



PROCESSO Nº 2067742018-8

ACÓRDÃO Nº 571/2023

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: OSMARINA DO NASCIMENTO SILVA - ME.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: VERA LUCIA DA SILVA.

Relator: CONSº. JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. IMPROCEDÊNCIA. TÉCNICA INAPLICÁVEL AOS OPTANTES DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. MULTA APLICADA - REDUÇÃO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.788/23 REFORMADO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A técnica da Conta Mercadorias - Lucro Presumido não é aplicável aos contribuintes optantes do regime do Simples Nacional.
- Mantida a infração nos exercícios em que o contribuinte estava enquadrado no regime normal de tributação.
- Redução das penalidades em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovidimento*. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade da lei tributária, alterando, quantos aos valores, a sentença exarada na primeira instância para julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003033/2018-86**, lavrado em 26/12/2018, contra a empresa **OSMARINA DO NASCIMENTO SILVA - ME**, inscrição estadual nº 16.188.978-6, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de **R\$ 89.074,81** (oitenta e nove mil, setenta e quatro reais e oitenta e um centavos), sendo **R\$ 50.899,89** (cinquenta mil, oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e nove centavos), de ICMS,



nos termos dos Art. 643, §4º, II, art. 160, I c/fulcro art. 158, I e art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 38.174,92** (trinta e oito mil, cento e setenta e quatro reais e noventa e dois centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Cancelo por indevido o montante de R\$ 83.933,33(oitenta e três mil, novecentos e trinta e três reais e trinta e três centavos), sendo o valor de R\$.35.604,18(trinta e cinco mil, seiscentos e quatro reais e dezoito centavos) de ICM e R\$. 48.329,15 (quarenta e oito mil, trezentos e vinte e nove reais e quinze centavos) de multa por infração. Destaco que parte da multa foi cancelada de ofício, nos termos da Lei nº 12.788/23 e artigo 106, inciso II, “c”, do CTN, pelas razões acima expostas.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de novembro de 2023.

JOSÉ VALDEMIR DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, HEITOR COLLETT E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 2067742018-8
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.
Recorrida: OSMARINA DO NASCIMENTO SILVA - ME.
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: VERA LUCIA DA SILVA.
Relator: CONSº. JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. IMPROCEDÊNCIA. TÉCNICA INAPLICÁVEL AOS OPTANTES DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. MULTA APLICADA - REDUÇÃO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.788/23 REFORMADO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A técnica da Conta Mercadorias - Lucro Presumido não é aplicável aos contribuintes optantes do regime do Simples Nacional.

- Mantida a infração nos exercícios em que o contribuinte estava enquadrado no regime normal de tributação.

- Redução das penalidades em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início através do Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003033/2018-86**, lavrado em 26/12/2018, contra a empresa **OSMARINA DO NASCIMENTO SILVA - ME**, inscrição estadual nº 16.188.978-6, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2013 e 31/12/2016, consta a seguinte denúncia:

0027 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS >>
Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias.



Nota Explicativa: FOI ELABORADO EXAME DA ESCRITA FISCAL COM LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIA NOS TERMOS DO ART. 6º, PARÁG. 1º DA IN 001/2018GSER, COM A INCLUSÃO DAS NF-E DE ENTRADAS NÃO DECLARADAS EM CADA EXERCÍCIO, CONSIDERANDO A CONCORRÊNCIA DOS REFERIDOS PROCEDIMENTOS FISCAIS, QUANTO A COBRANÇA DO ICMS POR UM SÓ TIPO DE INFRAÇÃO, CONFORME DEMONSTRATIVOS ANEXO.

Em decorrência destes fatos, o Representante Fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 173.008,14 sendo R\$ 86.504,07, de ICMS por infringência aos Art. 643, §4º, II, art. 160, I c/fulcro art. 158, I e art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB. e R\$ 86.504,07 de multa por infração Art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 27/12/2018, a autuada apresentou reclamação, em 24/01/2019 (fls.59), onde declara que passou por mudança de profissional responsável pela escrita fiscal, e que as mercadorias adquiridas, quando comercializadas, eram declaradas no Simples Nacional, sendo o recolhimento efetuado através da Matriz. Solicita, ao final, o cancelamento do Auto de Infração.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl.65), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Lindemberg Roberto de Lima, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, nos termos da ementa transcrita abaixo:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO NORMAL. INFRAÇÃO COMPROVADA. REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL. TÉCNICA DE FISCALIZAÇÃO INADEQUADA. IMPROCEDENCIA.

- *Comprovada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis por meio do levantamento da Conta Mercadorias dos exercícios de 2013 e 2014, no qual a autuada estava do Regime Normal de apuração*, por se tratar de empresa comercial, que não apresenta contabilidade regular. Contudo, a técnica da Conta Mercadorias Lucro Presumido não é adequada para os exercícios de 2015 e 2016 nos quais a empresária se encontrava legalmente obrigada, ao **recolhimento do ICMS na forma do Simples Nacional**, uma vez que o arbitramento de lucro bruto em 30% não encontra sintonia com o que estabelece a Lei Complementar nº 123/06, conforme precedentes da jurisprudência administrativa do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE



Recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, caput da Lei nº 6.379/96 (fls.28-31).

Após os ajustes, foi fixado o crédito tributário de R\$ 101.799,78 (cento e um mil, setecentos e noventa e nove mil, e setenta e oito centavos), sendo R\$ 50.899,89 (cinquenta mil, oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 50.899,89 (cinquenta mil, oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e nove centavos), de multa por infração,

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância em 3/3/2021, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – Dte (fl. 78), a autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de ofício, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003033/2018-86**, lavrado em 26/12/2018, contra a empresa **OSMARINA DO NASCIMENTO SILVA - ME**, que visa exigir o crédito tributário anteriormente relatado.

Inicialmente, Cabe considerar que o lançamento fiscal se procedeu em conformidade com o art. 142 do CTN, e quanto aos requisitos normativos da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), não se incluindo em nenhum dos casos de nulidade, elencados nos arts. 14, 16 e 17.

DO MÉRITO

Acusação - Conta Mercadorias

A acusação trata de diferença tributável apurada em Levantamento da Conta Mercadorias, nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016 onde foi apurado que o contribuinte não alcançou a margem de lucro de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas – CMV, conforme demonstrativos e documentos (fls. 06-53).

Como se sabe, o Levantamento da Conta Mercadorias é um procedimento largamente utilizado e aceito nos órgãos julgadores administrativos, tornando-se obrigatório, como meio de aferição fiscal, nos termos da legislação em vigor, para os contribuintes que, por não apresentarem escrita contábil regular, ficaram impossibilitados de apurar o lucro real, nos referidos exercícios, ficando então sujeitos a guardar uma



margem de vendas, num percentual de 30%, sobre os valores obtidos para o CMV, conforme disciplina o art. 643 do RICMS/PB, *verbis*:

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 esteja obrigado ao regime de tributação com base no lucro real e tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

(...)

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

(...)

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, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compra e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular.

Registre-se que a margem de agregação visa alcançar o preço final de venda de seus produtos, para fins de tributação pelo ICMS, composto, não só, do custo das mercadorias, mas, também, das despesas indiretas e eventual lucro.

Em primeira instância, o julgador singular declarou a improcedência da acusação, nos exercícios de 2015 e 2016, por entender que o método é inaplicável aos optantes do regime do Simples Nacional.

Cabe registrar que o contribuinte, nos exercícios de 2015 e 2016, estava submetido às regras do Simples Nacional, não sendo aplicável a técnica do Levantamento da Conta Mercadorias, conforme entendimento adotado pelo Conselho de Recursos Fiscais, em recentes decisões, a exemplo do Acórdão nº 170/2019, de relatoria do Conselheiro Sidney Watson Fagundes da Silva, cuja ementa, abaixo reproduzimos:

***OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS —
CONTA MERCADORIAS – INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA
PARA CONTRIBUÍNTES DO SIMPLES NACIONAL –
IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO - REFORMADA A
DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO
IMPROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO
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.

Por outro lado, em relação aos exercícios de 2012 e 2013, o contribuinte se enquadrava no regime normal de apuração, sendo regular a aplicação da técnica do levantamento da Conta Mercadorias.

Neste caso, constatando-se a existência de diferença tributável, sujeita-se o contribuinte à exigência do imposto complementar, na forma da legislação tributária.

Não havendo questionamentos por parte da recorrente, venho a ratificar a decisão da instância singular para declarar a improcedência do lançamento em relação aos exercícios de 2015 e 2016, em virtude de vício material decorrente de utilização de técnica inadequada, e a procedência em relação aos exercícios de 2012 e 2013, em face da regularidade do procedimento adotado.

Como penalidade, foi proposta multa de 100% (cem por cento), nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

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):

Nova redação dada ao “caput” do inciso V do “caput” do art. 82 pela alínea “c” do inciso I do art. 1º da Lei nº 12.788/23 – DOE de 29.09.2023.

V – de 75% (setenta e cinco 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;

Com o advento da Lei 12.788/2023, que reduziu para 75% o percentual da multa incidente sobre o valor do imposto inadimplido, prevista no inciso V, do artigo 82, da Lei 6.379/96. Registre-se a necessidade de redução, de ofício, da penalidade relativa a esta acusação, em atendimento ao preceito insculpido no artigo 106, II, “c”, do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei

vigente

ao tempo da sua prática.,

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO



Considerando os ajustes necessários o crédito tributário efetivamente devido pelo contribuinte se apresenta conforme demonstrado na tabela a seguir:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
		ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO (R\$)
00027-Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – conta Mercadorias	Dez/2013	44.018,29	44.018,29		11.004,57	44.018,29	33.013,72	77.032,01
	Dez/2014	6.881,60	6.881,60		1.720,40	6.881,60	5.161,20	12.042,80
	Dez/2015	235.12,66	23.512,66	23.512,66	23.512,66			
	Dez/2016	12.091,52	12.091,52	12.091,52	12.091,52			
		86.504,07	86.504,07	35.604,18	48.329,15	50.899,89	38.174,92	89.074,81

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade da lei tributária, alterando, quantos aos valores, a sentença exarada na primeira instância para julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003033/2018-86**, lavrado em 26/12/2018, contra a empresa **OSMARINA DO NASCIMENTO SILVA - ME**, inscrição estadual nº 16.188.978-6, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de **R\$ 89.074,81** (oitenta e nove mil, setenta e quatro reais e oitenta e um centavos), sendo **R\$ 50.899,89** (cinquenta mil, oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e nove centavos), de ICMS, nos termos dos Art. 643, §4º, II, art. 160, I c/fulcro art. 158, I e art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 38.174,92** (trinta e oito mil, cento e setenta e quatro reais e noventa e dois centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Cancelo por indevido o montante de R\$ 83.933,33(oitenta e três mil, novecentos e trinta e três reais e trinta e três centavos), sendo o valor de R\$.35.604,18(trinta e cinco mil, seiscentos e quatro reais e dezoito centavos) de ICM e R\$. 48.329,15 (quarenta e oito mil, trezentos e vinte e nove reais e quinze centavos) de multa por infração. Destaco que parte da multa foi cancelada de ofício, nos termos da Lei nº 12.788/23 e artigo 106, inciso II, “c”, do CTN, pelas razões acima expostas.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma na legislação de regência.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de novembro de 2023.

José Valdemir da Silva



Conselheiro Relator