e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

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:

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.

(...)

§ 3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não mantenha escrituração contábil regular devidamente registrada na Junta Comercial, será exigido o livro Caixa, devidamente autenticado pela repartição fiscal do domicílio do contribuinte, com a escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

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

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. (g. n.)

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 regime 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.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

X – for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para

comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

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.”

Como dito acima e se infere dos dispositivos do RICMS/PB, em especial o inciso II do § 4º do artigo 643 do RICMS/PB, o Levantamento de Conta Mercadorias é procedimento que se adota “onde couber”, de modo que, se o contribuinte não é obrigado a manter escrituração contábil regular, dito exame da escrita fiscal não pode e nem deve ter cabimento, sob pena, diga-se, de estar-se ferindo o princípio da segurança jurídica.

Afora tudo isso, chama a atenção também a impossibilidade de aplicar-se a Conta Mercadorias pelo lucro real (caso a empresa, embora desobrigada, tivesse contabilidade regular) notadamente porque, em sendo detectada uma falta de estorno de crédito, tal imposto não poderia ser exigido, pois, como é sabido, a sistemática de tributação não permite que ele se credite ou se debite de imposto. Daí se vê que há de fato uma incompatibilidade na aplicação das contas mercadorias, seja pelo lucro presumido, seja pelo lucro real, às empresas do SN.

Não se está a dizer, entretanto, que outras técnicas fiscalizatórias não possam ser aplicadas a tais empresas. Pelo contrário, como dito acima, a possibilidade de aplicação de mecanismos de aferição da regularidade do cumprimento das obrigações por parte dos contribuintes do simples está ressalvada expressamente no art. 34 da Lei Complementar 123/06, redigidos nos seguintes termos:

“Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.”

Ou seja, a própria legislação específica do SIMPLES tratou de ressaltar a possibilidade de utilização desses mecanismos de apuração. Isso não quer dizer, como já explicado, que todo e qualquer instrumento fiscalizatório adotado para controle dos contribuintes submetidos ao ICMS possam ser aplicados, sem os necessários temperamentos e ajustes, aos integrantes do SIMPLES. Repito, porque importante, as empresas submetidas a esse regime podem ter métodos de controle de suas operações, o que não quer dizer que lhes seja possível aplicar um método que tem por pressuposto o arbitramento de uma margem mínima de agregação para suas operações. É o caso da Conta mercadorias.

Ou seja, estamos ponderando, aqui, o cabimento da **exigência** deste lucro em forma de **margem mínima** (que dá origem à presunção legal de omissão de receitas).

Já o livro Caixa, este sim, obrigatório por lei, pode e deve ser exigido, pela Fiscalização sempre, sob pena, inclusive, na sua não exibição ou não escrituração, de desenquadramento de tal regime de tributação.

Assim considerado, e apenas por caminho diverso, chego às mesmas conclusões do relator originário quanto à imprestabilidade do levantamento de conta mercadorias para empresas optantes do SIMPLES.

Cumpre destacar que este caso é, portanto, da utilização de procedimento impróprio para a apuração do crédito, o que corresponde a um defeito do lançamento pertinente à verificação do cálculo do tributo. Em tal circunstância, está na linha dos chamados vícios insanáveis e, por isto, não podem nem ser aproveitados pelo julgador, mediante diligências, nem podem ser refeitos pela autoridade fiscal. Portanto,

Diante de todo o exposto, resta-me afastar o procedimento fiscal, a vista da existência de falha na técnica fiscal adotada, o que caracteriza, no meu sentir, um vício, de natureza procedimental, pelo que julgo a ação fiscal nula, por vício material, dada a flagrante inobservância aos requisitos elementares dos requisitos elementares de constituição do crédito tributário, consoante inteligência emergente do art. 142 do CTN, *in verbis*:

*“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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.” (g.n.)*

Portanto, em virtude do comprometimento da legitimidade do crédito tributário, motivado em virtude de utilização de procedimento inadequado, de modo a dificultar o ajustamento do fato material à legislação pertinente, procedo à anulação da ação fiscal, ressalvando ao Estado o direito de reaver o procedimento de fiscalização, mediante outra técnica, e, se for o caso, proceder a novo lançamento, caso seja identificada omissão de receitas.

De fato, o erro verificado é procedimental, visto que se evidencia na técnica que lhe dá suporte que, em razão da distorção, contaminou a matéria que se pretendeu tributar e, por consequência, calculou um montante indevido de imposto a recolher.

Diante do que, entendo que se caracterizou vício material, visto que atingiu a própria identificação da natureza da infração, e não somente a descrição do fato. Nesta circunstância, impõe-se a decretação da nulidade da ação fiscal, porquanto o lançamento de ofício não apresenta elementos suficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária. Aplicação da norma ínsita no inciso III do art. 14 da Lei Estadual nº 10.094/2013, que nos diz:

“Art.14. São nulos:

III – os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalva, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados”. (Grifo não constante do original).

Todavia, tendo em vista que é de natureza material o vício que inquina o auto de infração em referência, já que, como dito anteriormente, a legislação autoriza os demais exames de auditoria a serem aplicados a empresas do Simples Nacional, faço observar que o novo auto de infração, se cabível, teria que ser lavrado dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado, ou da data da ocorrência do fato gerador, conforme o caso.

Com efeito, as nulidades decorrentes de vício material não atraem a aplicação do art. 173, II do CTN, uma vez que essa regra é aplicável às nulidades por vício formal, o que não é o caso dos autos, consoante os fundamentos acima expedidos.

Diante do que, reformo a decisão singular, para declarar a nulidade da ação fiscal, por ser de justiça.

Por todo o exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu *provimento*, para reformar a sentença prolatada na primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001927/2014-08, lavrado em 23/10/2014, em desfavor da empresa CENTRAL DAS FECHADURAS LTDA., inscrição estadual nº 16.117.447-7, devidamente qualificada nos autos, considerando o auto de infração nulo, por vício material, e eximindo o contribuinte de quaisquer ônus decorrente deste procedimento fiscal.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de maio de 2019.

GILVIA DANTAS MACEDO

Conselheir

a Relatora do voto divergente