

PROCESSO Nº 0427712019-9  
ACÓRDÃO Nº 0208/2022  
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: A & A LANCHONETE LTDA ME  
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP  
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA  
Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA  
Relator: CONS.º ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR.

PRELIMINARES DE NULIDADES - REJEITADAS. ICMS - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO E LEVANTAMENTO FINANCEIRO - CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES ALTERADA DE OFÍCIO. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS - SIMPLES NACIONAL - VÍCIO DE FORMA - NULIDADE. AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

*- Rejeitadas as preliminares de nulidades arguidas por cerceamento de defesa, visto que constam nos autos todas as informações que demonstram as operações objeto das acusações imposta na inicial.*

*- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios (009), bem como o déficit apurado em Levantamento Financeiro (021) conduzem à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. No caso, não se configura a concorrência de infrações para os mesmos períodos, fato que resultou na procedência das duas infrações.*

*- Contribuintes enquadrados como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas (028), assim, a peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.*

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 voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, alterando de ofício quanto aos valores a decisão proferida pela

primeira instância, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000726/2019-06 (fl. 5/7), lavrado em 30/03/2019, contra a empresa, A & A LANCHONETE LTDA ME (CCICMS nº 16.241.698-9), declarando devido o crédito tributário no valor total de R\$ 126.007,54 (cento e vinte e seis mil, sete reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 63.003,77 (sessenta e três mil, três reais e setenta e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, c/c 646, IV, parágrafo único, todos do RICMS/PB, e R\$ 63.003,77 (sessenta e três mil, três reais e setenta e sete centavos), a título de multa por infração, embasada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o valor total de R\$ 10.169,51.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante a infração (028) “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas”, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de abril de 2022.

ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR  
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1922  
LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR  
Assessor

PROCESSO Nº 0427712019-9

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: A & A LANCHONETE LTDA ME

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.º ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR.

PRELIMINARES DE NULIDADES - REJEITADAS. ICMS - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO E LEVANTAMENTO FINANCEIRO - CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES ALTERADA DE OFÍCIO. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS - SIMPLES NACIONAL - VÍCIO DE FORMA - NULIDADE. AJUSTES REALIZADOS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

*- Rejeitadas as preliminares de nulidades arguidas por cerceamento de defesa, visto que constam nos autos todas as informações que demonstram as operações objeto das acusações imposta na inicial.*

*- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios (009), bem como o déficit apurado em Levantamento Financeiro (021) conduzem à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. No caso, não se configura a concorrência de infrações para os mesmos períodos, fato que resultou na procedência das duas infrações.*

*- Contribuintes enquadrados como Simples Nacional não estão obrigados ao lançamento de notas fiscais no Livro Registro de Saídas (028), assim, a peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.*

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do artigo 77 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000726/2019-06**, lavrado em 30 de março de 2019, em desfavor da empresa, **A & A LANCHONETE LTDA ME.**, inscrição estadual nº 16.241.698-9.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

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.

**Nota Explicativa:** REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2014 e 2015.

0028 - **NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS** >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter deixado de lançar nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

**Nota Explicativa:** REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2015 e 2016.

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.

**Nota Explicativa:** REFERENTE AOS EXERCÍCIOS FISCAIS DE 2014 e 2015.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia total de **R\$ 136.177,05** (cento trinta e seis mil, cento e setenta e sete reais e cinco centavos), **sendo R\$ 69.783,43** (sessenta e nove mil, setecentos e oitenta e três reais e quarenta e três centavos) **de ICMS**, por infringência aos artigos 158, I, 160, I, c/fulcro no art. 646, IV, parágrafo único; e artigos 106, 60, I e II, c/c 277, todos do RICMS/PB, e **R\$ 66.393,62** (sessenta e seis mil, trezentos e noventa e três reais e sessenta e dois centavos), **a título de multas por infração**, embasadas no artigo 82, V, “f”, e 82, II “b”, todos da Lei nº 6.379/96.

O auditor fiscal acostou aos autos documentos instrutórios às folhas 08 a 53.

Depois de regularmente cientificada, por via postal, através de Aviso de Recebimento – AR JU108167485BR e JU108167503BR, a Autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva, por meio da qual, em síntese, os seguintes argumentos:

Em Preliminar:

a) Alega que o Auto de Infração padece de vício insanável de nulidade por imprecisão na descrição da natureza da infração, e inexistir assinatura, ferindo o art. 41, V, da Lei 10.094/2013, pois impossibilitaria a autuada de ter pleno e total conhecimento dos reais motivos que resultaram na presente autuação, e, portanto, inexistente segurança jurídica.

b) Inexiste especificação dos valores das bases de cálculos, vez que a integralidade dos valores foi apresentada nas declarações, conforme as EFD apresentadas.

c) Não consta no auto assinatura do autuado, o que caracteriza que não houve devido procedimento de fiscalização, sem que fossem cumpridos os elementos mínimos essenciais que validam a autuação.



Do Mérito:

- a) Ressalta que inexistente inversão do ônus da prova em matéria tributária, cabendo a autoridade lançadora comprovar que houve fraude e o fato gerador da obrigação principal ou acessória.
- b) A presunção de inocência recai sobre a empresa autuada visto que não se fala em fraude embasada em presunção ou indício.
- c) No caso, se houvesse constatação detalhada nos documentos extraídos do próprio sistema da SER no que diz respeito que muitos itens levantados como não sujeitos a substituição tributária estão previstos na lista anexa do RICMS, inexistiria tal presunção de ocorrência da infração, como demonstrado a seguir.

Da Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário:

- a) Alega que o crédito tributário dever ser suspenso frente a apresentação tempestiva da impugnação, nos moldes do art. 151, III do CTN.

Das Presunções de Registro de Operações de Saída e Omissão de Saídas Tributáveis. Omissão EFD's.:

- a) Alega que são insuficientes as informações apresentadas no AI que presumem a omissão no registro de saídas, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.
- b) Que não cabe autuação baseada em indícios, devendo os créditos serem analisados individualmente, inexistindo nos autos vislumbres suficientes para culminar na presunção realizada pelo auditor fiscal.
- c) Que as presunções devem ocorrer pró-contribuinte, vez que as EFD's foram apresentadas, e seguem acostadas aos autos, estando ali apresentadas todas as saídas e entradas, em acordo com o Decreto nº 30.378/2009 e Anexo único da Portaria 98/09/GSER/PB.
- d) Assim, não houve omissão estando as saídas registradas, mês a mês, com os impostos recolhidos pelo SN, conforme extratos juntados aos autos.
- e) Por esse motivo impugna-se a alíquota de 17%, pois a época dos fatos a autuada era SN, não se aplicando a redação do art. 13, §1º da LC 123/2006, vez que os documentos fiscais foram emitidos, conforme documentação anexa, bastando verificar a base de cálculos utilizada na aplicação da alíquota de 17% e multa que se refere ao somatório dos valores apresentados nas saídas declaradas na EFD's, com exceção dos meses de novembro e dezembro de 2015.

Do Efeito Confiscatório da Multa:

- a) Os valores das multas ferem os princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade e razoabilidade.

b) STJ decidiu que não é confiscatória multa de 20%, multa máxima aplicada ao consumidor, não sendo admissível a aplicação de percentuais elevadíssimos ao contribuinte por ferir o não confisco.

Da Boa Fé do Contribuinte:

a) O auto deve ser anulado como dever geral de lealdade e confiança porque a má fé não pode ser presumida, sendo essa atitude do Fisco contrária ao dever boa-fé.

b) A empresa enquanto esteve aberta cumpriu seus compromissos perante a Receita, tendo apresentado as saídas como demonstrado por intermédio das EFD's.

Ao final, requer seja dado provimento à Impugnação, para que seja reconhecida a parcial anulação do auto de infração.

Apenso aos autos, consta o Processo nº 0427722019-3, de Representação Fiscal para Fins Penais.

Sem informação de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (fl. 152) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, sendo distribuídos a julgadora fiscal, Graziela Carneiro Monteiro, a qual julgou o auto de infração parcialmente procedente, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. INFRAÇÕES CONCORRENTES. MANTIDOS OS VALORES DE MAIOR MONTA. INFRAÇÕES PARCIALMENTE PROCEDENTES. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. VÍCIO FORMAL. NULIDADE.

Falta de Lançamento de NF de Aquisição nos Livros Próprios:

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB.

Omissão de Saídas – Levantamento Financeiro:

- A existência de déficit financeiro, caracterizado pelo excesso de desembolsos em relação aos ingressos num determinado período, indica a ocorrência de operações ou prestações não acobertadas por documentação fiscal e, portanto, sem o pagamento do imposto devido.

- Simples Nacional – Caracterizadas as omissões de saídas, a própria Lei Complementar nº 123/06 autoriza a aplicação da legislação de regência às demais pessoas jurídicas, no tocante à alíquota e às penalidades.

- Alegações sem provas suficientes para afastar as presunções legais acarretaria a manutenção do respectivo lançamento compulsório.

- Identificada a concorrência entre as infrações de falta de recolhimento do ICMS decorrentes de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas pela Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisições nos Livros Próprios e pelo excesso de desembolsos quando comparadas às receitas auferidas, conforme Levantamento Financeiro, relativas aos mesmos períodos. Ambas remetem à presunção legal do artigo 646, do RICMS/PB, e, neste norte, manter-se-á a ilação de maior monta, em cada um dos períodos analisados.

Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas de Mercadorias e/ou as Prestações de Serviços Realizadas:

- Empresa optante pelo Simples Nacional desobrigada a escrituração dos Livros de Saída. Vício Formal. Infração nula.

Multa por Infração:

- A Fiscalização efetuou seus trabalhos amparados nos limites previstos na legislação própria, Lei nº 6.379/96.

- O disposto no artigo 55 da Lei nº 10.094/13 define que não cabe aos órgãos julgadores a competência para declarar inconstitucionalidade.

#### **AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE**

Em decorrência dessa decisão, o crédito tributário restou fixado no valor total de **R\$ 125.117,98, sendo R\$ 65.558,99 de ICMS**, por infringência aos artigos 158, I, 160 I, c/c 646, IV, parágrafo único, todos do RICMS/PB, e **R\$ 65.558, a título de multa por infração**, embasada no artigo 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96., conforme a sentença de fls. 154 a 173.

Cientificada, da decisão de primeira instância, por via postal, através de Aviso de Recebimento – AR BR079127270BR e BR079128814BR, respectivamente, em 16/07/2021 e 24/08/2021 (fl. 176 e 177), a Autuada, através de seu Advogado (fl. 197), apresentou recurso voluntário tempestivo, em 24/09/2021 (fl. 178 a 196), onde, em síntese, apresenta os seguintes argumentos:

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, POR CERCEAMENTO DE DEFESA:**

- As descrições das infrações restringem-se a parafrasear os dispositivos legais, sem clareza, nem precisão;
- Falta de especificação e referência dos valores encontrados como base de cálculo dos tributos lançados;
- Falta de assinatura da autuada no auto de infração;

**MÉRITO:**

- Falte de comprovação dos fatos geradores da obrigação tributária, não podendo atribuir o ônus da prova ao contribuinte;
- A totalidade da informações econômico-fiscais se faz presente em todas as EFD's apresentadas (entradas e saídas), não podendo a Fazenda Pública presumir fatos para compelir o contribuinte a pagar tributos e multas;
- A alíquota aplicável deve ser a do Simples Nacional, regime o qual o contribuinte estava submetido à época dos fatos, e não 17%;
- Os valores das multas ferem os princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade e razoabilidade;
- Por fim, requer a improcedência e o arquivamento do auto de infração.

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

Em exame o recurso voluntário, interposto com fundamento no art. 77, da Lei nº 10.094/2013, em face da decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000726/2019-06, lavrado em 30/03/2019, em desfavor da empresa, A & A LANCHONETE LTDA ME.

### NULIDADES.

De início, cabe considerar que os lançamentos fiscais descrevem com clareza o fundamento legal, a matéria tributável, descrição da infração, a base de cálculo, a alíquota, o montante do imposto a exigir, a multa aplicável e o período a que se referem as penalidades aplicadas, guardando inteira consonância com as determinações do art. 142 do CTN, abaixo transcrito:

**Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos artigos. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT):

**Art. 14.** São nulos:

**I** - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

**II** - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

**III** - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto



da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

**IV** - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

**V** - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

**Art. 16.** Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

**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.

Em sede de preliminar, a recorrente alega a ausência da sua assinatura da autuada na peça acusatória, fato que caracterizaria ausência do devido procedimento de fiscalização, posto o não cumprimento dos elementos mínimos essenciais que validariam a autuação.

Em relação ao tema, pode-se observar que a Autuada fora validamente cientificada da autuação, por via postal, através de Aviso de Recebimento - AR, conforme os comprovantes às fls. 54, sendo uma das formas válidas de cientificação, prescrita na Lei 10.094/2013 (Lei do PAT), em seu art. 46, II, não sendo obrigatória à ciência pessoal. Vejamos:

**Art. 46. A ciência do Auto de Infração ou da Representação Fiscal dar-se-á, alternativamente, da seguinte forma:**

**I** - pessoalmente, mediante entrega de cópia da peça lavrada, contra recibo nos respectivos originais, ao próprio sujeito passivo, seu representante legal ou preposto ou a quem detenha a administração da empresa;

**II - por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), encaminhado ao domicílio tributário do sujeito passivo, observados os §§ 2º e 3º deste artigo;**

**III - por meio eletrônico, com juntada de prova de expedição mediante:**

(...)

**§ 2º** Considera-se efetuada a ciência por via postal com a prova que a correspondência foi entregue no endereço do domicílio tributário eleito pelo próprio sujeito passivo, mesmo que o Aviso de Recebimento (AR) tenha sido assinado por outra pessoa pertencente ou não ao quadro funcional da empresa.

**§ 3º** Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a ciência, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

**I** - no endereço do sócio administrador da empresa;

**II** - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

**III** - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recepção (AR) sem lograr êxito na entrega da notificação ou intimação no endereço do sócio administrador da empresa ou do representante legal, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo, respectivamente.

Portanto, resta demonstrado que ocorreu a ciência válida do auto de infração ao contribuinte, tanto é que, apresentou a reclamação, tempestivamente, combatendo todos os pontos das acusações impostas através do libelo fiscal.

Com relação aos proclames da recorrente, arguindo a nulidade da primeira acusação, de **(009) falta de lançamentos de N .F. de aquisição nos livros próprios**, de que o auditor fiscal não demonstra a base de cálculo do imposto lançado, nem quais as notas fiscais de aquisições a autuada deixou de lançar nos livros próprios, este argumento não procede, visto que, a Fiscalização juntou aos autos planilhas contendo a relação das notas fiscais não lançadas nos livros próprios da EFD, com número da chave de acesso ao Sistema Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, número da nota fiscal eletrônica, operação, valor da operação, data de emissão e valor total mensal das operações, os quais constituem-se elementos dotados de validade jurídica suficientes para comprovar as operações objeto da acusação, oportunizando assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa (fl. 28).

Da mesma forma, em relação à terceira acusação, de **(021) omissão de saídas de mercadorias tributáveis – levantamento financeiro**, o auditor fiscal, anexa aos autos, planilhas demonstrativas do Levantamento Financeiro dos exercícios de 2014 e 2015, contendo as receitas e despesas contabilizadas pela empresa em sua EFD (fl. 18 a 23). Portanto, apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo, o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN

Salienta-se que, as informações obtidas pela fiscalização, foram extraídas das declarações prestadas pela própria empresa em suas EFD, a qual está obrigada a apresentar mensalmente, conforme consulta ao Sistema ATF desta Secretaria.

#### Acusação 02 – exercício de 2015.

##### 028 NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS

Quanto à segunda denúncia de **“(028) não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou as prestações de serviços realizadas”**, a peça acusatória se revela inadequada ao tipo de regime tributário adotado pela autuada, tendo em vista que os **contribuintes inseridos na sistemática de recolhimento do Simples Nacional estão dispensados de adotar os livros Registro de Saída e de Apuração de ICMS** para efeito de lançamento e apuração das operações fiscais de saídas constantes nas notas fiscais e/ou cupons fiscais emitidos, quando da sua tributação devida, que se opera através do recolhimento do ICMS – SIMPLES NACIONAL declarado no programa gerenciador do PGDAS.

Conforme, consulta ao cadastro do contribuinte de ICMS da SEFAZ/PB, a empresa autuada era optante do regime do Simples Nacional à época dos fatos geradores, conforme informações colhidas no sistema ATF – Dossiê do contribuinte.

No que diz respeito à Lei nº 10.094/13, seu art. 17 elenca as situações em que o ato administrativo poderá ser anulado, assim vejamos o texto legal, abaixo:

**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; (g.n.)

**III** - à norma legal infringida; (g.n.)

**IV** - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

**V** - ao local, à data e à hora da lavratura;

**VI** - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Neste sentido, recorro ao texto normativo dos artigos 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, cujo reconhecimento deve dar-se de ofício, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal na acusação**, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

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

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

**Art. 16.** Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Neste norte, assim se pronunciou a diligente julgadora singular em sua decisão:

“Portanto, verificada a ocorrência de vício formal e a necessidade de anulação da infração em comento, reitera-se que a decisão de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida neste libelo acusatório, e como consequência, a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, dentro do formalismo exigido pelo contencioso administrativo tributário. **Nessa hipótese seria possível indicar o fato infringente como Falta de Recolhimento do ICMS – Simples Nacional, ante a identificação das reduções Z e das notas fiscais de saídas não lançadas.**”

Com esses fundamentos e em consonância com o entendimento proferido na instância prima, concluo pelo cancelamento do crédito tributário contabilizado em razão da acusação de (028) “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou as prestações de serviços realizadas”, ressalvado o direito a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, capaz de atender aos reclamos da legislação de regência, devendo observar o que prescreve o art. 173, II, do CTN.

**Acusação 01** – novembro e dezembro de 2014 e janeiro de 2015.

**009 FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS**

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos meses de novembro e dezembro de 2014 e janeiro de 2015, referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas da EFD, conforme planilha demonstrativa das notas fiscais, às folhas 28 dos autos.

A condição de contribuinte do ICMS no Estado da Paraíba impõe a todos enquadrados como tal uma série de obrigações, sejam de natureza principal, sejam de natureza acessória, sendo uma delas, o lançamento de todas (sem exceção) as notas fiscais de aquisição de mercadorias nos Livros próprios da EFD.

Ocorre que, no âmbito da legislação em vigor, a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias no Livro Registro de Entradas da EFD, tem efeito muito mais abrangente do que apenas a responsabilização pelo descumprimento da obrigação acessória. Vejamos o que dispõe o artigo 3º a Lei nº 6.379/1996 e o artigo 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.** 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.

**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.

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que 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;

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

(...)

**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;

Assim, a relação das notas fiscais de aquisições de mercadorias, objeto da presente acusação, elencadas em planilhas anexadas nos autos pela Fiscalização, contendo a relação das notas fiscais não lançadas nos livros próprios da EFD, com número da chave de acesso ao Sistema Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, número da nota fiscal eletrônica, operação, valor da operação, data de emissão, valor total mensal das operações e o valor total mensal do ICMS, constituem-se elementos dotados de validade jurídica suficientes para comprovar as operações objeto da acusação, oportunizando assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa (fl. 28).

A presunção legal e regulamentar, de que trata o parágrafo oitavo, do artigo 3º, da Lei 6.379/96 e do artigo 646, IV do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido artigo.

Apenas a negativa de aquisição, por si só, não é suficiente para afastar a presunção legal. Para comprovar a regularidade de suas operações, compete à defesa demonstrar que efetuou o registro (sem exceção) de todas as notas fiscais relacionadas pela

auditoria como não lançadas no Livro Registro de Entradas próprio da EFD, ou que não as registrou pelo fato de as mercadorias nelas consignadas não terem sido a ela destinadas.

A simples alegação genérica de que o fato irregular não ocorrera não é suficiente para afastar a presunção inculpada no artigo 646 do RICMS. Para produzir os efeitos pretendidos, far-se-ia necessária apresentação de provas aptas a corroborar a afirmação defensiva, cabendo ao contribuinte o ônus desta prova.

Esta foi a fórmula encontrada pelos sistemas processuais jurídicos e administrativos como forma de subsidiar o julgador na tomada de decisões que visem à busca da justiça.

Não se trata de uma obrigação, mas sim de um ônus. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

No sistema processual brasileiro, a distribuição do ônus da prova incumbe:

- a) Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- b) Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual (autor, réu etc.), pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito (em razão do fato ocorrido), terá de provar sua veracidade. Daí, a regra adotada pelo direito brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto, ao réu, caberá a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Este modelo também foi incorporado à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária. Observemos o art. 56 da referida Lei:

**Art. 56.** Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

**Parágrafo único.** O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

As aquisições de produtos destinados ao uso e/ou consumo, imobilizado, ou mesmo para comercialização, não altera a presunção contida no artigo 646 do RICMS/PB, uma vez que **a exigência dos créditos não está relacionada diretamente a estas notas fiscais que acobertaram as operações, mas sim a operações pretéritas, cujas receitas não foram oferecidas à tributação** e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante destacarmos que, para a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o parágrafo oitavo, do artigo 3º, da Lei 6.379/96 e o artigo 646 do RICMS/PB autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto.

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis, independente da destinação dos produtos vinculados às notas fiscais nela relacionadas.

Assim, a repercussão tributária não decorre da posterior saída destes produtos, mas sim de operações anteriores às aquisições. Não se busca tributar a saída destes produtos, mas sim de alcançar operações anteriores que se consumaram à margem da tributação e cujas receitas possibilitaram a aquisição dos produtos consignados nas notas fiscais não registradas pelo contribuinte.

Recentemente, em 19/11/2019, foi publicada no Diário Oficial do Estado, a Portaria nº 0311/2019/SEFAZ, a qual ratificou a propositura de Súmulas do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba – CRF:

### **PORTARIA Nº 0311/2019/SEFAZ:**

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 3º, inciso VIII, alínea “h”, da Lei nº 8.186, de 16 de março de 2007, e

**Considerando** a competência do Conselho de Recursos Fiscais para apreciar proposta de súmula, nos termos do parágrafo único do art. 94 da Portaria nº 00248/2019/SEFAZ, de 20 de outubro de 2019, que aprovou o Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba - RCRF/PB;

**Considerando** o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 95 do RCRF/PB, que disciplinam os procedimentos de aprovação e ratificação de súmulas administrativas do CRF/PB,

#### **R E S O L V E:**

**Art. 1º** Ratificar a proposição das Súmulas Administrativas números 01 a 04 aprovadas pelo Conselho de Recursos Fiscais na 56ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do Anexo Único desta Portaria.

**Art. 2º** Não ratificar a propositura da Súmula Administrativa número 05.

**Art. 3º** A súmula, depois de ratificada pelo Secretário de Estado da Fazenda e publicada no Diário Oficial Eletrônico da SEFAZ/PB, terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

**Art. 4º** Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

MARIALVO LAUREANO DOS SANTOS FILHO

Secretário de Estado da Fazenda Matrícula Nº 171.798-7.

**ANEXO ÚNICO DA PORTARIA Nº 00311/2019/SEFAZ, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2019.**

### **NOTA FISCAL NÃO LANÇADA**

**SÚMULA 02** – A constatação de falta de registro da entrada de nota fiscal de aquisição impõe ao contribuinte o ônus da prova negativa da aquisição, em razão da presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. (Acórdãos nºs: 305/2018; 394/2018; 475/2018; 577/2018; 589/2018; 595/2018).

As informações fiscais contidas no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED/EFD são formadas pelas informações fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, através de suas declarações mensais.

Ao consultar as Declarações da Escrituração Fiscal Digital – EFD da autuada, link “Documentos Fiscais Declarados”, no Sistema ATF desta Secretaria, verifica-se a inexistência do registro das notas fiscais objeto da presente acusação, configurando-se a infração.

**Acusação 03** – (021) exercício de 2014 e 2015.

#### **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO**

A presente acusação trata-se de infração que foi alcançada pela técnica fiscal denominada de Levantamento Financeiro em um procedimento de aferição que analisa se há equilíbrio entre os somatórios das despesas incorridas com as receitas auferidas em um determinado exercício, repercutindo em omissão de vendas sempre que as despesas superarem as receitas. Nesta hipótese, a legislação vigente autoriza a Fiscalização a se valer da presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, arrimado no parágrafo único do art. 646 do RICMS/PB:

**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.

**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. (grifo nosso).

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 abaixo:



**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;

Nesta esteira, considerando haver o contribuinte infringido a legislação tributária, o Auditor Fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração em tela, propôs, como medida punitiva, a aplicação da multa insculpida no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

**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;

O levantamento fiscal, no presente caso, concluiu que a totalidade dos recursos disponíveis pelo contribuinte, nos exercícios de 2014 e 2015, não foram suficientes a fazer frente às despesas e pagamentos que declarou ter realizado nos mesmos períodos. Configurou-se a ocorrência de situação operacional deficitária do ponto de vista econômico/financeiro na empresa, situação que, em se configurando, cede lugar a exigência do imposto sobre a diferença entre o montante aplicado e o disponível, diante da sua significação: saídas tributáveis não faturadas.

Salienta-se que, as informações obtidas pela fiscalização, foram extraídas das declarações prestadas pela própria empresa em suas EFD, a qual está obrigada a apresentar mensalmente, conforme consulta ao Sistema ATF desta Secretaria.

No entanto, consoante previsão ínsita no parágrafo único do art. 646, tal conclusão firma-se em presunção relativa, posto que devolve ao acusado o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações.

A Fiscalização anexa aos autos, planilhas demonstrativas do Levantamento Financeiro, em que são levadas as informações extraídas das declarações da EFD da autuada, referentes as suas receitas e despesas, momento em que fora detectada a superioridade dos desembolsos quando comparados às receitas auferidas (fl. 18 a 25).

No caso dos autos, a recorrente não apresentou provas capazes de ilidir a acusação, deixando prevalecer a presunção legal inerente ao art. 646, parágrafo único, do RICMS/PB, conforme bem pontuou a diligente julgadora monocrática, decisão com a qual comungamos.

### **CONCORRÊNCIA DE ACUSAÇÕES:**

Quanto a repercussão tributária decorrente das duas técnicas de auditoria fiscais aplicadas, no caso, a (009) “falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios” e (021) “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Levantamento Financeiro”, é a de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Entretanto, no caso dos autos, não se configura a concorrência de infrações. Vejamos:

No caso dos Levantamentos Financeiros, não há que se falar em concorrência com Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição, mesmo em se tratando de fatos geradores ocorridos no mesmo período, pois as receitas advindas das omissões pretéritas não se confundem, vez que parte delas foi utilizada para pagamentos das despesas registradas no Financeiro e outra parcela, para aquisição das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais não lançadas.

Haveria concorrência se, e apenas se, no Levantamento Financeiro, o auditor tivesse incluído valores para “compras de mercadorias ou bens para uso, consumo ou ativo fixo não lançadas no Livro Registro de Entradas” relativamente a notas fiscais que também houvessem embasado a denúncia de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição, o que, no caso dos autos, não ocorreu.

Dessa forma, venho a discordar dos termos da decisão singular no tocante ao acúmulo de acusações, recuperando o crédito tributário excluído, por entender que inexistente concorrência entre as acusações de (009) “falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios” e (021) “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Levantamento Financeiro”.

### **DA ALIQUOTA DO SIMPLES NACIONAL**

A recorrente alega que, em sendo empresa optante pelo Simples Nacional, não poderia recair alíquota geral dos contribuintes – 17%, pois realizara suas declarações e recolhimentos dos tributos devidos, sendo inaplicável a redação do artigo 13, §1º, da Lei Complementar 123/2006.

Como bem demonstrado pela julgadora singular, nos casos em que as acusações remetem a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorrida sem a respectiva emissão de documentos fiscais, como as elencadas até aqui, em regra, não comportam a aplicação de alíquotas diferenciadas do regime de tributação do Simples Nacional, haja vista tratar-se de uma infração à legislação, em que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrito no artigo 13, § 1º, XIII, “f”, da própria Lei Complementar 123/2006, legislação de regência das empresas submetidas ao regime diferenciado do Simples Nacional:

**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:

**XIII - ICMS devido:**

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

É necessário esclarecer que o lançamento de ofício se reporta a fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação então vigente e que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional, face à ocorrência de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, por observância ao regramento aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado. Assim, entendemos que a fiscalização agiu conforme as determinações contidas na legislação tributária de regência, inclusive, de acordo com o que determina a própria LC nº 123/2006.

Neste sentido, vem se posicionando o Egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, a exemplo da decisão proferida no Acórdão nº 293/2018, da lavra da Cons.<sup>a</sup> Thaís Guimarães Teixeira, ementa a seguir transcrita:

DIVERSAS ACUSAÇÕES - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - LEVANTAMENTO FINANCEIRO - PAGAMENTO EXTRACAIXA - OMISSÕES DE SAÍDAS - DENÚNCIAS CONFIGURADAS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A Lei Complementar nº 123/2008 impõe que, apurada omissão de receitas para os optantes do Simples Nacional, deve-se observar a legislação de regência das demais pessoas jurídicas no tocante às alíquotas e penalidades aplicadas. Ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo ao auditor fiscal o dever de efetuar o lançamento tributário de ofício, em observância à presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamento(s) com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis s/o pagamento do imposto. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Confirmadas as adequações aos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 10.008/2013.

## **CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA**

O inciso I do art. 55 da Lei nº 10.094/13 e o parágrafo único do art. 1º do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais<sup>1</sup> estipulam que os órgãos julgadores

<sup>1</sup> Lei nº 10.094/2013:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Portaria nº 248/2019 - Sefaz

pertencentes à Justiça Fiscal Administrativa não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de normas e para deixar de aplicar, sob fundamento de ilegalidade, ato normativo estadual, motivo pelo qual, torna-se desprovidos os argumentos que pugnam pelo reconhecimento da natureza confiscatória das multas.

Vale lembrar que esse tema já foi abordado por diversas vezes pelo E. Conselho de Recursos Fiscais, fato que motivou a edição de Súmula Administrativa nº 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

**DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**SÚMULA 03** – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

Por tais razões, acompanho a decisão monocrática no sentido de que a natureza confiscatória da multa “não comporta maiores discussões”.

Por fim, feitos todos os ajustes acima mencionados, restam devidos os seguintes valores de crédito tributário no Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000726/2019-06**:

L.	infra	Mês	B.C.	aliq	VALORES MANTIDOS				VALORES EXCLUÍDOS		
					ICMS	%	Multa	Total	ICMS	Multa	Total
1	0009	nov-14	12.138,83	17,00	2.063,60	100	2.063,60	4.127,20		-	
2	0009	dez-14	14.941,90	17,00	2.540,12	100	2.540,12	5.080,24		-	
3	0009	jan-15	816,85	17,00	138,86	100	138,86	277,72			
4	0028	fev-15	24.693,75	2,00	NULO				493,88	246,94	740,82
5	0028	mar-15	41.435,21	2,00	NULO				828,70	414,35	1.243,05
6	0028	abr-15	43.911,80	2,00	NULO				878,24	439,12	1.317,36
7	0028	mai-15	33.935,80	2,00	NULO				678,72	339,36	1.018,08
8	0028	jun-15	24.184,63	2,00	NULO				483,69	241,85	725,54
9	0028	jul-15	28.997,62	2,00	NULO				579,95	289,98	869,93
10	0028	ago-15	38.212,20	2,00	NULO				764,24	382,12	1.146,36
11	0028	set-15	37.429,85	2,00	NULO				748,60	374,30	1.122,90
12	0028	out-15	1.243,70	2,00	NULO				24,87	12,44	37,31
13	0028	nov-15	35.662,73	2,00	NULO				713,25	356,63	1.069,88
14	0028	dez-15	29.255,24	2,00	NULO				585,10	292,55	877,65
15	0028	jan-16	20,80	2,00	NULO				0,42	0,21	0,63
16	0021	2014	1.799,55	17,00	305,92	100	305,92	611,84			
17	0021	2015	340.913,33	17,00	57.955,27	100	57.955,27	115.910,54		-	
					<b>63.003,77</b>		<b>63.003,77</b>	<b>126.007,54</b>	6.779,66	3.389,85	10.169,51

Parágrafo único. É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.



Com este entendimento é que,

**VOTO** pelo recebimento do recurso de voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, alterando de ofício quanto aos valores a decisão proferida pela primeira instância, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000726/2019-06 (fl. 5/7), lavrado em 30/03/2019, contra a empresa, A & A LANCHONETE LTDA ME (CCICMS nº 16.241.698-9), declarando devido o crédito tributário no valor total de R\$ 126.007,54 (cento e vinte e seis mil, sete reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 63.003,77 (sessenta e três mil, três reais e setenta e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, c/c 646, IV, parágrafo único, todos do RICMS/PB, e R\$ 63.003,77 (sessenta e três mil, três reais e setenta e sete centavos), a título de multa por infração, embasada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o valor total de R\$ 10.169,51.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante a infração (028) “não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas”, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de abril de 2022.

Aderaldo Gonçalves do Nascimento Júnior  
Conselheiro Relator