

PROCESSO Nº 1424802020-3

ACÓRDÃO Nº 0290/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI

2ª Recorrente: LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: GILDETT DE MARILLAC ALMEIDA MARINHO DO REGO

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRÉTERITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL JURIS TANTUM. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICSM (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL). INFRAÇÃO CARACTERIZADA. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. AUSÊNCIA DAS INDICAÇÕES DOS DOCUMENTOS FISCAIS DENUNCIADOS. INCERTEZA E ILIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADOIRAS - INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA - INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA. ALTERADA, QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO DESPROVIDO E DO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção relativa de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Mantidos os ajustes realizados na primeira instância.

- Reputa-se devido o ICMS cujo lançamento não se fez a débito no livro Registro de Apuração do ICMS em razão da falta de destaque do imposto nas notas fiscais de transferências internas de mercadorias, emitidas para estabelecimento do mesmo titular.

- A indicação dos números dos documentos fiscais que acobertaram saídas de mercadorias tributadas sem destaque do valor do ICMS é elemento essencial para materializar o ilícito tributário e garantir ao contribuinte o direito à ampla defesa e ao contraditório

- 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. Infração improcedente.

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 dos recursos hierárquico por regular e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovemento do primeiro e provimento parcial do segundo, para alterar, quanto aos fundamentos, a decisão da sentença *a quo*, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração nº 93300008.09.00001277/2020-49, lavrado em 28/09/2020, fls. 3 a 6, em desfavor da empresa, LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI, nos autos qualificada, condenando-a ao crédito tributário no valor de R\$ 370.901,70 (trezentos e setenta mil, novecentos e um reais e setenta centavos), sendo de R\$ 202.575,79 (duzentos e dois mil, quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e nove centavos) de ICMS, por infringência arts. 158, I, 160, I, c/ fulcro no art. 646, art. 106, c/c art. 52, 54 e art. 2º e 3º, art. 60, I, “b”, e II, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 168.325,91 (cento e sessenta e oito mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos) a título de multa por infração, arrimada nos artigos 82, IV e V, “f”, da Lei n.º 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelo, por indevido, o valor de R\$ 76.015,94 (setenta e seis mil, quinze reais e noventa centavos), pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de maio de 2022.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA E LEONARDO DO EGITO PESSOA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1424802020-3

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI

2ª Recorrente: LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: GILDETT DE MARILLAC ALMEIDA MARINHO DO REGO

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL JURIS TANTUM. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICSM (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL). INFRAÇÃO CARACTERIZADA. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. AUSÊNCIA DAS INDICAÇÕES DOS DOCUMENTOS FISCAIS DENUNCIADOS. INCERTEZA E ILIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS - INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA - INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA. ALTERADA, QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO DESPROVIDO E DO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção relativa de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Mantidos os ajustes realizados na primeira instância.

- Reputa-se devido o ICMS cujo lançamento não se fez a débito no livro Registro de Apuração do ICMS em razão da falta de destaque do imposto nas notas fiscais de transferências internas de mercadorias, emitidas para estabelecimento do mesmo titular.

- A indicação dos números dos documentos fiscais que acobertaram saídas de mercadorias tributadas sem destaque do valor do ICMS é elemento essencial para materializar o ilícito tributário e garantir ao contribuinte o direito à ampla defesa e ao contraditório

- 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. Infração improcedente.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte os *recursos de ofício e voluntário*, interposto nos termos dos artigos 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001277/2020-49, lavrado em 28 de setembro de 2020, em desfavor da empresa, LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI., inscrição estadual nº 16.175.705-7, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

0216 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICSM (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL) >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito do imposto nos livros próprios, em virtude de não ter destacado no documento fiscal o respectivo imposto.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE PASSOU A SIMPLES EM 01/01/2012, MAS FOI EXCLUÍDO EX OFFICIO EM 2013, DEPOIS DO PROCESSO (130.89.2016-0) JUNTO AO CONSELHOR DE RECURSOS FISCAIS, TEVE QUE RETROAGIR O REGIME DE TRIBUTAÇÃO PELO ACORDÃO 035/2017 E 303/2017 PARA 01/01/2013. TENDO DE ACORDO COM O ART. 14 E 14 A DO DECRETO 28.576/2007 QUE REFAZER A ESCRITA FISCAL, ISSO NÃO FOI FEITO. A AUDITORIA DE DEU A PARTIR DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDA, E A PARTIR DOS REGISTROS DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDA FORAM EXTRAÍDAS TODAS AS MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E COBRADA O VALOR DO ICMS DE MERCADORIA TRIBUTÁVEIS. O CONTRIBUINTE FOI NOTIFICADO EM 18/06/2020 PARA RECOLHIMENTO ESPONTANEO DO IMPOSTO SEM RETORNO.

0195 - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito (s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no (s) documento (s) fiscal (is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributadas pelo ICMS.

Nota Explicativa:

APURADA A DIFERENÇA TRIBUTÁVEL NOS ARQUIVOS DA MEMÓRIA FITA DETALHE DO EMISSOR DE CUPOM FISCAL TENDO SIDO IDENTIFICADAS COMO NÃO TRIBUTADAS MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS.

0027 – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADOIRAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, detectadas por meio do Levantamento Conta Mercadorias.

Em decorrência destes fatos, a representante fazendária lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 446.917,64 (quatrocentos e quarenta e seis mil, novecentos e dezessete reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 243.791,67 (duzentos e quarenta e três mil, setecentos e noventa e um reais e sessenta e sete centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/ fulcro no art. 646, art. 54, c/c art. 101, art. 102 e art. 2º e 3º, art. 60, I, “b” e III, “d”; 106 c/c 52, 54, 2º, 3º, 60, I, “b” e III, “d” e “l”; art. 643, §4º todos do RICMS/PB, e R\$ 203.125,97 (duzentos e três mil, cento e vinte e cinco reais e noventa e sete centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e”, IV e V, “a”, “c” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos probatórios e planilhas fiscais instruem o processo às fls. 7 a 40.

Devidamente cientificada através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 20/10/2020, fl. 85, a autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 89/112), protocolada em 19/11/2020, contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, em que apresentou, em suma, os seguintes argumentos:

- i) Primeiramente argui nulidade da acusação de “Falta de recolhimento do ICMS (Ausência de Débito Fiscal)”, argumentando que a autuação foi descrita de forma genérica, onde foram omitidos as bases de cálculo e as respectivas alíquotas utilizadas para a apuração do valor do imposto devido, desconsiderando que, no caso concreto, a empresa à época dos fatos possuía Termo de Acordo que determinava alíquotas diferentes para situações diferentes;
- ii) Declara também nulidade da terceira infração de “Indicar como não tributadas pelo ICMS, operações c/mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual”, visto que a

nota explicativa da infração anuncia que a auditoria teria sido realizada, tomando-se por base os cupons fiscais, porém não demonstrou quais cupons fiscais com seus respectivos valores e alíquotas e serviram de base para a autuação, assim como, as quantidades dos produtos;

iii) No tocante a primeira acusação, a empresa declarava, mensalmente, as suas entradas e saídas, tudo em ambiente da GIM, e as notas fiscais de entradas foram declaradas, para fins de apuração e recolhimento do imposto estadual, quando devido;

iv) Que as notas fiscais de entradas de números 672818 e 672820, foram devolvidas pelas notas fiscais de números 185505 e 185576, respectivamente;

v) No que tange a acusação de “falta de recolhimento do ICMS (ausência de débito fiscal)”, afirma que as notas fiscais de saídas elencadas pela fiscalização, a maioria considerável se trata de vendas de mercadorias constantes no Anexo V, do RICMS, sujeitas à substituição tributária, com encerramento da etapa de tributação e sem destaque do ICMS;

vi) Que a Técnica de Levantamento Conta Mercadorias não se aplica aos contribuintes enquadrados no Simples Nacional.

Por fim, requer a improcedência do auto de infração.

Foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, e distribuídos ao julgador fiscal Heitor Collett, que decidiu pela *parcial procedência* do Auto de Infração em tela, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS – EXCLUÍDAS DA COBRANÇA AS NOTAS FISCAIS CUJAS MERCADORIAS FORAM DEVOLVIDAS – MANTIDA PARCIALMENTE A ACUSAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL – AUSÊNCIA DE DÉBITO – EXCLUSÃO DO SIMPLAS NACIONAL COM EFEITOS RETROATIVOS – ACÓRDÃO CRF 035/2017 E 303/2017 – RECONSTITUIÇÃO DA CONTA GRÁFICA DO ICMS – MANTIDA A EXAÇÃO FISCAL – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS OPERAÇÕES TRIBUTADAS PELO IMPOSOTO – AUSÊNCIA DE PROVAS – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE DO LANÇAMENTO – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – TÉCNICA INAPROPRIADA – ACUSAÇÃO IMPROCEDENTE.

- Por disposição legal, a conduta infratora de não lançar nos livros próprios as notas fiscais de aquisição autoriza a utilização da presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, com o fito de fazer jus às despesas com as referidas compras nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Excluídas da cobrança as notas fiscais cujas mercadorias foram objeto de posterior devolução.
- Reputa-se legítima a cobrança do ICMS normal levantado pela auditoria, com a reconstituição da conta gráfica mensal do imposto, em decorrência da exclusão da empresa do Regime do Simples Nacional, com efeitos retroativos, conforme decisão proferida pelo Conselho de Recursos Fiscais, através dos Acórdãos nº 035/17 e 303/17.
- A ausência de provas da acusação de indicar como não tributadas operações sujeitas ao imposto estadual, resulta na nulidade do feito pelo cerceamento de defesa do contribuinte. *In casu*, não consta nos autos qualquer prova da infração, nem mesmo alguma planilha em que se possam verificar quais cupons fiscais, objeto da acusação, tiveram suas operações não tributada, fato este que acarreta a queda do feito fiscal. Porém, a nulidade abre a oportunidade de lavratura de novo libelo basilar, que atenda à legislação de regência.
- 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, restando improcedente a acusação. Entendimento do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba – CRF/PB, em julgado proferido em sede de Embargos Declaratórios, Processo nº 1770852014-2, Acórdão 456/2019.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Após os ajustes realizados, o crédito tributário restou fixado no valor de R\$ 370.901,70 (trezentos e setenta mil, novecentos e um reais e setenta centavos), dividido entre ICMS, no valor de R\$ 202.575,79 (duzentos e dois mil, quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e nove centavos), e multa por infração, no montante de R\$ 168.325,91 (cento e sessenta e oito mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos).

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão proferida pela instância singular por DTe, com ciência em 14/5/2021, fl. 122, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, protocolado em 7/6/2021, em que traz, em síntese, os seguintes argumentos em sua defesa:

- a) Em relação à acusação por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, argumenta que mesmo se não houvesse o registro das notas fiscais, o que não aconteceu, a presunção aplicada não prosperaria, já que, em

vários momentos, a fiscalização elencou notas fiscais de entrada com produtos sujeitos à substituição tributária.;

b) Reafirma que dentre as notas fiscais de saídas elencadas pela fiscalização, a maioria considerável acabou por tratar de vendas de mercadorias constantes no Anexo 5, não podendo alegar ausência de “destacamento” de ICMS nas saídas;

c) Por se tratar de estabelecimento comercial que, desde 2013, em razão do Decreto 33.808, funciona PREPONDERANTEMENTE com Substituição Tributária, já que se inclui nas situações estabelecidas pela citada legislação (material de construção, acabamento, bricolagem e adorno);

Por fim, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário para que seja julgado improcedente o auto de infração.

Solicita, ainda, Sustentação Oral, assim como, que seja a intimação acerca do resultado do julgamento direcionada, também, aos procuradores ora constituídos no exercício de representação da recorrente.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria que solicitou parecer à Assessoria Jurídica do órgão, em face do pedido de sustentação oral, sendo emitido parecer da lavra do Procurador do Estado Sérgio Roberto Félix.

Com a anexação de parecer, os autos retornaram à esta Relatoria para a devida apreciação.

Eis o Relatório.

VOTO

Em exame, os recursos de ofício e voluntário contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001277/2020-49, lavrado em 28/09/2020, contra a empresa LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI., qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal observou os requisitos da legislação, identificando perfeitamente o sujeito passivo e descrevendo com clareza a matéria tributável, o montante do imposto devido, a penalidade proposta e as respectivas cominações legais, conforme prescreve o art. 142 do CTN:

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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas na inicial as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), *verbis*:

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;*
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;*
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;*
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.*

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

- I - à identificação do sujeito passivo;*
- II - à descrição dos fatos;*
- III - à norma legal infringida;*
- IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;*
- V - ao local, à data e à hora da lavratura;*
- VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.*

No que diz respeito às pretensões de nulidade da recorrente, enfatize-se que as denúncias estão claramente postas na inicial, e que foram juntadas ao processo todas as informações pertinentes à determinação da matéria tributável.

1ª Acusação: 0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – Omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.

A irregularidade constatada pela fiscalização, ora em evidência, decorre de o contribuinte ter deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros próprios nos meses de junho a dezembro de 2015. Esta conduta omissiva faz surgir a acusação *de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, por presunção legal, nos termos do que dispõem os artigos 3º, §8º, da Lei nº 6.379/96, regulamentada pelo art. 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º 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.

RICMS/PB:

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; (g. n.)

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

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.

Por imperativo legal, a constatação desta omissão de vendas pretéritas obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a falta de emissão de documentos fiscais das operações omissas, por afronta ao disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB¹, cujos valores

¹ RICMS/PB

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

omitidos serviram de esteio para as aquisições das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais não lançadas nos livros próprios.

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “F”, estabelece a seguinte penalidade:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Em sua defesa, a autuada argumenta que declarava, mensalmente, as suas entradas em ambiente da GIM, e, que as notas fiscais de entradas, objeto desta acusação, foram declaradas, para fins de apuração e recolhimento do imposto estadual.

Por sua vez, o diligente julgador monocrático, ao consultar o Sistema ATF desta Secretaria, no link “Declarações” – Guia de Informações fiscais – GIM processadas – Contribuinte”, para o exercício de 2015, não foi encontrado nenhum registro. Da mesma forma, ocorrera ao consultar o link “Notas Fiscais Declarada”, de entradas, da GIM, para o mesmo período.

Outrossim, foi realizada a consulta ao link “Documentos Fiscais Declarados”, da EFD/SPED do contribuinte, exercício de 2015, já que estava obrigada a apresentar Escrituração Fiscal Digital, desde janeiro de 2013, conforme preliminarmente demonstrado.

Assim, diante destes esclarecimentos, torna-se ineficaz os argumentos do sujeito passivo, trazidos em seu recurso voluntário.

Outro ponto trazido pela recorrente é que a presunção aplicada pela fiscalização não prospera, já que, em vários momentos, elencou notas fiscais de entradas com produtos sujeitos à substituição tributária.

Em consulta ao Módulo Cadastro do Sistema ATF desta Secretaria, foi identificado que a empresa possui a seguinte atividade econômica afeta ao ICMS: **4744-0/99 Comércio varejista de materiais de construção em geral.**

Logo, a solução deste quesito passa necessariamente pela análise acerca do tratamento tributário dado às mercadorias comercializadas pela autuada.

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:
I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Sendo assim, visando à busca pela verdade material, mais uma vez o diligente julgador primevo, examinou todas as notas fiscais de entrada no estabelecimento do contribuinte, no aludido exercício, conforme Relatórios do Histórico da Gim dos meses autuados, documentos estes apresentados pela própria defesa, às fls. 114 a 127 dos autos.

Desse modo, foi constatado que a autuada não opera, exclusivamente, com produtos sujeitos à substituição tributária. Ou seja, as compras com tributação normal, representou parcela significativa em relação às compras de produtos sujeitos à substituição tributária do ICMS, representando um percentual de 61,5% das aquisições totais do período.

De mais a mais, faz-se necessário esclarecer que para que um produto esteja sujeito a sistemática da substituição tributária, não basta apenas que o mesmo esteja relacionado no Anexo 05 do RICMS/PB. Em verdade, o que deve ser observado não é apenas o produto, e sim a operação como um todo (descrição da mercadoria, NCM, destinação do produto e o destinatário da mercadoria), face aos casos de inaplicabilidade da substituição tributária previsto no Convênio de normas gerais da substituição tributária e incorporado no RICMS/PB, em seu artigo 390, §4º.

Por fim, a defesa ainda alega que as notas fiscais de entradas de nº 672818 e 672820, ambas do mês de junho de 2015, tiveram suas mercadorias devolvidas, posteriormente, através de emissão, pelo próprio fornecedor, em julho de 2015, pelas notas fiscais de devoluções de nº 185505 e 185576, respectivamente.

Esta matéria foi tratada por meio de Súmula Administrativa nº 02, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

NOTA FISCAL NÃO LANÇADA

SÚMULA 02 – A constatação de falta de registro de entrada de nota fiscal de aquisição impõe ao contribuinte o ônus da prova negativa da aquisição, em razão da presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. (Acórdãos n°s: 305/2018; 394/2018; 475/2018; 577/2018; 589/2018; 595/2018).

Desta forma, foram corretamente excluídas da cobrança do auto de infração, bem como, os seus valores e respectivas multas, restando assim, parcialmente procedente esta acusação.

2ª Acusação: 0216 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICSM (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL)

Especificamente, quanto à acusação de falta de débito fiscal do ICMS, havendo declaração realizada pelo contribuinte, observa-se que a recorrente consignou em documentos destinados a informar à fiscalização os dados das notas fiscais de saídas representativas das operações, objeto dessa denúncia, todavia, não levou a débito o valor do ICMS destacado nessas notas fiscais. Deixando, o valor do débito do imposto, de ser registrado na Guia de Informação Mensal – GIM.

Segundo denota o conteúdo da Nota Explicativa associada à denúncia ora em apreciação, a infração materializou-se quando detectada que *O CONTRIBUINTE PASSOU A SIMPLES EM 01/01/2012, MAS FOI EXCLUÍDO EX OFICIO EM 2013, DEPOIS DO PROCESSO (130.89.2016-0) JUNTO AO CONSELHOR DE RECURSOS FISCAIS, TEVE QUE RETROAGIR O REGIME DE TRIBUTAÇÃO PELO ACORDÃO*

035/2017 E 303/2017 PARA 01/01/2013. TENDO DE ACORDO COM O ART. 14 E 14 A DO DECRETO 28.576/2007 QUE REFAZER A ESCRITA FISCAL, ISSO NÃO FOI FEITO. A AUDITORIA DE DEU A PARTIR DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDA, E A PARTIR DOS REGISTROS DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDA **FORAM EXTRAÍDAS TODAS AS MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA** E COBRADA O VALOR DO ICMS DE MERCADORIA TRIBUTÁVEIS. O CONTRIBUINTE FOI NOTIFICADO EM 18/06/2020 PARA RECOLHIMENTO ESPONTANEO DO IMPOSTO SEM RETORNO.

Neste contexto, a fiscalização acusa a emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis sem débito de ICMS, seja pela ausência do lançamento do destaque no livro registro de saídas ou no documento fiscal, nos meses de julho a dezembro de 2015, nos valores constantes em demonstrativos anexos, fls. 26 a 33, dos autos.

Diante deste cenário, foram dados como infringidos os artigos 54 c/c 101, 102 e 2º e 3º, 60, I, “b” e III, “d” c/fulcro 106, todos do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

§ 1º Para efeito de apuração do débito do imposto, salvo exceções expressas, deverão ser excluídos os valores correspondentes às saídas de mercadorias cujas entradas tenham ocorrido com retenção do imposto na fonte, observado o disposto no inciso II do art. 72.

§ 2º O imposto será apurado:

I - por período;

II - por mercadoria ou serviço, dentro de determinado período;

III - por mercadoria ou serviço, à vista de cada operação ou prestação, nas seguintes hipóteses:

a) contribuinte dispensado de escrita fiscal;

b) contribuinte submetido a regime especial de fiscalização

Art. 101. O lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com a descrição da operação ou prestação realizada, na forma prevista neste Regulamento.

Art. 102. O lançamento a que se refere o artigo anterior é de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade administrativa

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

(...)

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

(...)

d) o valor total do débito do imposto;

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

II – até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

Como forma de garantir efetividade aos comandos insculpidos nos dispositivos acima reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, II, “e”, estabeleceu a aplicação da seguinte penalidade:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Em sua defesa, o contribuinte argumenta que, dentre as notas fiscais elencadas pela fiscalização, a maioria considerável acabou de tratar de vendas de mercadorias constantes no Anexo V, do RICMS, sujeitas à substituição tributária, com encerramento da etapa de tributação e sem destaque do ICMS.

Ao analisar a matéria, o diligente julgador singular manteve a exigência fiscal de todos os períodos, com o fundamento de que, à época dos fatos geradores, o sujeito passivo estava enquadrado no regime de Tributação Normal, conforme atesta o extrato da consulta ao Sistema ATF da Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba abaixo reproduzido:

Início	Término	Razão social	Situação cada:	Natureza jurídica	Tipo de e:	Tipo de unidaç	Regime de apu	Município
04/11/2010	01/01/2011	RAMON CLAUDINO BRAGA VASCONCELOS 08377605422	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2011	17/05/2011	RAMON CLAUDINO BRAGA VASCONCELOS 08377605422	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
17/05/2011	01/01/2012	RCB VASCONCELOS ME	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2012	23/08/2012	RCB VASCONCELOS ME	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
23/08/2012	01/01/2013	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2013	01/01/2017	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2017	18/06/2019	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
18/06/2019	26/06/2019	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	CANCELADO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
26/06/2019	27/12/2019	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
27/12/2019	01/11/2020	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DA CONSTRUCAO EIRELI	ATIVO	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (DE NATUREZA EMPRESARIA)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
01/11/2020	06/11/2020	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DA CONSTRUCAO EIRELI	ATIVO	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (DE NATUREZA EMPRESARIA)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
06/11/2020	19/08/2021	LOJAO PARAIBA COMERCIAL UTENSILIOS DO LAR EIRELI	ATIVO	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (DE NATUREZA EMPRESARIA)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
19/08/2021	19/08/2021	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DE UTENSILIOS DO LAR LTDA	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
19/08/2021	---	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DA CONSTRUCAO LTDA	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE

Dessa forma, diante da situação impeditiva vedada estava a autuada de permanecer no regime simplificado de tributação a partir do ano-calendário 2013, e, em consequência obrigada a proceder a reconstituição da conta gráfica do ICMS, oferecendo a débito na apuração, os valores do imposto referente às mercadorias sujeitas a Tributação Normal, o que não ocorreu.

Além disso, conforme se depreende dos autos, a fiscalização não incluiu nesta acusação, as notas fiscais de saídas que acobertam operações que contenham apenas mercadorias sujeitas à substituição tributária. Da mesma forma que, não abrangeu as mercadorias sujeitas à substituição tributária, nas hipóteses em que essas notas fiscais de saída contenham mercadorias com ST e, também, mercadorias com Tributação Normal (mistas).

De outra banda, estou mantendo a acusação, tendo em vista que a autuação está em conformidade com a legislação aplicada as pessoas jurídicas cujo regime de apuração seja o normal, pois como já demonstrado anteriormente, a partir de 1º/1/2013 a autuada já não poderia recolher o ICMS a partir da sistemática do Simples Nacional.

Não havendo retificações a serem feitas no levantamento realizado pela instância *a quo*, ratifico os termos da decisão singular no tocante a presente acusação, de forma que mantenho o crédito tributário fixado.

3ª Acusação: 0195 - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.

A acusação em tela foi inerente aos períodos de julho de 2014 a março de 2016, conforme a peça acusatória, com fundamentos nos seguintes dispositivos normativos do RICMS/PB, além do seu art. 106:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco. Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota cabível sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do imposto;

II - imposto anteriormente cobrado, a importância calculada nos termos do inciso anterior e destacada em documento fiscal hábil;

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;

b) o valor de outros débitos;

Mantida a denúncia pela instância monocrática.

Por sua vez, a recorrente argumenta que, nos moldes em que foram apresentadas as provas do cometimento da irregularidade, não lhe foi possível exercer o

contraditório e a ampla defesa, pois os dados que se encontram registrados na planilha acostada às fls. 26 a 33 não seriam suficientes para identificar, com precisão, quais operações foram consideradas ilícitas pela fiscalização, ou seja, estaria ausente a informação principal, a saber: os números dos cupons fiscais.

Em verdade, qualquer omissão e/ou inconsistência que acarrete prejuízos à defesa do administrado contamina o lançamento tributário, tornando-o passível de anulação ou de reconhecimento da improcedência da denúncia, a depender do caso concreto.

Na situação dos autos, malgrado haverem sido exibidos diversos dados relativos às operações realizadas sem destaque de ICMS por ocasião das saídas das mercadorias, o número do documento fiscal não foi especificado.

Sendo esse um elemento essencial para a configuração do ilícito tributário, sua ausência, ainda que se possa alegar ser possível identificá-lo comparando-se os dados da planilha com o arquivo da Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, fragiliza sobremaneira o lançamento, na medida em que exige a realização de “cruzamentos” de informações para extração do número do documento fiscal.

Neste cenário, havemos de acolher os argumentos recursais e, portanto, peço vênias ao nobre julgador monocrático, para discordar de seu posicionamento e alterar quanto aos fundamentos, sua decisão para improcedência da denúncia em epígrafe.

Casos similares já foram objetos de decisão por esta Corte, na mesma linha de entendimento, a exemplo do Acórdão nº 490/2020, de relatoria do nobre Cons.º Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon. Vejamos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS -
IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - NULIDADE -
VÍCIO FORMAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS -
INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS -
OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - FALTA
DE PROVAS - ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL -
IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO -
REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA -
RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO - A descrição da
infração que se apresenta incompatível com a narrativa contida na
nota explicativa enseja reconhecimento de vício quanto à forma,
tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para
que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória,
que atenda aos reclamos regulamentares.

**- Acusação que não produz instrução probatória suficiente
acarreta a improcedência da acusação, por falta de certeza e
liquidez do crédito tributário, impossibilitando a defesa do
contribuinte na determinação da matéria tributável. (g.n.)**

ACÓRDÃO 490/2020

Relator (voto vista - vencedor): Cons.º PAULO EDUARDO DE
FIGUEIREDO CHACON.

4ª Acusação: 0027 – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – Exercício 2017

Quanto a esta acusação, algumas considerações devem ser feitas sobre esta técnica fiscal, e sua aplicação na auditoria realizada em empresas optantes do Simples Nacional. A Conta Mercadorias – Lucro Presumido é uma técnica fiscal que se aplica aos casos em que o contribuinte não possui contabilidade regular, circunstância em que se arbitra o lucro de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas - CMV.

Caso, o valor das vendas seja inferior ao CMV acrescido deste lucro, a legislação tributária estadual autoriza a fiscalização a lançar mão da presunção de que houve saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, nos termos do que dispõem os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB, supracitado, e art. 643, § 4º, II do RICMS/PB.

Na sentença recorrida, o nobre julgador fiscal reconheceu a improcedência da acusação, considerando a técnica inapropriada para contribuintes optantes pelo regime diferenciado instituído pela Lei Complementar nº 123/06, sendo esta a situação da autuada, conforme atesta o extrato da consulta ao Sistema ATF da SEFAZ/PB abaixo reproduzido:

Início	Término	Razão social	Situação cadastral	Natureza jurídica	Tipo de es	Tipo de unidade	Regime de apu	Município
04/11/2010	01/01/2011	RAMON CLAUDINO BRAGA VASCONCELOS 08377605422	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2011	17/05/2011	RAMON CLAUDINO BRAGA VASCONCELOS 08377605422	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
17/05/2011	01/01/2012	RCB VASCONCELOS ME	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2012	23/08/2012	RCB VASCONCELOS ME	ATIVO	EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
23/08/2012	01/01/2013	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2013	01/01/2017	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
01/01/2017	18/06/2019	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
18/06/2019	26/06/2019	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	CANCELADO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
26/06/2019	27/12/2019	LOJAO PARAIBA MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA ME	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
27/12/2019	01/11/2020	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DA CONSTRUCAO EIRELI	ATIVO	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (DE NATUREZA EMPRESÁRIA)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	SIMPLES NACIONAL	CAMPINA GRANDE
01/11/2020	06/11/2020	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DA CONSTRUCAO EIRELI	ATIVO	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (DE NATUREZA EMPRESÁRIA)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
06/11/2020	19/08/2021	LOJAO PARAIBA COMERCIAL UTENSILIOS DO LAR EIRELI	ATIVO	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (DE NATUREZA EMPRESÁRIA)	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
19/08/2021	19/08/2021	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DE UTENSILIOS DO LAR LTDA	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE
19/08/2021	---	LOJAO PARAIBA COMERCIAL DA CONSTRUCAO LTDA	ATIVO	SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA	MATRIZ	UNIDADE PRODUTIVA	NORMAL	CAMPINA GRANDE

Repiso que a acusação descrita no Auto de Infração teve, como fato motivador, a identificação de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas pela fiscalização quando do levantamento das Contas Mercadorias relativas ao exercício de 2017.

Com efeito, esta Corte tem decidido pela inaplicabilidade da técnica de auditoria da Conta Mercadorias – Lucro Presumido aos contribuintes optantes pelo **SIMPLES NACIONAL**, em razão da utilização de margem de lucro presumido, que se evidencia incompatível e em total dissonância com que estabelece a Lei Complementar nº 123/2006, que atribui aos optantes por este regime simplificado de tributação, características e regramento próprios, não se exigindo qualquer arbitramento de margem de lucro.

Vejamos alguns Acórdãos sobre o tema:

DECADÊNCIA – PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL - INFRAÇÃO CARACTERIZADA – AJUSTE DA PENALIDADE PROPOSTA – APLICAÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO NOS ARTIGOS 16, I, DA RES. CGSN Nº 30/2008 E 87, I, DA RES. CGSN Nº 87/2011 – OMISSÃO DE

SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS — CONTA MERCADORIAS – INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA PARA CONTRIBUENTES DO SIMPLES NACIONAL – IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO – REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

- A identificação da existência de valores tributáveis informados nas GIM do contribuinte e não oferecidas à tributação do Simples Nacional impõe a necessidade de lançamento de ofício. Ajuste da penalidade proposta, uma vez não confirmada a ocorrência de nenhuma das condutas autorizativas da aplicação dos artigos 16, II, da Res. CGSN nº 30/2008 e 87, II, da Res. CGSN nº 94/2011.

- 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.

ACÓRDÃO Nº. 162/2019

Relator: Cons.º SIDNEY WATSON FAGUNDES

DA SILVA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME DE TRIBUTAÇÃO SIMPLES NACIONAL. TÉCNICA DE FISCALIZAÇÃO INADEQUADA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A legislação estadual autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto estadual, quando for detectada diferença tributável via Conta Mercadorias, na hipótese do sujeito passivo não possuir escrita contábil.

No entanto, 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.

ACÓRDÃO Nº. 185/2019

Cons.ª MAIRA CATÃO DA CUNHA

CAVALCANTI SIMÕES

Portanto, conforme reiteradas decisões desta Corte acerca da matéria, para o período em que o contribuinte se encontrava sob a égide deste regime simplificado de tributação fica prejudicado o crédito tributário apurado pelo levantamento da Conta Mercadorias do exercício de 2017, em razão do comprometimento de sua certeza e liquidez.

Reitero que, o que discuti não é a omissão em si, mas a técnica da Conta Mercadorias – Lucro Presumido - empregada para contribuintes optantes do Simples Nacional, por se mostrar incompatível com a legislação inerente a este regime simplificado de recolhimento de tributos, o que não impede o uso de outras técnicas de auditoria utilizadas para detectar omissões de vendas.

Destarte, deve o crédito tributário ser constituído em conformidade com a condenação sentenciada pela instância preliminar.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico por regular e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do primeiro e provimento parcial do segundo, para alterar, quanto aos fundamentos, a decisão da sentença *a quo*, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração nº 93300008.09.00001277/2020-49, lavrado em 28/09/2020, fls. 3 a 6, em desfavor da empresa, LOJÃO PARAÍBA COMERCIAL DA CONSTRUÇÃO EIRELI, nos autos qualificada, condenando-a ao crédito tributário no valor de R\$ 370.901,70 (trezentos e setenta mil, novecentos e um reais e setenta centavos), sendo de R\$ 202.575,79 (duzentos e dois mil, quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e nove centavos) de ICMS, por infringência arts. 158, I, 160, I, c/ fulcro no art. 646, art. 106, c/c art. 52, 54 e art. 2º e 3º, art. 60, I, “b”, e II, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 168.325,91 (cento e sessenta e oito mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos) a título de multa por infração, arriada nos artigos 82, IV e V, “f”, da Lei n.º 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelo, por indevido, o valor de R\$ 76.015,94 (setenta e seis mil, quinze reais e noventa centavos), pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 31 de maio de 2022.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira relatora