



PROCESSO Nº 1795762021-3 - e-processo nº 2021.000220136-6

ACÓRDÃO Nº 282/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: MC ALIMENTOS MINIMERCADO LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - PROVAS - PARCIALMENTE PROCEDENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL - VÍCIO FORMAL - NULIDADE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DILIGÊNCIA FISCAL - REVISÃO DOS LANÇAMENTOS - PARCIALMENTE CONFIGURADO. PENALIDADE REDUZIDA DE OFÍCIO - APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA - ALTERADA QUANTO AOS VALORES DA MULTA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, IV do RICMS/PB. Excluídas da cobrança, os valores relativos às notas fiscais de saídas e as que não representam repercussão financeira, indevidamente incluídas na autuação.

- O ICMS Simples Nacional rege-se pela Lei Complementar nº 123/06, pela Resolução CGSN nº 94/2011, revogada e substituída pela Resolução CGSN nº 140/2018 e suas alterações, apresentando prazo próprio para recolhimento do ICMS, por isso, inaplicável os prazos previstos no art. 106 do RICMS/PB para fundamentar a acusação de falta de recolhimento do ICMS-Simples Nacional.

- Erro na fundamentação legal é causa de nulidade, por vício formal, do lançamento relativo à segunda acusação, cabendo a lavratura de nova peça basilar.

- 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.

- Ajustes realizados pela primeira instância, após diligência, resultou na exclusão de parte do crédito tributário lançado.
- Redução de ofício, da multa aplicada, em razão de advento de Lei posterior mais benéfica ao contribuinte.

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 desprovimento. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade benigna da lei, altero, de ofício, quanto aos valores das multas, a sentença prolatada na instância singular, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001964/2021-45**, lavrado em 30 de setembro de 2021 em desfavor da empresa **MC ALIMENTOS MINIMERCADO LTDA**, inscrição estadual nº 16.222.956-9, fixando o crédito tributável exigível no valor total de **R\$ 357.966,85** (trezentos e cinquenta e sete mil, novecentos e sessenta e seis reais e oitenta e cinco centavos), **sendo R\$ 204.552,49** (duzentos e quatro mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) **de ICMS**, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/ fulcro no art. 646, IV, e parágrafo único, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec.18.930/97 e **R\$ 153.414,36** (cento e cinquenta e três mil, quatrocentos e quatorze reais e trinta e seis centavos), a título **de multa** por infração, nos termos do artigo 82, inciso V, alínea “f”, da Lei nº 6.379/1996.

Ao tempo que cancelo o valor total de R\$ 730.977,10, sendo R\$ 342.560,67, de ICMS e R\$ 388.416,43 de multa por infração.

Ressalvo a possibilidade de realização de um novo feito quanto a denúncia de “0386 Falta de Recolhimento do ICMS-Simples Nacional”, que atenda aos ditames legais.

Intimações necessárias, a cargo da repartição preparadora, na forma da legislação de regência.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 29 de maio de 2024.



HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1795762021-3 - e-processo nº 2021.000220136-6

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MC ALIMENTOS MINIMERCADO LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - PROVAS - PARCIALMENTE PROCEDENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL - VÍCIO FORMAL - NULIDADE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DILIGÊNCIA FISCAL - REVISÃO DOS LANÇAMENTOS - PARCIALMENTE CONFIGURADO. PENALIDADE REDUZIDA DE OFÍCIO - APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA - ALTERADA QUANTO AOS VALORES DA MULTA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, IV do RICMS/PB. Excluídas da cobrança, os valores relativos às notas fiscais de saídas e as que não representam repercussão financeira, indevidamente incluídas na autuação.

- O ICMS Simples Nacional rege-se pela Lei Complementar nº 123/06, pela Resolução CGSN nº 94/2011, revogada e substituída pela Resolução CGSN nº 140/2018 e suas alterações, apresentando prazo próprio para recolhimento do ICMS, por isso, inaplicável os prazos previstos no art. 106 do RICMS/PB para fundamentar a acusação de falta de recolhimento do ICMS-Simples Nacional.

- Erro na fundamentação legal é causa de nulidade, por vício formal, do lançamento relativo à segunda acusação, cabendo a lavratura de nova peça basilar.

- 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.

- Ajustes realizados pela primeira instância, após diligência, resultou na exclusão de parte do crédito tributário lançado.



- Redução de ofício, da multa aplicada, em razão de advento de Lei posterior mais benéfica ao contribuinte.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso de ofício interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001964/2021-45**, lavrado em 30 de setembro de 2021 em desfavor da empresa MC ALIMENTOS MINIMERCADO LTDA, inscrição estadual nº 16.222.956-9, em que constam as acusações de:

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

0386 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL >> O contribuinte, optante do Simples Nacional, não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS – SIMPLES NACIONAL, em razão da omissão de informações.

0021 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, mediante constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas, detectado por meio de Levantamento Financeiro.

Em decorrência dos fatos acima descritos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 1.088.943,95** (um milhão e oitenta e oito mil, novecentos e quarenta e três reais e noventa e cinco centavos), **sendo R\$ 525.983,67** (quinhentos e vinte e cinco mil, novecentos e oitenta e três reais e sessenta e sete centavos) **de ICMS**, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646 e parágrafo único, do RICMS/PB; **multa de R\$ 525.983,67** (quinhentos e vinte e cinco mil, novecentos e oitenta e três reais e sessenta e sete centavos), fundamentada no art. 82, V, “f” da Lei nº 6.379/96; e **R\$ 21.129,49** (vinte e um mil, cento e vinte e nove reais e quarenta e nove centavos) **de ICMS**, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB e **multa de R\$ 15.847,12** (quinze mil, oitocentos e quarenta e sete reais e doze centavos) **de multa**, fundamentada no art. 16, I da Res. nº 030 CGSN de 07/02/2008.

Documentos instrutórios às folhas 6 a 43 dos autos.

Notificado desta ação fiscal via DTe, em 19 de outubro de 2021 (fl. 45), a Autuada, por intermédio de seu procurador, interpôs petição reclamatória (fl. 46 a 56, dos autos, alegando, em síntese, o que:



- Na acusação 009, o fiscal elencou NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS, emitidas pelo próprio contribuinte, que nada têm a ver com a infração descrita, sendo que, do rol de documentos fiscais acusados, somente as NF-e de n°s 299359 (09/2016), NF-e 334523 (06/2017) e 668016 (06/2018) é que se reportam a operações de entradas.
- A acusação 0386 limita-se ao fundamento legal do art. 106 do RICMS/PB, sem, identificar quais incisos, parágrafos ou alíneas.
- Na acusação 0021, o levantamento financeiro foi realizado apenas com números “destacados” pelo fiscal nas colunas de despesas e receitas sem, contudo, constar nos autos os documentos fiscais e contábeis capazes de comprovar os ônus e bônus financeiros.
- Ainda acerca da acusação 0021, os saldos inicial e final de Caixa da empresa não correspondem com a verdade dos fatos contábeis.
- Por fim, requer a improcedência do auto de infração em comento.

Sem informação de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (fl. 562) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador singular Francisco Nociti, o qual, ao analisar os autos, considerou oportuna a remessa dos autos em diligência (fl. 565), para o autor do feito juntar aos autos os documentos que comprovem os seguintes parâmetros, consignados no Levantamento Financeiro de 2020 realizado:

- **Empréstimos bancários comprovados: R\$ 139.412,30**
- **Saldo inicial de Caixa: R\$ 205.154,60**
- **Despesas com Salários, Férias e Rescisão: R\$ 58.903,47**
- **Encargos trabalhistas (INSS, FGTS): R\$ 30.143,20**
- **Despesas com Pró-labore: R\$ 22.680,00**
- **Saldo Final de Caixa: R\$ 1.910.707,00**
- **Outras despesas: R\$ 289.126,10.**

Ato contínuo, o autuado foi cientificado acerca dos novos documentos acostados aos autos e da Informação fiscal prestada pelo autuante (fl. 573).

Realizada a Diligência, os autos retornaram à GEJUP, instruídos com a Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais – DEFIS e a Informação Fiscal, com o seguinte teor, em síntese (fl. 566 a 570):

“Encaminhamos à GEJUP documentação comprobatória de valores lançados no Levantamento Financeiro, período 2020, seguindo orientação desta Diligência:

1. **Empréstimos Bancários: R\$139.412,30;**
2. **Saldo inicial Caixa/Bancos: R\$205.154,60;**



3. **Despesas com Salários, Férias, etc: R\$58.903,47;**
4. **Saldo final Caixa/Bancos: R\$1.910.707,00;**
5. **Outras despesas: R\$289.126,10”.**

O julgador singular, após analisar a documentação constante nos autos em tela, decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da ementa abaixo (fl. 592 a 600), recorrendo de ofício de sua decisão, com fundamento no artigo 80 da Lei nº 10.094/13:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. ACUSAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. ACUSAÇÃO CARACTERIZADA.

- A falta de registro de notas fiscais de aquisição em livros próprios conduz à presunção relativa do art. 646 do RICMS/PB. Contudo, afastam-se as NF-e de saídas ou que não representam repercussão financeira.

- Erro no período do fato gerador é causa de nulidade do lançamento relativo à segunda acusação, cabendo a lavratura de nova peça basilar.

- Quando as receitas superam as despesas do exercício, ergue-se a presunção legal relativa de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. Contudo, descabe o arbitramento de despesas, porquanto não encontra amparo na legislação tributária de regência.

- Autos remetidos em diligência para esclarecimentos, bem como envio da resposta da diligência à autuada para ciência.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular, via DTE, em 06/12/2022 (fl. 602), a autuada não mais se manifestou nos autos.

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

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre as denúncias de: “009 Falta de Lançamento de N.F. de Aquisição nos Livros Próprios”; “0386 Falta de Recolhimento do ICMS–Simples Nacional” e “0021 Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis - Levantamento Financeiro”, verificadas no período de agosto/2016 a dezembro de 2020, formalizada contra a empresa MC ALIMENTOS MINIMERCADO LTDA, já previamente qualificada nos autos.



Sem preliminar a ser analisada, destaco que estamos a julgar o recurso de ofício interposto pela instância *a quo*, de forma que a análise do recurso estará restrita as razões de decidir do julgamento monocrático que levaram a parcial procedência do feito fiscal.

- Do mérito

Acusação 1: 009 Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios.

Esta acusação diz respeito à falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, relativos a fatos geradores ocorridos nos meses de agosto de 2016 a janeiro de 2019, na qual repousa na aplicação da presunção *juris tantum* tipificada no inciso IV, do artigo 646 do RICMS-PB, *in verbis*:

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:

(...)

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

Ressalte-se que se está tributando o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em etapa anterior e cujas receitas auferidas serviram de esteio para o pagamento das aquisições, cujas entradas não foram registradas, o que repercute em violação aos artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB:

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Compulsando os autos, em especial as arguições apresentadas pelo contribuinte na impugnação apresentada à instância prima, há de se concordar com a observação feita pelo diligente julgador singular, o qual constatou que, com exceção das notas fiscais 299359 (09/2016), 334523 (de remessa em bonificação, sem repercussão financeira - 06/2017) e 668016 (06/2018), todas as demais notas fiscais elencadas pela fiscalização, são notas fiscais de saídas, emitidas pela própria autuada, as quais foram corretamente excluídas da cobrança relativa a esta acusação, permanecendo na presente acusação apenas as Notas Fiscais de entradas 299359 e 668016 (fl. 17 e 37).

Como forma de garantir efetividade aos comandos insculpidos nos dispositivos acima reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f” 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:

(...)

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

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, torna-se necessário reduzir, de ofício, a penalidade aplicada no presente auto de infração, em atendimento ao preceito insculpido no artigo 106, II, “c”, do CTN:

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.

Acusação 2: 0386 Falta de Recolhimento do ICMS–Simples Nacional

Esta acusação se refere a constatação de uma diferença entre os valores apurados no faturamento apresentado pela empresa e aqueles declarados na PGDASD do contribuinte, na apuração dos meses de julho e dezembro de 2016 (fl. 10/11) e março de 2018 (fl. 12/13), sendo dado como infringido o disposto no art. 106 do RICMS/PB, abaixo transcrito:

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:

(...)

III - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

IV - até o 10º (décimo) dia do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos casos de estabelecimentos industriais;

(...)

V - no prazo normal estabelecido para a respectiva categoria econômica, pelo contribuinte regularmente inscrito neste Estado, quando emitente do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC, na prestação de serviços de transporte de mercadorias ou bens de sua propriedade, produção, comercialização ou em consignação, utilizando veículo próprio ou contratado a transportador autônomo;

VI - na data do encerramento das atividades do contribuinte, relativamente às mercadorias constantes do estoque final do estabelecimento, observado o disposto no inciso XI do art. 14;

VII - no caso de transporte aéreo, o recolhimento do imposto será efetuado, parcialmente, em percentual não inferior a 70% (setenta por cento) do valor devido no mês anterior ao da ocorrência dos fatos geradores, até o dia 10 (dez) e a sua complementação até o último dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços;

VIII - nos demais casos, no momento em que surgir a obrigação tributária.

Ao analisar a descrição da infração, os fatos apurados e o enquadramento legal desta infração, verifico que o art. 106 do RICMS/PB trata apenas de prazos de recolhimento do ICMS.



Desse modo, inobstante existirem documentos no processo demonstrando a ocorrência da infração, o que se constata é que a indicação do art. 106 do RIMCS/PB nesse caso em especial é demasiadamente genérica visto que a infração praticada pelo sujeito passivo está enquadrada na Lei Complementar nº 123/2006, na Resolução CGSN 94/2011 e na Resolução CGSN 140/2018, que descrevem precisamente essa obrigação principal e seu prazo de recolhimento. Eis a legislação pertinente:

Lei Complementar nº 123/2006

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

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

Resolução CGSN nº 94/2011

Art. 38. Os tributos devidos, apurados na forma desta Resolução, deverão ser pagos até o dia 20 (vinte) do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, inciso III)

Resolução CGSN nº 140/2018

Art. 40. Os tributos devidos, apurados na forma prevista nesta Resolução, deverão ser pagos até o dia 20 (vinte) do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, inciso III)

§ 1º Na hipótese de a ME ou EPP possuir filiais, o recolhimento dos tributos devidos no âmbito do Simples Nacional dar-se-á por intermédio da matriz. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §1º)

§ 2º O valor não pago no prazo estabelecido no caput sujeitar-se-á à incidência de encargos legais na forma prevista na legislação do imposto sobre a renda. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §3º)

§ 3º Quando não houver expediente bancário no prazo estabelecido no caput, os tributos deverão ser pagos até o dia útil imediatamente posterior. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, inciso III).

Portanto, a norma legal infringida não se amolda perfeitamente com a situação fática descrita na nota explicativa do Auto de Infração, motivo pelo qual se impõe o reconhecimento de existência de vício de forma, que contaminou os créditos tributários pertinentes, em sua integralidade, capaz de gerar sua nulidade formal, por afronta ao disposto no artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13:

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.

Apesar do defeito de forma que comprometeu a infração fiscal em análise, culminando na declaração de sua nulidade, esta decisão não decide em definitivo em favor do acusado, ficando ressalvado o direito de a fiscalização proceder à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelece o art. 18 da Lei nº 10.094/13 c/c o art. 173, II, do CTN, a seguir transcritos:



Lei nº 10.094/13

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

CTN – Código Tributário Nacional

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

- I** - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
- II** - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Relevante consignarmos que, em julgamento realizado por esta Corte de Justiça Fiscal, matéria idêntica fora enfrentada com maestria pela nobre Cons.^a Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, que resultou na lavratura do acórdão nº 234/2023, cuja ementa transcrevemos a seguir:

ACÓRDÃO Nº 234/2023 PROCESSO Nº 0217082018-3

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: EUNICEA CARDOSO MONTEIRO FORMIGA ME (MULTI COMERCIO VAREJISTA EIRELI)

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP 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: LUIZ ANSELMO DA SILVA SEABRA

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

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SIMPLES NACIONAL - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO - DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

- O ICMS Simples Nacional rege-se pelas disposições da Lei Complementar nº 123/06, pela Resolução CGSN nº 94/2011, revogada e substituída pela Resolução CGSN nº 140/2018, apresentando prazo próprio para recolhimento do ICMS, por isso, inaplicável os prazos previstos no art. 106 do RICMS/PB.

- Diferença apurada em Levantamento Financeiro enseja a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. Verificado o arbitramento de despesas nos exercícios auditados, gerou a derrocada integral do crédito tributário inserto na inicial.

Observa-se ainda, erro de digitação ao apontar como períodos dos fatos geradores os exercícios inteiros (períodos anuais fechados), pois a obrigatoriedade pelo recolhimento do ICMS Simples Nacional opera-se mensalmente.

Assim, entendo que a peça acusatória não promoveu o devido enquadramento legal da infração, nem conferiu certeza quanto ao aspecto temporal do fato gerador, configurando-se um vício formal que deve ser corrigido para que não paire dúvidas sobre a infração cometida pelo sujeito passivo.

Dessa forma, não se assegura legítima a exigência do crédito tributário constante da exordial, de forma que acompanho o entendimento esposado pelo n. julgador monocrático, mantendo a nulidade da acusação de 0386 Falta de Recolhimento do ICMS–



Simple Nacional, ficando ressalvado o direito de a fiscalização proceder à lavratura de outra peça acusatória.

Acusação 3: 021 Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis - Levantamento Financeiro

Nesta acusação, a auditoria utilizou-se da Técnica de Levantamento Financeiro, que consiste no balanceamento do saldo das disponibilidades do início do período acrescido dos ingressos de numerário provenientes de diversas fontes, com os desembolsos realizados acrescidos do saldo final das disponibilidades, de forma a apurar o real saldo financeiro do exercício de 2020.

Caracterizado excesso de desembolsos em relação aos ingressos comprovados, indica a ocultação da origem dos recursos o que autoriza, por conseguinte, considerar tais valores, exceto se houver prova em contrário, como procedentes de operações ou prestações tributadas não registradas, com a consequente evasão do imposto, pois o RICMS/PB, no seu art. 158, I e 160, I, c/c art. 646, parágrafo único é claro ao estabelecer a presunção de saídas de mercadorias tributadas ao se apurar despesas superiores às receitas, *in verbis*:

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

I – sempre que promoverem saída de mercadorias;

(...)

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I – antes de iniciada a saída das mercadorias;

(...)

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: (...)

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.

Após retorno dos autos da diligência fiscal realizada, o julgador singular retomou a análise processual, acatando os documentos acostados aos autos pela fiscalização, os quais comprovam parte das origens das receitas e das despesas levantadas e consignados no Levantamento Financeiro de 2020 realizado pela auditoria.

O julgador singular considerou os documentos comprobatórios apresentados pelo autuante em diligência (fl. 566 a 570), das seguintes rubricas e valores:

- Empréstimos Bancários: R\$ 139.412,30 (Balanço Patrimonial fl. 567)
- Saldo inicial Caixa/Bancos: R\$ 205.154,60 (DEFIS fl. 569)
- Despesas com Salários, Férias, etc: R\$ 58.903,47 (Demonstração do Resultado fl. 568)



- Saldo final Caixa/Bancos: R\$1.910.707,00; (Balanço Patrimonial fl. 567)
- Outras despesas: R\$289.126,10 (Demonstração do Resultado – despesas administrativas fl. 568)

O julgador fiscal afastou do levantamento financeiro em comento os valores anotados como “Encargos trabalhistas (INSS, FGTS): R\$ 30.143,20” e “Despesas com Pró-labore: R\$ 22.680,00”, posto que o fiscal autuante não juntou aos autos documentos comprobatórios destas despesas.

Com os ajustes realizados pelo julgador singular no levantamento financeiro de 2020, restaram consignados os seguintes parâmetros no cálculo do ICMS devido por omissão:

Total de Despesas = R\$ 9.071.756,71
– (R\$ 30.143,20 - excluídos os encargos trabalhistas)
– (R\$ 22.680 - excluídas as despesas pró-labore)
= R\$ 9.018.933,51
- (Total de Receitas = R\$ 7.885.956,90)
= R\$ 1.135.976,61 (Despesas – Receitas = omissão)
ICMS devido = R\$ 1.135.976,61 x 0,18 = R\$ 204.475,79

Em sua impugnação, o contribuinte alega que não foi considerado no levantamento realizado, a existência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas a substituição tributária. Neste ponto, o julgador singular bem sinalizou a inexistência nos autos de documentos que comprovam a existência do suposto prejuízo.

A defesa alega ainda, que os saldos Inicial e Final de Caixa da empresa, são de R\$ 205.154,60 e R\$ 1.910.707,00, respectivamente. Todavia, tal numerário não corresponde à verdade dos fatos contábeis, pois, conforme se constata da prova contábil já anexada aos autos (Conta Caixa do Livro Razão), tem-se como valores registrados R\$ 1.745.653,79 e R\$ 1.956.989,98, respectivamente.

Por outro lado, os valores que a Fiscalização utilizou foram extraídos da DEFIS e do Balanço Patrimonial do contribuinte – e reputam-se válidos e oficiais, e devem prevalecer sobre o suposto registro “conta caixa” e “Livro Razão”, trazido em momento posterior pela defesa.

Por dever de ofício, o Agente do Fisco atuou nos limites da Lei nº 6.379/96, propondo a penalidade prevista no art. 82, *inciso V, alínea “f”*, vejamos:

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de



levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

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, torna-se necessário reduzir, de ofício, a penalidade aplicada no presente auto de infração, em atendimento ao preceito insculpido no artigo 106, II, “c”, do CTN:

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.

Assim, por tudo o mais que dos autos consta, bem como a decisão emanada da instância *a quo*, reitero o entendimento proferido na decisão de primeira instância quanto aos fundamentos, que decidiu pela parcial procedência da acusação 3 de “021 Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis - Levantamento Financeiro”.

Por fim, necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo n. julgador singular, com os quais concordamos integralmente, ratificando quanto aos fundamentos, os termos da sentença proferida pela instância prima.

Pelo exposto, remanesce exigível o crédito tributário abaixo discriminado no Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001964/2021-45**:

AUTO DE INFRAÇÃO				EXCLUÍDOS		VALORES DEVIDOS		
infra	Período	ICMS	Multa100%	ICMS	Multa	ICMS	Multa75%	Total
9	ago-16	6.228,86	6.228,86	6.228,86	6.228,86			-
9	set-16	8.024,60	8.024,60	7.998,73	8.005,20	25,87	19,40	45,27
9	out-16	2.836,32	2.836,32	2.836,32	2.836,32			-
9	nov-16	3.277,00	3.277,00	3.277,00	3.277,00			-
9	dez-16	4.371,38	4.371,38	4.371,38	4.371,38			-
9	fev-17	2.104,07	2.104,07	2.104,07	2.104,07			-
9	mar-17	6.795,83	6.795,83	6.795,83	6.795,83			-
9	abr-17	15.407,47	15.407,47	15.407,47	15.407,47			-
9	mai-17	10.707,65	10.707,65	10.707,65	10.707,65			-
9	jun-17	8.641,52	8.641,52	8.641,52	8.641,52			-
9	jul-17	14.842,62	14.842,62	14.842,62	14.842,62			-
9	ago-17	10.149,72	10.149,72	10.149,72	10.149,72			-
9	set-17	10.074,97	10.074,97	10.074,97	10.074,97			-
9	out-17	14.408,89	14.408,89	14.408,89	14.408,89			-
9	nov-17	17.410,11	17.410,11	17.410,11	17.410,11			-
9	dez-17	30.932,64	30.932,64	30.932,64	30.932,64			-
9	jan-18	598,57	598,57	598,57	598,57			-
9	fev-18	3.002,20	3.002,20	3.002,20	3.002,20			-
9	mar-18	21.317,71	21.317,71	21.317,71	21.317,71			-
9	abr-18	24.958,68	24.958,68	24.958,68	24.958,68			-
9	mai-18	20.427,72	20.427,72	20.427,72	20.427,72			-



9	jun-18	17.504,69	17.504,69	17.453,86	17.466,57	50,83	38,12	88,95
9	jul-18	25.892,09	25.892,09	25.892,09	25.892,09			-
9	set-18	2.361,42	2.361,42	2.361,42	2.361,42			-
9	out-18	9.660,35	9.660,35	9.660,35	9.660,35			-
9	nov-18	11.679,03	11.679,03	11.679,03	11.679,03			-
9	dez-18	2.888,19	2.888,19	2.888,19	2.888,19			-
9	jan-19	6.035,34	6.035,34	6.035,34	6.035,34			-
386	2016	12.700,91	9.525,68	12.700,91	9.525,68			-
386	2018	8.428,58	6.321,44	8.428,58	6.321,44			-
21	2020	213.444,03	213.444,03	8.968,24	60.087,19	204.475,79	153.356,84	357.832,63
	Totais	547.113,16	541.830,79	342.560,67	388.416,43	204.552,49	153.414,36	357.966,85

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 benigna da lei, altero, de ofício, quanto aos valores das multas, a sentença prolatada na instância singular, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001964/2021-45**, lavrado em 30 de setembro de 2021 em desfavor da empresa **MC ALIMENTOS MINIMERCADO LTDA**, inscrição estadual nº 16.222.956-9, fixando o crédito tributável exigível no valor total de **R\$ 357.966,85** (trezentos e cinquenta e sete mil, novecentos e sessenta e seis reais e oitenta e cinco centavos), **sendo R\$ 204.552,49** (duzentos e quatro mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) **de ICMS**, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, c/ fulcro no art. 646, IV, e parágrafo único, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec.18.930/97 e **R\$ 153.414,36** (cento e cinquenta e três mil, quatrocentos e quatorze reais e trinta e seis centavos), a título **de multa** por infração, nos termos do artigo 82, inciso V, alínea “f”, da Lei nº 6.379/1996.

Ao tempo que cancelo o valor total de R\$ 730.977,10, sendo R\$ 342.560,67, de ICMS e R\$ 388.416,43 de multa por infração.

Ressalvo a possibilidade de realização de um novo feito quanto a denúncia de “0386 Falta de Recolhimento do ICMS-Simples Nacional”, que atenda aos ditames legais.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 29 de maio de 2024.

Heitor Collett
Conselheiro Relator