

PROCESSO Nº 1164172019-0

ACÓRDÃO Nº 0319/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -  
GEJUP

Recorrida: REDEPHARMA LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA  
SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: EDUARDO CAVALCANTI DE MELLO

Relator: CONS.<sup>a</sup> MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.  
CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÃO NÃO  
CARACTERIZADA. NULIDADE POR VÍCIO FORMAL.  
MANTIDA A DECISÃO MONCRÁTICA. AUTO DE  
INFRAÇÃO NULO. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

*Declarada a nulidade do lançamento em razão da desarmonia entre a descrição dos fatos, à norma legal infringida e as irregularidades apuradas no levantamento fiscal, com possibilidade de refazimento do feito por meio de novo lançamento, nos termos do art. 173, II, do CTN.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou nulo, POR VÍCIO FORMAL, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002389/2019-83, lavrado em 30/07/20169, contra a empresa REDEPHARMA LTDA, inscrição estadual nº 16.163.408-7, já qualificados nos autos, eximindo o contribuinte dos ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

Ressalte-se para a possibilidade de realização de novo feito fiscal, nos termos do art. 173, II do CTN.

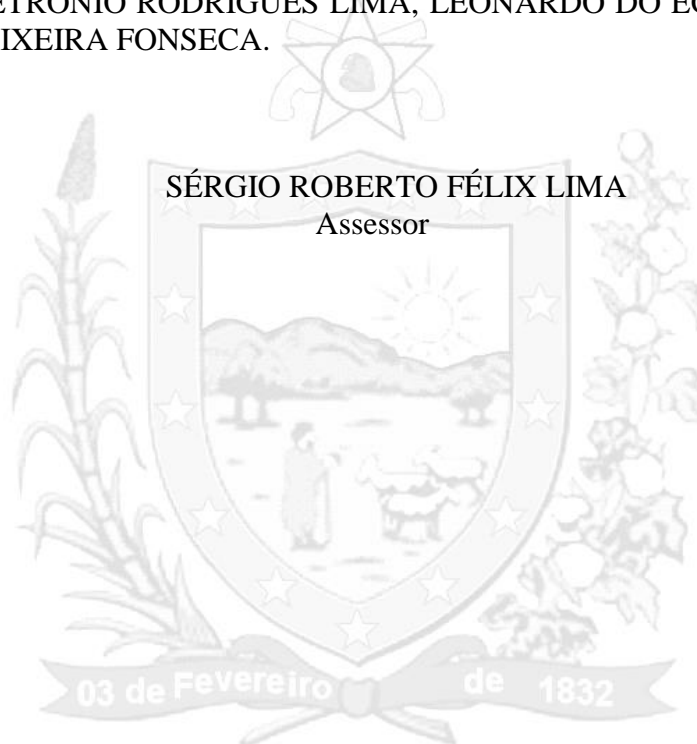
P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 20 de junho 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, LEONARDO DO EGITO PESSOA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.



PROCESSO Nº 1164172019-0  
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -  
GEJUP  
Recorrida: REDEPHARMA LTDA.  
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA  
SEFAZ - JOÃO PESSOA.  
Autuante: EDUARDO CAVALCANTI DE MELLO  
Relator: CONS.<sup>a</sup> MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.  
CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÃO NÃO  
CARACTERIZADA. NULIDADE POR VÍCIO FORMAL.  
MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO  
NULO. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

*Declarada a nulidade do lançamento em razão da desarmonia entre a descrição dos fatos, à norma legal infringida e as irregularidades apuradas no levantamento fiscal, com possibilidade de refazimento do feito por meio de novo lançamento, nos termos do art. 173, II, do CTN.*

## RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso de ofício*, interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002389/2019-83, lavrado em 30 de julho de 2019, em desfavor da empresa, REDEPHARMA LTDA, inscrição estadual nº 16.163.408-7, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa:

EFETUAMOS O LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL “LUCRO REAL” ONDE CONSTATAMOS O ICMS DEVIDO PELO ESTORNO DE CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTE DE SAÍDAS ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 316.380,42 (trezentos e dezesseis mil, trezentos e oitenta reais e quarenta e dois centavos), sendo R\$ 158.190,21 (cento e cinquenta e oito mil, cento e

noventa reais e vinte e um centavos) de ICMS, por infringência ao art. 643, §4º, II e art. 158, I c/c 160, I c/fulcro no art. 646 e seu parágrafo único, todos do RICMS/PB, e R\$ 158.190,21 (cento e cinquenta e oito mil, cento e noventa reais e vinte e um centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96.

Termos de Início e Encerramento de Fiscalização, Demonstrativos fiscais, notificações, Informativo Fiscal e provas documentais instruem o processo às fls. 9 a 14.

Cientificada da ação fiscal via postal - AR em 3/09/2019, fl. 15, a autuada apresentou reclamação tempestiva, protocolada em 2/10/2019, fl. 16, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos:

- i) Que o procedimento adotado pela fiscalização pressupõe a existência de margem de 30% (trinta por cento) e isto é uma presunção prevista no regulamento para o caso de a empresa não possuir contabilidade de forma regular;
- ii) No tocante ao exercício de 2015, a fiscalização apontou a partir do levantamento Conta Mercadorias um crédito tributário de R\$ 336.179,86. Analisando o demonstrativo elaborado pela fiscalização, observamos que não havia sido considerado o estoque final da empresa, resultando em um valor que não condiz com a realidade;
- iii) No que tange o exercício de 2016, a fiscalização apontou um crédito tributário no valor de R\$ 293.036,27, porém mais uma vez não foi considerado o estoque final da empresa;
- iv) A empresa é tributada pelo lucro real, e, portanto, obrigada a contabilidade regular. Possui todos os livros contábeis devidamente registrados e em nenhum momento foi solicitado a mesma os documentos;

Ao final, requer seja o auto de infração julgado nulo.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal Tarciso Magalhães Monteiro de Almeida, que decidiu pela *nulidade*, do feito fiscal, fls. 31/37, com recurso de ofício, proferindo a seguinte ementa:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE E NO SEU ENQUADRAMENTO LEGAL. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE CONFIGURADA.

- Da diferença constatada no Levantamento da Conta Mercadorias evidencia-se a presunção legal de saídas pretéritas de mercadorias sem documentação fiscal. Todavia, assiste razão ao impugnante no argumento de que a acusação aplicada resta equivocada.

- Erro na descrição da infração e conseqüente enquadramento legal, na peça acusatória, incorre em vício formal, nos termos dos arts. 16 e 17, incisos II e III, da Lei nº 10.094/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de DTe em 02/02/2021, a autuada, fl. 40, a empresa autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos os autos a este Colegiado, para análise do recurso de ofício, foram estes distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

**Este é o relatório.**

**VOTO**

A questão versa sobre a denúncia de omissão de saídas de mercadorias tributáveis – Conta Mercadorias nos exercícios de 2015 a 2017, formalizada contra a empresa REDEPHARMA LTDA, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Esta conduta, nos termos da legislação de regência, fez surgir a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente, fato este que motivou o lançamento de ofício.

Quanto à questão meritória, em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar a motivação da sentença recorrida, proferida pela instância *a quo*, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões de decidir desta Corte Administrativa acerca do recurso de ofício.

**OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – EXERCÍCIOS DE 2015 A 2017.**

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.

Não obstante se tratar de um recurso de fiscalização amplamente utilizado, a Conta Mercadorias – Lucro Presumido tem aplicação apenas nas situações em que o contribuinte não possua contabilidade regular, nos termos do que dispõe o artigo 643, § 3º, do RICMS/PB, *in verbis*:

**RICMS/PB:**

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

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

§ 4º Para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, onde couber, os procedimentos abaixo, dentre outros, cujas repercussões são acolhidas por este Regulamento:

(...)

II - o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, observado o disposto no inciso III do parágrafo único do art. 24.

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “a”, estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas.

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Valendo-se do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, a autuada, por meio de sua impugnação, alega, que o procedimento realizado pela fiscalização, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com base no art. 643, §4º, II, do RICMS/PB, não condiz com a realidade dos fatos, haja vista que a empresa possui contabilidade regular, não se podendo adotar a presunção constante da acusação.

Por seu turno, analisando os argumentos trazidos pela autuada, o julgador monocrático entendeu como caso de nulidade por vício formal, uma vez que, ao verificar as planilhas inseridas pela fiscalização às fls. 8 a 13, atestou que a fiscalização não se utilizou da técnica de Conta Mercadorias de Lucro Presumido e sim da Conta Mercadorias de Lucro Real, conforme trecho de suas razões de decidir:

*Esta técnica, com base no Lucro Real, pode ser aplicada a contribuinte com contabilidade regular, pois, nesse caso, não há arbitramento do CMV e sim a verificação de possível existência de falta de estorno de crédito do ICMS caso o contribuinte realize as operações de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do Custo de Aquisição (prejuízo bruto com mercadorias).*

*Para essa infração, deve-se apontar como infringidos o art. 85, inciso III do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97. Vejamos:*

*“Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o disposto no § 6º:*

*(...)*

*III - for objeto de **saída com base de cálculo inferior à operação de entrada**, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução”. (Grifei)*

Destarte, acrescenta que, apesar da correta elucidação trazida em nota explicativa, em análise ao auto de infração, depreende-se que a descrição da infração não condiz com o Levantamento realizado pela autoridade fazendária, em sua planilha de Movimentação da Conta Mercadorias dos exercícios auditados, que apresenta irregularidade pela falta de estorno decorrente de saídas “abaixo do custo de aquisição”.

Logo, o dispositivo legal que disciplina a anulação do crédito realizado indevidamente, o art. 85 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, separa expressamente o estorno a ser realizado em decorrência de saídas com base de cálculo inferior às operações de entrada (inciso III), ou seja, abaixo do custo de aquisição.

Assim, sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, a peça acusatória não descreveu perfeitamente a conduta infracional, pois restou evidente a diferença tipificada entre o que foi levantado na autuação (art.643, §4º, II) do dispositivo legal acima destacado (art.85, III, RICMS/PB), restando configurado o vício formal previsto no art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013:

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.

Neste sentido, ratifico o entendimento exarado pela primeira instância, a qual se manifestou pela existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de vício formal na acusação, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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. (g.n)

Dessa forma, venho a ratificar a decisão de primeira instância que declarou nulo o presente auto de infração, por vício formal, ressalvando a possibilidade de recuperação do crédito tributário através de novo lançamento, nos termos do art. 173, II, do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou nulo, **POR VÍCIO FORMAL**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002389/2019-83, lavrado em 30/07/20169, contra a empresa REDEPHARMA LTDA, inscrição estadual nº 16.163.408-7, já qualificados nos autos, eximindo o contribuinte dos ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

Ressalte-se para a possibilidade de realização de novo feito fiscal, nos termos do art. 173, II do CTN.

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de junho de 2022.

**MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES**  
Conselheira Relatora

