

PROCESSO Nº 1364272019-6

ACÓRDÃO Nº 0123/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MISTER TEM COMÉRCIO DE AÇOS E METAIS LTDA - EPP

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

Autuante: EDUARDO CAVALCANTI DE MELLO

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. PARCELAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS OMITIDAS À FISCALIZAÇÃO. DENÚNCIA COMPROVADA. OMISSÃO DE VENDAS. CONTA MERCADORIAS. PERÍODO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. TÉCNICA INAPLICÁVEL. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 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 do RICMS/PB. No caso dos autos, o contribuinte reconheceu o crédito tributário remanescente da sentença, por meio de parcelamento, o que implica na sua confissão irretratável do débito fiscal.

- Quanto à infração por não ter lançado as NFCe na EFD, foi afastada a nulidade por vício formal, por denúncia genérica, por não haver caracterização deste fundamento, mormente o fato de que o contribuinte entendeu e se defendeu da acusação em evidência, não havendo qualquer cerceamento de seu direito de defesa.

- 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 regime 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. “In casu”, a identificação de opção por este regime especial de tributação em período dentro do exercício denunciado sucumbiu a acusação por esta técnica de auditoria, por incerteza e iliquidez do crédito tributário.

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

A C O R D A M Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar a sentença prolatada na instância singular, quanto aos valores, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002860/2019-33, lavrado em 6/9/2019, contra a empresa MISTER TEM COMÉRCIO DE AÇOS E METAIS LTDA - EPP (CCICMS: 16.178.865-3), declarando devido **o crédito tributário, no montante de R\$ 94.865,28** (noventa e quatro mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e vinte e oito centavos), sendo os valores de **ICMS de R\$ 55.720,76** (cinquenta e cinco mil, setecentos e vinte reais e setenta e seis centavos), por infringência ao nos art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, art. 106, com fulcro no art. 60, I e II c/c art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, e da **multa por infração de R\$ 39.144,52** (trinta e nove mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), com fulcro no art. 82, II, “b” e art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 432.272,56 (quatrocentos e trinta e dois mil, duzentos e setenta e dois reais e cinquenta e seis centavos), sendo R\$ 207.848,16 (duzentos e sete mil, oitocentos e quarenta e oito reais e dezesseis centavos), de ICMS, e R\$ 244.424,40 (duzentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e quarenta centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Ressalto à Repartição Preparadora que existe parcelamento realizado relativo à acusação por “falta de lançamento de nota fiscal de aquisição nos livros próprios”, verificado no Sistema ATF desta Secretaria.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de março de 2021.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, LEONARDO DO EGITO PESSOA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor Jurídico

Processo nº 1364272019-6

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MISTER TEM COMÉRCIO DE AÇOS E METAIS LTDA - EPP

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

Autuante: EDUARDO CAVALCANTI DE MELLO

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. PARCELAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS OMITIDAS À FISCALIZAÇÃO. DENÚNCIA COMPROVADA. OMISSÃO DE VENDAS. CONTA MERCADORIAS. PERÍODO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. TÉCNICA INAPLICÁVEL. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *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 do RICMS/PB. No caso dos autos, o contribuinte reconheceu o crédito tributário remanescente da sentença, por meio de parcelamento, o que implica na sua confissão irretratável do débito fiscal.*

- *Quanto à infração por não ter lançado as NFCe na EFD, foi afastada a nulidade por vício formal, por denúncia genérica, por não haver caracterização deste fundamento, mormente o fato de que o contribuinte entendeu e se defendeu da acusação em evidência, não havendo qualquer cerceamento de seu direito de defesa.*

- *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. “In casu”, a identificação de opção por este regime especial de tributação em período dentro do exercício denunciado sucumbiu a acusação por esta técnica de auditoria, por incerteza e iliquidez do crédito tributário.*

**RELATÓRIO**

*Trata-se de recurso de ofício, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002860/2019-33, lavrado em 6 de setembro de 2019 contra a empresa MISTER TEM COMÉRCIO DE AÇÓS E METAIS LTDA - EPP (CCICMS: 16.178.865-3), em razão das seguintes irregularidades, identificadas no exercício de 2016, conforme a descrição dos fatos, abaixo transcritos:*

*- 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.*

*- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS>> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto.*

*NOTA EXPLICATIVA:*

*O CONTRIBUINTE NÃO LANÇOU NA EFD AS NFCe RELACIONADAS.*

*- 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 de levantamento da Conta Mercadorias.*

Pelo fato, foram enquadradas as infrações nos art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, e seu parágrafo único, art. 643, §4º, II, art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 527.137,84, sendo R\$ 263.568,92 de ICMS, e R\$ 263.568,92 de multa por infração.

Demonstrativos, provas materiais, Termos e Início e de Encerramento da Fiscalização constam às fls. 5 a 28.

Cientificada da acusação por via postal, com Aviso de Recebimento, recepcionado em 3/10/2019, fl. 29, a autuada apresentou peça impugnatória, fls. 32 a 44, e anexos às fls. 45 a 62, protocolada em 4/11/2019, trazendo, em suma, os seguintes pontos em sua defesa, que:

- no tocante a falta de apresentação da EFD, no mês de Fevereiro de 2017, o fato fora gerado pela própria deficiência do sistema que na época se encontrava em formatação e mais fora do ar, onde a inconsistência fora provocada pela falha do sistema relativamente novo e em fase de implantação;
- teria havido extrapolação de todos os prazos legais previstos quanto ao processo de fiscalização, defendendo a nulidade do PAT por não apresentar pressupostos de validade regular;
- a empresa migrou o regime Simples Nacional para o regime tributário normal ao longo do exercício de 2016;

- foi obrigada a mudar do simples nacional para escrita normal houve a necessidade de refazer todos os lançamentos das notas fiscais eletrônicas tanto de entrada como as de saída, com efeito na Contas Mercadorias do exercício de 2016, onde regularizaria sua contabilidade, não tendo o SPED permitido os lançamentos no mês de janeiro de 2016;
- as notas fiscais relacionadas às fls. 07 a 09 dos autos não foram omitidas ou suprimidas por falta de escrituração, mas apenas foram contingenciadas nos meses subsequentes pela razão da empresa ter se obrigado a migrar do simples nacional para o regime normal;
- encontrou dificuldade e não conseguiu no curto espaço de tempo localizar as notas fiscais denunciadas e em seus registros, por se encontrarem as chaves de acesso com números sequenciais inconsistentes, de modo que não conseguiu abrir o sistema da Fazenda e identificá-las;
- não conseguiu identificar e nem acessar o sistema SPED de cada uma das notas fiscais relacionadas às fls. 10 a 27, além de cumprir com o pagamento do imposto antecipadamente na fronteira;
- o auditor não considerou a base de cálculo da incidência do ICMS o valor diferido nas notas fiscais, levando em consideração o valor cheio nas notas, o que eleva sobremaneira o valor do tributo;
- a título de desconstituição do auto de infração, a nota fiscal de nº 34575, valor de R\$ 1.740,54, refere-se a peças automotivas de substituição em garantia, tendo sido lançada pelo auditor como se fosse aquisição para revenda;
- o auditor não realizou o inventário na empresa, não tendo constatado de fato o real estoque de mercadorias, e que o SPED estaria funcionando com falhas, como o fato de não aceitação de notas fiscais que restaram contingenciadas, pois o sistema não abriu permissão para que a impugnantes lançasse as notas fiscais de entrada e saída no sistema referente ao mês de janeiro de 2016;
- que as notas fiscais de entradas e saídas foram efetivamente lançados e contabilizadas, de modo a não gerar qualquer diferente a ser presumida;
- requer a realização de perícia técnica, acompanhada de diligência e consulta ao SPED/EFD da empresa de modo a permitir que a autuada possa auto regularizar seus movimentos contábeis e fiscais, e que seja declarada a nulidade do Termo de Início de Fiscalização e do auto de infração em razão dos argumentos apresentados em sua defesa.

Conclusos, foram os autos remetidos à instância prima, e distribuídos à Julgadora Fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela parcial procedência da autuação, com recurso de ofício, fls. 65 a 82, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

DIVERSAS ACUSAÇÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. ENQUADRAMENTO NO SIMPLES NACIONAL DURANTE PERÍODO ABRANGIDO PELO LEVANTAMENTO FISCAL. INFRAÇÃO AFASTADA.

Caracterizada a omissão de saídas tributáveis, sem o recolhimento do imposto, detectada através da falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. Afastados os créditos tributários para os documentos fiscais cujas operações não representam dispêndio financeiro para a atuada.

A existência de omissão dos dispositivos legais infringidos, quanto a Falta de Recolhimento do ICMS decorrente da omissão de lançamento de notas fiscais na EFD, ensejou a nulidade da acusação, ficando resguardado o direito de a Fazenda proceder à feitura de novo lançamento fiscal.

Levantamento da Conta Mercadorias. Técnica inadequada, tendo em vista que o contribuinte não estava sujeito ao Regime de Tributação Normal (lucro presumido) durante todo o exercício de 2016 alcançado pelo levantamento da Conta Mercadorias. Ressalte-se a possibilidade de o Fisco utilizar-se de outras técnicas de fiscalização, referente ao exercício de 2016, respeitando-se o quinquênio decadencial previsto no art. 173, I, do CTN.

#### AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão *a quo* por meio de DTe, em 6/11/2020, fl. 85, a atuada não mais se manifestou, no prazo regulamentar.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

#### VOTO

Trata-se de recurso de ofício, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002860/2019-33, lavrado em 6/9/2019, fl. 3, contra a empresa MISTER TEM COMÉRCIO DE AÇOS E METAIS LTDA - EPP, devidamente qualificada nos autos.

A instância prima, após analisar todas as preliminares e matéria de mérito, e fundamentando a desnecessidade de realização de diligência, já que os elementos constantes nos autos são suficientes para os deslindes das questões suscitadas pela defesa, decidiu pela parcial procedência da autuação, afastando a segunda e terceira acusações, e parte da primeira, que adiante passaremos a analisá-las.

#### 1ª ACUSAÇÃO - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. (OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS)

A irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros fiscais próprios, conforme relação anexa às fls. 7 e 8 que instruem o processo, e que verifico se tratar de Notas Fiscais eletrônicas. Esta conduta omissiva fez surgir *a presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 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. 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.**

**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, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.**

**Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).**

**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 obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

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;

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;**

Os argumentos utilizados pelo sujeito passivo em sua defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador monocrático, que afastou da acusação apenas a Nota Fiscal nº 34575, fl. 55, por se tratar de operação de remessa em garantia, sem dispêndio financeiro para o sujeito passivo, com a qual comungo.

Ademais, vejo que a autuada reconhece o crédito tributário remanescente da acusação ora em comento, pois este se encontra parcelado, conforme consulta ao Sistema ATF desta Secretaria, tornando este lançamento não litigioso, implicando em sua confissão irretratável, nos termos do art. 51<sup>1</sup>, e art. 140<sup>2</sup>, da Lei nº 10.094/13.

#### SEGUNDA ACUSAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.

A denúncia trata da falta de recolhimento do ICMS em virtude de falta de lançamento de NFCe na EFD do contribuinte, conforme demonstrativo apresentado pela fiscalização, como indicado em “nota explicativa”.

Ao analisar a peça acusatória, juntamente com as provas e os elementos de defesa, a primeira instância decidiu pela nulidade por vício formal, sob o fundamento de que houve imprecisão na capitulação legal do fato infringente, que indicou apenas o art. 106 do RICMS/PB, que no seu entendimento não poderia ser sanada, havendo cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Com todo respeito a decisão da nobre julgadora fiscal, peço *venia* para discordar de seu entendimento, pois, como ela própria textualizou em sua narrativa, não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte, no que concordo plenamente, pois, trata-se de falta de lançamento de notas fiscais de consumidor eletrônicas por ele mesmo emitidas, que, apesar de alegar a falta de um dígito nas chaves de acesso relacionadas pela fiscalização, sendo

<sup>1</sup> Art. 51. São Processos Administrativos Tributários não contenciosos os decorrentes de lançamentos constituídos por intermédio de: I - Auto de Infração com crédito tributário não impugnado no prazo regulamentar, quitado ou parcelado na sua totalidade, observado o direito de interposição de recurso de agravo;

<sup>2</sup> Art. 140. O pedido de parcelamento, depois de protocolizado, implicará confissão irretratável do débito fiscal e a renúncia à defesa, administrativa ou judicial, objeto do pedido, bem como, desistência dos recursos interpostos, relativamente à parte objeto do pedido, observado o § 4º do art. 22 desta Lei.

esta a fundamentação de nulidade da reclamante, os demonstrativos contém elementos suficientes para o embasamento da acusação, com as devidas numerações e respectivas datas de suas emissões, não podendo, portanto, o contribuinte alegar seu desconhecimento.

Neste norte, vejamos um trecho da decisão monocrática:

“ Em relação a falta de lançamento de documentos fiscais de saída relacionadas na planilha às fls. 07 a 23, embora não constem a informação completa da chave de acesso, entendemos pela manutenção da acusação já que as informações referentes a data de emissão, número e valor da nota fiscal acusada são suficientes, já que se tratam de notas fiscais de emissão própria da autuada. Neste caso, não pode prosperar a alegação de cerceamento de defesa, já que a acusação tem por materialidade notas fiscais emitidas pela própria autuada, tratando-se de documentos fiscais próprios cujo arquivamento por parte do contribuinte se faz necessário por um prazo de 5 (cinco anos) para futuras comprovações ou fiscalizações. A emissão da NFCe funciona em tempo real, isso quer dizer que, toda a comunicação entre contribuinte e FISCO acontece instantaneamente através de um software emissor.” (fls. 72 e 73)

Pois bem. Não houve pedido do contribuinte de nulidade da peça acusatória sob o argumento de que a infração teria sido descrita de forma genérica ou imprecisa, não sendo cogitada imprecisão da norma infringida, por ter indicado apenas o dispositivo sobre os prazos para o recolhimento do ICMS, e que não foram cumpridos, já que a falta de lançamento das notas na escrituração fiscal não levou os valores de saídas para a devida apuração do imposto.

Assim, diante da exegese do parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 10.094/13<sup>3</sup>, já que não prejudicou o entendimento do sujeito passivo quanto a matéria denunciada, já comentado, entendo que não há motivação para nulidade da autuação pelas razões acima evidenciadas.

Portanto, reformo a decisão singular, diante da inércia do contribuinte quanto ao mérito da acusação, declarando devido a cobrança do ICMS conforme a inicial. No entanto, quanto a multa proposta, esta deve ser corrigida de 100% para 50%, pois, para o caso em tela, a penalidade deve ser a prevista no art. 82, II, “b”, da Lei nº 6.379/96, e não a do art. 82, V, “a”, do mesmo caderno normativo, apontado na exordial. Vejamos:

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):

(...)

b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem nos livros fiscais próprios, as notas fiscais emitidas e deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

### **TERCEIRA ACUSAÇÃO: OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – EXERCÍCIO DE 2016.**

<sup>3</sup> **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.

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, *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.

Pois bem. Vislumbro que o contribuinte autuado era optante pelo regime simplificado de recolhimento do imposto, o SIMPLES NACIONAL, no período janeiro de 2016, conforme consulta do histórico das alterações cadastrais, no Dossiê do contribuinte, disposto no Sistema ATF desta Secretaria.

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, além daqueles citados pela julgadora singular:

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 CONTRIBUINTES 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 autorizadas 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, janeiro/2016, fica prejudicado o crédito tributário apurado pelo levantamento da Conta Mercadorias do exercício de 2016, em razão do comprometimento de sua certeza e liquidez, já que a técnica Conta Mercadorias se avalia no exercício, considerado este entre dois balanços, no caso de escrita contábil, que não é o caso, ou do ano civil, que foi trazido para aplicação do levantamento fiscal ora em questão, consoante o art. 643, §2º, do RICMS/PB.

Destarte, com esses esclarecimentos, deve ser mantida a decisão da instância preliminar, que improcedeu da acusação em tela por incerteza e iliquidez do crédito tributário, pela inaplicabilidade da técnica de fiscalização adotada para o exercício de 2016, ressaltando-se a possibilidade de o Fisco utilizar-se de outras técnicas de fiscalização para este período, respeitando-se o prazo decadencial, nos termos do art. 173, I, do CTN.

Destarte, com as devidas correções, deve o crédito tributário ser constituído em conformidade com o quadro resumo abaixo:

INFRAÇÕES	PERÍODO		ICMS DEVIDO	MULTA	TOTAL
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS	01/01/2016	31/12/2016	-	-	-
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2016	31/12/2016	22.568,28	22.568,28	45.136,56
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS	01/01/2016	31/12/2016	33.152,48	16.576,24	49.728,72
CRÉDITO TRIBUTÁRIO			55.720,76	39.144,52	94.865,28

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar a sentença prolatada na instância singular, quanto aos valores, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002860/2019-33, lavrado em 6/9/2019, contra a empresa MISTER TEM COMÉRCIO DE AÇOS E METAIS LTDA - EPP (CCICMS: 16.178.865-3), declarando devido o crédito tributário, no montante de **R\$ 94.865,28** (noventa e quatro mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e vinte e oito centavos), sendo os valores de **ICMS de R\$ 55.720,76** (cinquenta e cinco mil, setecentos e vinte reais e setenta e seis centavos), por infringência ao nos art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, art. 106, com fulcro no art. 60, I e II c/c art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, e da multa por infração de **R\$ 39.144,52** (trinta e nove mil, cento e quarenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), com fulcro no art. 82, II, “b” e art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 432.272,56 (quatrocentos e trinta e dois mil, duzentos e setenta e dois reais e cinquenta e seis centavos), sendo R\$ 207.848,16 (duzentos e sete mil, oitocentos e quarenta e oito reais e dezesseis centavos), de ICMS, e R\$ 244.424,40 (duzentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e quarenta centavos), a título de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Ressalto à Repartição Preparadora que existe parcelamento realizado relativo à acusação por “falta de lançamento de nota fiscal de aquisição nos livros próprios”, verificado no Sistema ATF desta Secretaria.

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência em 18 de março de 2021.

PETRONIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator