

PROCESSO Nº 1707312018-5

ACÓRDÃO Nº 0190/2022

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

Recorrida: JONAS HENRIQUES SOBRINHO JUNIOR.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - SANTA RITA.

Autuante: JOSÉ DOMINGOS MOURA ALVES.

Relatora: CONS^a. LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. MANTIDA. CONTA MERCADORIAS. TÉCNICA NÃO APLICÁVEL AOS CONTRIBUINTES DO SIMPLES NACIONAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Nas operações ou prestações desacobertas de nota fiscal, será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

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.

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 de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002002/2018-08, lavrado em 11/10/2018, contra a empresa JONAS HENRIQUES SOBRINHO JUNIOR, inscrição estadual nº 16.144.623-0, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 1.149,68 (mil, cento e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 574,84 (quinhentos e setenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), de ICMS, nos termos dos arts. 158, I e art. 160, I, c/ fulcro art. 646, parágrafo único do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 574,84 (quinhentos e setenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 218.909,26 (duzentos e dezoito mil, novecentos e nove reais e vinte e seis centavos).

Registre-se que o crédito tributário subsistente foi recolhido espontaneamente pelo contribuinte, nada mais havendo a se exigir da empresa.

P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de abril de 2022.



LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

03 de Fevereiro de 1832
FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor

PROCESSO Nº 1707312018-5
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.
Recorrida: JONAS HENRIQUES SOBRINHO JUNIOR.
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - SANTA RITA.
Autuante: JOSÉ DOMINGOS MOURA ALVES.
Relatora: CONS^a. LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. MANTIDA. CONTA MERCADORIAS. TÉCNICA NÃO APLICÁVEL AOS CONTRIBUÍNTES DO SIMPLES NACIONAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Nas operações ou prestações desacobertas de nota fiscal, será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

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.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002002/2018-08, lavrado em 11/10/2018, contra a empresa JONAS HENRIQUES SOBRINHO JUNIOR, inscrição estadual nº 16.144.623-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2013 e 30/11/2017, constam as seguintes denúncias:

009 - 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 prestação de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

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.

Foram dados como infringidos: os arts. 158, I, e 160, I, c/fulcro art. 646; e art. 643, § 4º; todos do RICMS/PB, sendo propostas as penalidades previstas no art. 82, V, “f” e “a”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário de R\$ 220.058,94, sendo, R\$ 110.029,47, de ICMS, e R\$ 110.029,47, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por edital, publicado no D.O.E., em 15/11/2018 (fl. 42), a autuada apresentou reclamação, em 18/12/2018 (fls. 45-54).

- Na sua defesa, diz que a simples emissão de Notas Fiscais não autoriza a presunção de que a acusada as recebeu, creditando o ocorrido a má-fé das empresas emissoras;
- Aduz que não podem ser aplicadas, às empresas do Simples Nacional, alíquotas de 17% (dezesete por cento), em face do que dispõe a LC 123/2006;
- Afirma que a aplicação de multa no percentual de 100% (cem por cento) caracteriza confisco, vedado pela Constituição Federal;
- Ao final, requer que se proclame a improcedência, do auto de infração, considerados os argumentos, provas e jurisprudência acostados ao processo.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 60), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Graziela Carneiro Monteiro, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário, em R\$ 1.149,68, sendo R\$ 574,84, de ICMS, e R\$ 574,84, de multa por infração, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, § 1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (fls.62-75).

Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – Dte, em 14/12/2020 (fl. 78), a recorrente não apresentou recurso voluntário.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria, onde passo a proceder sua análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *de ofício*, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00002002/2018-08, lavrado em 11/10/2018, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

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

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de ter omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, ao constatar a ocorrência de aquisição de mercadorias, nos meses de junho/2017, agosto/2017 e novembro/2017, sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativo (fl. 17).

Como se sabe, a falta de escrituração das operações de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, com a transcrição relativa à época dos fatos geradores:

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;

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

Neste sentido, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a ausência do registro dessas Notas Fiscais denota a ocorrência de pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural, presumindo-se que os recursos utilizados na aquisição das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

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;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Assim, confirmando-se a irregularidade, fica o infrator sujeito à exigência do imposto, além de multa no percentual de 100% (cem por cento) do imposto devido, conforme art. 82, V, “f”, 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):

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;

Mantida na instância singular, observa-se, nos autos, que a reclamante não apresenta nenhuma prova ou argumento capaz de ilidir a acusação que lhe foi imputada, apenas faz alegações pífias, de que não reconhece as operações, e que elas são frutos de má-fé das empresas emitentes das notas fiscais, não logrando êxito em refutar o levantamento efetuado pela auditoria.

Assim, sem estarem acompanhadas de provas convincentes que lhe confirmem veracidade, tais alegações não se prestam para desconstituir o crédito tributário apurado pela fiscalização.

Por outro lado, os documentos arrolados aos autos pela fiscalização se referem a Notas Fiscais Eletrônicas, com situação de autorizadas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, confirmando a existência de negócio jurídico entre o emitente e a empresa autuada.

Portanto, sem o correspondente registro no Livro de Entradas, autorizam a presunção da existência de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Com relação às alíquotas aplicadas, há que se considerar que as empresas optantes do regime do Simples Nacional devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, quando praticarem operações desacobertas de documento fiscal, como prevê o art. 13, §1º, XIII, “f”, da Lei Complementar 123/2006:

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

(...)

§ 1º *O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (g.n.).*

(...)

XIII - ICMS devido:

(..)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Logo, nesses casos, os optantes do Simples Nacional devem se submeter à legislação de regência das demais pessoas jurídicas, devendo ser aplicada as alíquotas e penalidades da legislação aplicável aos contribuintes normais, sendo correta a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme a art. 13, IV do RICMS/PB, abaixo reproduzido, e da multa de 100% (cem por cento), conforme o art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/93, reproduzido anteriormente,

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

IV - 18% (dezoito por cento), nas operações e prestações internas e na importação de bens e mercadorias do exterior.

Quanto aos argumentos de que penalidade aplicada é de cunho confiscatório, melhor sorte não abraça o contribuinte, cabendo destacar que os tribunais superiores têm atribuído caráter não confiscatório às multas punitivas que não excedam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido, como se pode observar na decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, que graduou multa punitiva, em 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

*“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, **assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%**, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”. (g.n.).*

Portanto, venho a ratificar a decisão de primeira instância, para declarar devido o crédito tributário apurado pela fiscalização, em razão de o lançamento tributário estar em consonância com as provas dos autos e os termos da legislação tributária.

Ressalte-se, entretanto, que a empresa veio a recolher, espontaneamente, os valores relativos à infração, tornando extinto o crédito tributário correspondente, na forma do art. do CTN, como se segue:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

Conta Mercadorias

A segunda 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 (fls.18-30).

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, para fins de tributação pelo ICMS, visa alcançar o preço final de venda de seus produtos, composto, não só, com o eventual lucro, mas, também, com o custo das mercadorias, impostos incidentes e despesas indiretas.

No entanto, o Conselho de Recursos Fiscais, tem adotado o entendimento que a referida técnica não se aplica aos contribuintes do Simples Nacional, 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 CONTRIBUINTES 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.

Tal entendimento foi seguido pelo julgador singular, que ora estou a ratificar para declarar a improcedência da presente acusação.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002002/2018-08, lavrado em 11/10/2018, contra a empresa JONAS HENRIQUES SOBRINHO JUNIOR, inscrição estadual nº 16.144.623-0, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 1.149,68 (mil, cento e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 574,84 (quinhentos e setenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), de ICMS, nos termos dos arts. 158, I e art. 160, I, c/ fulcro art. 646, parágrafo único do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 574,84 (quinhentos e setenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 218.909,26 (duzentos e dezoito mil, novecentos e nove reais e vinte e seis centavos).

Registre-se que o crédito tributário subsistente foi recolhido espontaneamente pelo contribuinte, nada mais havendo a se exigir da empresa.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por vídeo conferência, em 20 de abril de 2022.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora

03 de Fevereiro de 1832