

PROCESSO Nº 1301422017-5

ACÓRDÃO Nº 0453/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GISELDA DA COSTA RAMOS FARIAS

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA
SEFAZ - MONTEIRO

Autuante: RUBENS AQUINO LINS

Relator: Cons.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS -
FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE
AQUISIÇÃO - DENÚNCIA CONFIGURADA - FALTA DE
RECOLHIMENTO DO ICMS - DENÚNCIA CONFIGURADA -
LEVANTAMENTO FINANCEIRO - INFRAÇÃO
CONFIGURADA - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA -
AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO DE
VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.*

- *A inexistência de registros de notas fiscais de saídas e de cupons fiscais nas saídas mensais, resulta na falta de recolhimento do ICMS.*

- *A classificação e escrituração de operações de saídas tributadas, como sendo isentas, imunes ou sujeitas à substituição tributária, resulta em falta de recolhimento do ICMS, por não terem sido incluídas para efeito de débito na apuração mensal do imposto.*

- *Diferença tributável apurada por meio do Levantamento Financeiro caracteriza a presunção legal de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto.*

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001847/2017-03 (fls. 03 a 07) lavrado em 16 de agosto de 2017 contra a empresa GISELDA DA COSTA RAMOS FARIAS, inscrição estadual nº 16.151.426-0, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 373.001,53 (trezentos e setenta e três mil, um real e cinquenta e três centavos), sendo de ICMS R\$ 191.562,73 (cento e noventa e um mil, quinhentos e sessenta e dois reais e setenta e três centavos), por infringência aos Art. 158, I, 160, I, c/fulcro no Art. 646; Art. 106, VIII; Art. 106; Art. 158, I, e 160, I, c/c Art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97, c/ fulcro nos artigos 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou artigos 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011 e Multa por infração no valor de R\$ 181.438,80 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e trinta e oito reais e oitenta

centavos), com fulcro nos artigos 82, V, “f”; 82, II “e”; todos da Lei nº 6.379/96; e artigo 16, I, da Resolução nº 030 CGSN, de 07/02/2008.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 25 de agosto de 2021.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro Relator do Voto Vista



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE) E RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor

Processo nº 1301422017-5

SEGUNDA CÂMARA

Recorrente: GISELDA DA COSTA RAMOS FARIAS

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA
SEFAZ - MONTEIRO

Autuante: RUBENS AQUINO LINS

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS -
FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE
AQUISIÇÃO - DENÚNCIA CONFIGURADA - FALTA DE
RECOLHIMENTO DO ICMS - DENÚNCIA CONFIGURADA -
LEVANTAMENTO FINANCEIRO - INFRAÇÃO
CONFIGURADA - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA -
AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO DE
VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

- A inexistência de registros de notas fiscais de saídas e de cupons fiscais nas saídas mensais, resulta na falta de recolhimento do ICMS.

- A classificação e escrituração de operações de saídas tributadas, como sendo isentas, imunes ou sujeitas à substituição tributária, resulta em falta de recolhimento do ICMS, por não terem sido incluídas para efeito de débito na apuração mensal do imposto.

- Diferença tributável apurada por meio do Levantamento Financeiro caracteriza a presunção legal de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001847/2017-03 (fls. 03 a 07) lavrado em 16 de agosto de 2017 contra a empresa GISELDA DA COSTA RAMOS FARIAS, inscrição estadual nº 16.151.426-0, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00002468/2017-82 denuncia o sujeito passivo de haver cometido as seguintes infrações, *ipsis litteris*:

362 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO. >>
Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto devido. (Simples Nacional).

388 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional deixou de recolher o ICMS.

Nota Explicativa: Notas Fiscais de vendas (NF-e) e Cupons Fiscais não registrados nas saídas mensais, fatos ocorridos nos exercícios de 2012, 2014, 2015, 2016 e 2017, caracterizando omissão de saídas.

386 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS – SIMPLES NACIONAL, em razão da omissão de informações.

Nota Explicativa: NF-e (Saídas) e Cupons Fiscais, contendo mercadorias com tributação normal, registrados nas vendas mensais fora da Base de Cálculo da tributação do Simples Nacional, enquadradas incorretamente como isenção/substituição tributária (exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017); Receita Bruta Total e Receita Bruta sem subst. tributária informadas a menor no PGDAS em relação aos registros de saídas da GIM (exercício de 2014). Ambas as ocorrências geraram falta de recolhimento do ICMS Simples Nacional.

351 - 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.

Em decorrência destes fatos, o Representante Fazendário lançou, de ofício, um crédito tributário no valor total de R\$ 373.001,53 (trezentos e setenta e três mil, um real e cinquenta e três centavos), sendo de ICMS R\$ 191.562,73 (cento e noventa e um mil, quinhentos e sessenta e dois reais e setenta e três centavos), por infringência aos Art. 158, I, 160, I, c/fulcro no Art. 646; Art. 106, VIII; Art. 106; Art. 158, I, e 160, I, c/c Art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97, c/ fulcro nos artigos 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou artigos 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011 e Multa por infração no valor de R\$ 181.438,80 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e trinta e oito reais e oitenta centavos), com fulcro nos artigos 82, V, “f”; 82, II “e”; todos da Lei nº 6.379/96; e artigo 16, I, da Resolução nº 030 CGSN, de 07/02/2008.

Documentos instrutórios às fls. 08 a 23.

Após a cientificação por via postal em 11 de setembro de 2017 (fls. 23), a autuada protocolou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 25 a 36), por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) Que a defesa administrativa se fundamenta em razões puramente de direito, dado que a acusação fiscal posta ao enfrentamento se encontra despida de lastro probatório;
- b) Que o auto de infração deve ser declarado nulo em virtude da ausência da lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) emitido por meio do Sefisc, na forma do então vigente art. 79 da Res. CGSN nº 94/2011;

- c) Que a lista de notas fiscais não lançadas não é suficiente para comprovar a materialidade da infração;
- d) Que foram incluídos no levantamento financeiro valores decorrentes de títulos emitidos em um exercício e que foram pagos em exercício seguinte.

Ato contínuo, foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Heitor Collett, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE ENTRADAS – COMPRAS COM RECURSOS PROVENIENTES DA OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. PRESUNÇÃO LEGAL RELATIVA NÃO DESCONSTITUÍDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL – OMISSÃO DE REGISTROS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - DENÚNCIA CARACTERIZADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL – SAÍDAS – OMISSÕES DE INFORMAÇÕES - MANUTENÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO – MANTIDA A EXAÇÃO FISCAL.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição conduz à presunção de aquisição de mercadorias com receitas advindas da omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB.

- A ausência de parte dos registros de documentos fiscais de saídas/vendas e a consequente não inclusão na apuração do montante do faturamento mensal, resulta na falta de recolhimento do ICMS.

- A classificação e escrituração na GIM e PGDAsD, de operações de saídas tributadas, como sendo isentas, imunes ou sujeitas à substituição tributária, resulta em falta de recolhimento do ICMS, por não terem sido incluídas para efeito de débito na apuração mensal do imposto.

- A ocorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento Financeiro, dá ensejo à cobrança de ICMS e penalidade devida sobre a diferença, nos termos do artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão proferida pela instância prima, por meio de DT-e, em 24 de setembro de 2020, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário por meio do qual suscita que:

- a) Que reitera o pedido de nulidade do libelo acusatório, em virtude da ausência da lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) emitido por meio do Sefisc, na forma do então vigente art. 79 da Res. CGSN nº 94/2011, sendo inaplicável a alíquota normal do imposto nas autuações, mesmo que presuntivas, contra as empresas do Simples Nacional;
- b) Que Contribuintes do Simples Nacional toleram punição administrativa rigidamente prevista na LC 123/06 e nunca em Lei Estadual, não sendo possível o ajuizamento e execução fiscal quando a exação é cobrada por fora da norma federal, sem a inscrição em dívida ativa da União.

- c) Ao final, manifesta o desejo de fazer defesa oral e que os atos de comunicação devem ser remetidos conforme o CPC e não por meio da DT-e, posto que fora do alcance da advocacia.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento, oportunidade em que foram remetidos à Assessoria Jurídica, com arrimo no art. 20, X, da Portaria SEFAZ nº 80/2021, a qual se manifestou por meio de Parecer.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001847/2017-03, lavrado em 16 de agosto de 2017, contra a empresa GISELDA DA COSTA RAMOS FARIAS, já qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário decorrente das seguintes denúncias: a) omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas por meio de notas fiscais de aquisição não lançadas, b) falta de recolhimento do ICMS decorrente de notas fiscais de venda e cupons fiscais não registrados nas saídas mensais, c) falta de recolhimento do ICMS – Simples Nacional em virtude de não ter informado NF-e e cupons fiscais contendo mercadorias com tributação normal registrados como vendas mensais fora da base de cálculo da tributação do Simples Nacional e c) omissão de saídas de mercadorias tributáveis – Levantamento Financeiro.

Inicialmente, deve ser reconhecido que na elaboração do auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13 – Lei do PAT, estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza das infrações, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação.

O contribuinte apresentou recurso voluntário, tempestivo, no qual suscita a ocorrência de diversas nulidades, motivo pelo qual as questões serão analisadas de forma individualizada.

Nulidade – Ausência de lavratura do AINF

O sujeito passivo pugna pelo reconhecimento da nulidade decorrente da exigibilidade de utilização de documento único de autuação (AINF), ou seja, em seu entendimento preferentemente, as empresas auditadas pelo Simples Nacional devem ser auditadas com o uso da plataforma SEFISC – Sistema de Fiscalização Eletrônica Integrada ou por fora do portal do Simples Nacional, desde que comunicado o fato ao condomínio dos fiscos do sistema da LC 123/06, com a alíquota específica do regime.

Esta matéria é de conhecimento do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, conforme se percebe pelo seguinte trecho do Voto do Acórdão nº 81/2020, de Relatoria da Ilustre Conselheira Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, que com extrema propriedade registrou que:

Tratando-se de empresa optante do Simples Nacional, regida pela Lei Complementar nº 123/2006 e Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, a recorrente, em suas razões, considera que o auto de infração teria de abranger todos os tributos de competência do Simples Nacional, devendo ser

registrado no Sistema Único de Fiscalização e lavrado em documento próprio, seguindo as determinações do art. 87, §1º da Res. CGSN140/2018, abaixo transcrito:

Art. 87. Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 3º e 4º)

§ 1º O AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federados, nos casos de inadimplemento da obrigação principal previstas na legislação do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §§ 3º e 4º).

No entanto, para os fatos geradores ocorridos até 2021, onde sejam apurados omissão de receitas, poderão ser utilizados os procedimentos previstos na legislação de cada ente federativo, conforme prevê o art. 142, II, “d”, do mesmo diploma legal:

Art. 142. Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do Sefisc, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

II - para todos os fatos geradores, até 31 de dezembro de 2021, nas seguintes situações:

(...)

d) apuração de omissão de receita prevista no art. 92.

(...)

§ 4º Deverão ser utilizados os documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federado. (grifos acrescidos)¹

Dessa forma, tendo em vista que o argumento utilizado pelo contribuinte está lastreado em dispositivo normativo que não possui a eficácia pretendida, uma vez que o art. 142, II, “d” da Res. 140/2018 do CGSN autoriza o uso de documentos de autuação e lançamento fiscal de cada ente federado, afasto a preliminar suscitada.

¹ Acórdão 00081/2020, Relª Consª Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. NÃO APLICÁVEL AOS CONTRIBUINTES DO SIMPLES NACIONAL. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A diferença apurada em Levantamento Financeiro denuncia omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência.

- 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.

- Os contribuintes optantes do Simples Nacional, quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal, sujeitam-se à legislação aplicável aos contribuintes enquadrados no regime de pagamento normal.

- Realizados ajustes no levantamento financeiro, em face de ausência de provas das operações não registradas e a ocorrência de prejuízo bruto com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária.

Nulidade – Inaplicabilidade da alíquota normal do imposto nas autuações, mesmo que presuntivas, contra empresa do Simples Nacional

O contribuinte apresenta seu inconformismo com a decisão da instância prima em relação a aplicação das alíquotas do ICMS não ter sido por meio da legislação do Simples Nacional, mesmo que os fatos geradores da autuação envolvam as acusações de omissão de vendas, apresentando como justificativa para o acolhimento do pedido a redação contida no art. 39 da LC nº 123/2006 e do art. 92 da Res. CGSN nº 140/2018.

Pois bem, com relação a esse ponto, cabe frisar que a previsão legal que submete o contribuinte optante do regime Simples Nacional às disposições atribuídas às demais pessoas jurídicas, inclusive, no que se refere à aplicação de suas alíquotas específicas, encontra-se expressa no art. 13, § 1º, XIII, “f” da Lei Complementar nº 123/2006, nestas palavras:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal;

Quando a infração cometida se tratar de presunção de omissão de receita, a regulamentação da submissão às regras das demais pessoas jurídicas encontrava-se disciplinada, **à época do fato gerador**, no *caput* do art. 82, da Resolução CGSN nº 094/2011, cujo texto assim se apresenta:

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)

Vale registrar que o art. 83 da supracitada resolução apresenta regulamentação relativa aos contribuintes que exerçam “atividades incluídas **no campo de incidência do ICMS e do ISS**”, ou seja, atividade mista, norma que não se adequa ao caso analisado:

Art. 83. No caso em que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional **exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS** e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas

atividades. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 2º) (grifos acrescidos)

Assim, ao praticar condutas relacionadas com omissões de receitas, o contribuinte permitiu a aplicação da presunção de omissão de saídas sem o pagamento do imposto com aplicação de alíquotas previstas na Lei nº 6.379/96 e RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97.

Há de se destacar o didático Voto proferido no Acórdão nº 272/2018, de relatoria do Cons. Petrônio Rodrigues Lima, que assim apresentou a matéria:

No tocante ao argumento de que a peça acusatória estaria carente de dispositivos normativos inerentes ao Simples Nacional, que não caberia a aplicação da alíquota de 17%, e sim aquela conferida pela Lei do Simples Nacional, não prospera, pois, embora o contribuinte autuado se encontrasse no Regime de Recolhimento do Simples Nacional, para a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme a legislação deste regime especial de tributação, normatizado no artigo 13, § 1º, XIII, “e” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006. Vejamos:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal; (g. n.)

A Resolução CGSN nº 30[2], mencionada pela recusante, remete à norma da art. 13, da LC nº 123/2006, acima citada, para os casos de omissão de vendas, devendo o lançamento de ofício ser disciplinado pela legislação aplicada às demais pessoas jurídicas, ou seja, que dispõe sobre aplicação da alíquota interna, na época 17%, independente do recolhimento mensal relativo à sistemática do Simples Nacional.

Portanto, a aplicação do art. 13, §1º, da LC nº 123/2006 não alcança a forma de recolhimento pelo Simples Nacional, em detrimento à pretensão da recorrente. Ao contrário, remete a incidência do ICMS decorrente das omissões, à legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, que não deve ser excluída em função da opção do pagamento mensal do imposto pelo Simples Nacional.

Assim, evidenciando-se as aludidas omissões, não seria possível a cobrança do

imposto utilizando as alíquotas inerentes ao Simples Nacional, contrariando o entendimento do contribuinte, por determinação legal.

Ressalte-se que, independentemente de a citada Resolução CGSN nº 30 ter sido revogada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, o entendimento supra emerge da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece, repiso, que para as infrações de omissões de vendas, o lançamento de ofício deve ser fundamentado na legislação aplicada às demais pessoas jurídicas, não se aplicando apenas aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2009 a 2011.

Ressalto ainda, que o artigo 83 da Resolução nº 94/2011, que indica a aplicação da maior alíquota relativa a faixa de receita bruta do contribuinte do Simples Nacional, refere-se àqueles contribuintes (ME ou EPP) em que suas atividades estiverem no campo de incidência do ICMS e ISS, ou seja, atividade mista, contrariando as pretensões da recorrente, que tenta induzir ao erro de interpretá-lo para os contribuintes do imposto estadual, o que contrariaria a própria LC nº 123/06. Tanto é, que para estes casos, há um rateio da parcela autuada entre os Estados e Municípios. Vejamos o que diz a LC 123/06, em seu artigo 39, que trata da matéria:

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

§ 1º O Município poderá, mediante convênio, transferir a atribuição de julgamento exclusivamente ao respectivo Estado em que se localiza.

§ 2º No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal. (g. n.)

É de bom alvitre citar que este Colegiado já se posicionou em outras decisões, no sentido de manter a observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas quando da ocorrência de omissões de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, com fulcro no art. 646, do RICMS/PB, conforme Acórdão CRF nº 294/2014, da lavra da Cons.^a Patrícia Márcia de Arruda Barbosa, que assim dispõe:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. CONTRIBUINTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DE MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERARQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

A diferença tributável detectada pelo confronto dos valores das vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ressalvada à autuada a prova da improcedência da acusação, o que não se vislumbra nestes autos.

Para a acusação em tela, a exigência do ICMS se faz de forma integral, em consonância com a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas.

Redução da penalidade de acordo com o Princípio da Retroatividade Benigna da Lei, disciplinado no CTN. (grifo nosso)²

Por tais motivos, não acato o argumento apresentado pelo contribuinte.

Nulidade – impossibilidade de aplicação de punição administrativa decorrente de Lei Estadual

Conforme demonstrado no tópico anterior, falta plausibilidade nos argumentos jurídicos apresentados pelo sujeito passivo quando pugna pela inviabilidade de realização de procedimento de fiscalização e utilização de alíquotas por fora do regime simplificado.

Assim, uma vez que o sistema jurídico aplicável aos contribuintes submetidos ao regime simplificado autoriza a realização de procedimentos de fiscalização por fora do sistema da LC 123/06 e, ainda, que em casos de omissão de receitas está legalmente autorizada a aplicação da norma de regência do ICMS aos contribuintes optantes do Simples Nacional, não há que se falar em impossibilidade de autuação ou desenvolvimento regular dos meios legais para o cumprimento de obrigações.

Convém rememorar que a competência dos órgãos julgadores da instância administrativa possui limitação material, mais especificamente, em relação a reconhecimento de ilegalidade de norma, conforme pode ser constatado pela previsão contida no Parágrafo Único do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, *in verbis*:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. **É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.** (grifos acrescidos)

Dessa forma, o debate sobre a impossibilidade jurídica relativa ao ajuizamento de execução fiscal para satisfação do crédito tributária foge do alcance do processo em exame.

Notificação nos termos do CPC

Pois bem, com relação ao argumento que pugna pela realização de notificação nos termos do CPC, vale salientar que o processo administrativo não está adstrito aos mesmo rigores do processo judicial, sendo regido, em virtude do princípio da

² Acórdão nº 272/2018, Rel. Cons. Petrônio Rodrigues Lima:

OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. PARCIALIDADE. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. MANTIDA DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- No levantamento da Conta Mercadorias, a apuração de lucro bruto inferior a 30% do CMV representa omissão de saídas tributáveis com consequente falta de recolhimento do ICMS, em conformidade com a presunção legal relativa. “In casu”, a exclusão de notas fiscais representativas de operações em que não há desembolso financeiro para o sujeito passivo afastou parte do crédito tributário inicialmente constituído.

- A diferença tributável apurada no Levantamento Financeiro caracteriza a presunção legal “juris tantum” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte não trouxe aos autos provas inequívocas capazes de desconstituir a acusação inserida na inicial.

legalidade, pelas determinações normativas que estipulem as formalidades essenciais ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório pelo administrado.

No caso, a Lei nº 10.094/2013, que dispõe, entre outros temas, sobre o Ordenamento Processual Tributário e o Processo Administrativo Tributário, instituiu, em seu art. 4º-A, o DT-e e estabeleceu, em seu art. 11, as formas de realização de intimação, sendo oportuno transcrever os seguintes trechos:

Art. 4º-A. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria de Estado da Receita - SER e o sujeito passivo, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sem prejuízo de outras disposições na forma prevista na legislação.

§ 1º A Secretaria de Estado da Receita utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;

II - encaminhar notificações e intimações;

III - expedir avisos em geral.

§ 2º A legislação poderá estabelecer a obrigatoriedade ou a adesão mediante opção do sujeito passivo, da utilização do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, podendo dispensá-lo a quem a ele se obriga, bem como autorizá-lo a quem a ele não se obriga.

§ 3º A comunicação eletrônica será considerada pessoal para todos os efeitos legais.

§ 4º No interesse da Receita Estadual, a comunicação com o sujeito passivo credenciado a que se refere o § 8º do art. 11 poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

(...)

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao endereço eletrônico disponibilizado ao sujeito passivo pela Administração Tributária Estadual, observado o art. 4º-A desta Lei;

(...)

§ 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo.

(...)

Diante do arcabouço normativo supracitado, infere-se que o ordenamento processual administrativo prevê, **nas hipóteses de inscrição estadual inativa**, a possibilidade de direcionamento das notificações e intimações ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador (inciso II do art. 9º) ou a indicação de endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação de atos referentes ao Processo (§ 10).

Porém, este não é o caso dos autos, pois o contribuinte, até a presente data está com situação cadastral ativa, inviabilizando qualquer requerimento em desconformidade com a previsão legal.

Observa-se, portanto, que não há qualquer lacuna normativa que justifique a aplicação subsidiária das regras relativas ao processo judicial, em outras palavras, estabelecidos os procedimentos que resguardem os direitos inerentes ao exercício da defesa administrativa, devem ser adotadas as providências processuais que obedeçam aos princípios constitucionais da eficiência (caput do art. 37) e celeridade (inciso LXXVIII do art. 5º)³.

Ademais, há manifestação judicial no sentido inverso ao pretendido pelo contribuinte, ou seja, que declara a liberalidade para a adoção de procedimento relacionado com a intimação do advogado do administrado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - ART. 23 DO DECRETO N.º 70.235/72 - INTIMAÇÃO POSTAL - PESSOA JURÍDICA - ENDEREÇO ELEITO PELO CONTRIBUINTE. 1. O impetrante, ora apelado, impetrou o presente *mandamus* pugnando pela invalidade do ato de intimação da decisão proferida em primeiro grau no processo administrativo, sustentando que a intimação foi realizada em lugar diverso do apontado em sua impugnação e recebida por pessoa estranha aos quadros da empresa. O MM. Juízo a quo, acolhendo os fundamentos aduzidos na inicial, julgou procedente o pedido formulado, declarando a nulidade do processo administrativo fiscal, desde a intimação do impetrante do julgamento da impugnação, decidum contra o qual agora se insurge a União. 2. **O contribuinte foi intimado, por via postal, em seu domicílio fiscal. Em que pese sustentar ter declinado outro endereço para receber as intimações, quando da apresentação de sua impugnação, e que o recebimento foi atestado por pessoa que não detinha poderes para tanto, não existe qualquer ressalva normativa no sentido de que a intimação deve ser feita na pessoa do advogado, na hipótese de haver procuradores constituídos pelo contribuinte, nem que o próprio destinatário ou pessoa por ele autorizada firme o documento.** 3. **A tese inicial - da necessidade de**

³ Art. 5º...

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a **celeridade** de sua tramitação.

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:

intimação da empresa através de seus advogados - implicaria em aplicar a mesma disciplina que rege o ato de citação judicial ao ato de mera intimação de decisão em processo administrativo. A intimação de atos de comunicação em processo administrativo não se reveste das mesmas exigências previstas em lei para efetivação da citação judicial, não estando o fisco obrigado a intimá-la na pessoa do advogado. 4. No mais, se a intimação foi encaminhada ao destino correto, se pessoa que não deveria recebê-la o fez, ou ainda, se o fez e não repassou o importante documento às mãos dos seus efetivos destinatários, tais falhas jamais podem ser imputadas à autoridade notificante, mas ao próprio contribuinte, na administração do seu pessoal. 5. Remessa necessária e apelação interposta pela União providas.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Quarta Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, AMS 200251100065655 – Apelação em mandado de segurança – 50001, Data da Decisão 06/12/2011, Publicação E-DJF2R – de 16/12/2011, pp. 202-203) (grifos acrescidos)

Entendimento semelhante também já foi adotado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), senão veja-se:

ENDEREÇAMENTO DE INTIMAÇÕES DE ATOS PROCESSUAIS NA PESSOA DO PROCURADOR - ADMISSIBILIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - **Não encontra respaldo legal nas normas do Processo Administrativo Fiscal a solicitação para que a Administração Tributária efetue as intimações de atos processuais administrativos na pessoa e no domicílio profissional do procurador (advogado) constituído pelo sujeito passivo da obrigação tributária.** VALIDADE DE NOTIFICAÇÃO POR VIA POSTAL NO DOMICÍLIO DO SUJEITO PASSIVO - **Considera-se recebida à correspondência fiscal enviada através de aviso postal com prova de recebimento, na data de sua entrega no domicílio do sujeito passivo, confirmado com a assinatura do recebedor, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.** RECURSO VOLUNTÁRIO - INTEMPESTIVIDADE - Não se conhece de apelo à segunda instância, contra decisão de autoridade julgadora de primeira instância, quando formalizado depois de decorrido o prazo regulamentar de trinta dias da ciência da decisão. Recurso negado.

(Primeiro Conselho de Contribuintes, Quarta Câmara, Rel. Conselheiro Nelson Mallmann, Processo nº 10746.000585/2002-78, Acórdão nº 104-19376, Data da Sessão 11/06/2003) (grifos acrescidos)

QUEBRA - SIGILO BANCÁRIO - VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO - INFORMAÇÕES BANCÁRIAS - Lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. INTIMAÇÕES - ATOS PROCESSUAIS - PROCURADOR - **Não encontra respaldo legal nas normas do Processo Administrativo Fiscal a solicitação para que a Administração Tributária efetue as intimações de atos processuais administrativos na pessoa e no domicílio profissional do procurador (advogado) constituído pelo sujeito passivo da obrigação tributária.** NOTIFICAÇÃO - VIA POSTAL - DOMICÍLIO DO SUJEITO PASSIVO - **Considera-se recebida a correspondência fiscal enviada através de aviso postal, com prova de recebimento, na data de sua entrega no domicílio do sujeito passivo, confirmado com a assinatura do recebedor, ainda que este não seja o**

representante legal do destinatário. DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - AJUSTE ANUAL - Sendo a tributação das pessoas físicas sujeita a ajuste na declaração anual e independentemente de exame prévio da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação, hipótese em que o direito de a Fazenda Nacional lançar decai após cinco anos contados de 31 de dezembro de cada ano-calendário questionado. OMISSÃO DE RENDIMENTO - DEPÓSITO BANCÁRIO - ORIGEM NÃO COMPROVADA - LEI Nº 9.430, DE 1996, ART. 42 - Caracteriza omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA - As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS - INCOMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS - Os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, em face da inexistência de previsão constitucional. MULTA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AGRAVAMENTO - FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS - A falta de atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, à intimação formulada pela autoridade lançadora para prestar esclarecimentos, autoriza o agravamento da multa de lançamento de ofício, desde que a irregularidade apurada seja decorrente de matéria questionada na referida intimação. ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS - O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, a partir de abril de 1995, deverá ser acrescido de juros de mora em percentual equivalente à taxa referencial SELIC, acumulada mensalmente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Preliminar de decadência acolhida. Recurso negado.

(Primeiro Conselho de Contribuintes, Quarta Câmara, Rel. Conselheiro Mohamad Toufic El Safadi, Processo nº 10945.001338/2004-12, Acórdão nº 104-20408, Data da Sessão 26/01/2005) (Grifos acrescidos)

Em função das considerações ora expostas, resta-me, apenas, manter a sentença proferida na instância prima de julgamento, que considerou procedente o lançamento efetuado de ofício.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001847/2017-03 (fls. 03 a 07) lavrado em 16 de agosto de 2017 contra a empresa GISELDA DA COSTA RAMOS FARIAS, inscrição estadual nº 16.151.426-0, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 373.001,53 (trezentos e setenta e três mil, um real e cinquenta e três centavos), sendo de ICMS R\$ 191.562,73 (cento e noventa e um mil, quinhentos e sessenta e dois reais e setenta e três centavos), por infringência aos Art. 158, I, 160, I, c/fulcro no Art. 646; Art. 106, VIII; Art. 106; Art. 158, I, e 160, I, c/c Art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97, c/ fulcro nos artigos 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou artigos 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011 e Multa por

infração no valor de R\$ 181.438,80 (cento e oitenta e um mil, quatrocentos e trinta e oito reais e oitenta centavos), com fulcro nos artigos 82, V, “f”; 82, II “e”; todos da Lei nº 6.379/96; e artigo 16, I, da Resolução nº 030 CGSN, de 07/02/2008.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de agosto de 2021.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator

