



PROCESSO Nº 2349812021-2 - e-processo nº 2021.000262244-4

ACÓRDÃO Nº 436/2023

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: PRIME INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTICIO EIRELI

2ª Recorrente: PRIME INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTICIO EIRELI

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1
DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA
RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: IVONIA DE LOURDES LUCENA LINS

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

**OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS
TRIBUTÁVEIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS
COM RECEITAS OMITIDAS. IMPROCEDENTE.
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO
NOS LIVROS PRÓPRIOS. AJUSTES. RECIDIVA
CONFIGURADA EM PARTE. CONTA MERCADORIAS.
MANTIDA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A
DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO
PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO
HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE
PROVIDOS.**

*O ICMS apurado por conta de CPV negativo não constitui
irregularidade perante a legislação estadual.*

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

*Ajustes realizados em razão de valores tomados em
duplicidade e referentes a multa recidiva não configurada,
acarretaram a redução do crédito tributário.*

*A diferença apurada em Conta Mercadorias denuncia omissão
de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme
presunção contida na legislação de regência.*

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, hierárquico, por regular, e do voluntário, por
regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial* de ambos, para



alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002307/2021-15, lavrado em 10/11/2021, contra a empresa PRIME INDUSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTÍCIO EIRELI, inscrição estadual nº 16.330.594-3, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 516.322,71 (quinhentos e dezesseis mil, trezentos e vinte e dois reais e setenta e um centavos), sendo R\$ 257.304,51 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, nos termos dos Art. 158, I e 160, I, c/fulcro Art. 646; e Art. 643, §4º, II, Art. 160, I, c/fulcro, Art. 158, I; e, e Art.646, parágrafo único todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, R\$ 257.304,51 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “f”, e “a”, da Lei nº 6.379/96, e R\$ 1.713,69 (mil, setecentos e treze reais e sessenta e nove centavos), de multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 1.846.103,99 (um milhão, oitocentos e quarenta e seis mil, cento e três reais e noventa e nove centavos), composto de R\$ 885.281,51 (oitocentos e oitenta e cinco mil, duzentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, R\$ 885.281,51 (oitocentos e oitenta e cinco mil, duzentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração, e R\$ 75.540,97 (setenta e cinco mil, quinhentos e quarenta reais e noventa e sete centavos), de multa por reincidência.

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de setembro de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, HEITOR COLLETT, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE E JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 2349812021-2 - e-processo nº 2021.000262244-4

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: PRIME INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTICIO EIRELI

2ª Recorrente: PRIME INDÚSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTICIO EIRELI

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: IVONIA DE LOURDES LUCENA LINS

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS. IMPROCEDENTE. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. AJUSTES. RECIDIVA CONFIGURADA EM PARTE. CONTA MERCADORIAS. MANTIDA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

O ICMS apurado por conta de CPV negativo não constitui irregularidade perante a legislação estadual.

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

Ajustes realizados em razão de valores tomados em duplicidade e referentes a multa recidiva não configurada, acarretaram a redução do crédito tributário.

A diferença apurada em Conta Mercadorias denuncia omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002307/2021-15, lavrado em 10/11/2021, contra a empresa PRIME INDUSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTÍCIO EIRELI, inscrição estadual nº 16.330.594-3, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2020 e 31/8/2021, constam as seguintes denúncias:



0587 – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.

Nota Explicativa:

ELABOROU-SE O CUSTO DE PRODUÇÃO COM DADOS OBTIDOS DA EFD, QUE APRESENTOU UM CUSTO DE MERCADORIAS VENDIDAS NEGATIVO, CARACTERIZANDO AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE VENDAS PRETÉRITAS.

009 - 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 prestação de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS (REGISTRO DE ENTRADAS) CONFORME DEMONSTRATIVOS.

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.

Nota Explicativa:

ELABOROU-SE A CONTA MERCADORIAS DO EXERCÍCIO DE 2020 COM CFOP – CODIGO FISCAL DE OPERAÇÃO E PRESTAÇÃO REFERENTE A ATIVIDADE COMERCIAL DO CONTRIBUINTE.

ENQUADRAMENTO LEGAL	
Dispositivos Infringidos	Penalidade Proposta
Art. 158, I e 160, I, c/fulcro Art. 646 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97	Art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.
Art. 158, I e 160, I, c/fulcro Art. 646 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97	Art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96
Art. 643, §4º, II, Art. 160, I c/fulcro Art. 158, I e Art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº	Art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96



18.930/97	
-----------	--

Foi apurado um crédito tributário de R\$ 2.362.426,70, sendo, R\$ 1.142.586,02, de ICMS, R\$ 1.142.586,02, de multa por infração, e R\$ 77.254,66, de multa por reincidência.

Cientificada da ação fiscal, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – Dte, em 11/11/2021 (fl. 4), a autuada apresentou reclamação, em 10/12/2021 (fls. 32-59).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 82), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, ELIANE VIEIRA BARRETO COSTA, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário, em R\$ 2.079.599,47, sendo R\$ 1.038.942,89, de ICMS, e R\$ 1.038.942,89, de multa por infração, e R\$ 1.713,69, de multa recidiva, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, § 1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (fls.85-107).

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS – CUSTO DE PRODUÇÃO NEGATIVO - INFRAÇÃO CONFIGURADA.OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS E MULTA RECIDIVA – INFRAÇÃO CONFIRMADA EM PARTE. CONTA MERCADORIA – CONCORRÊNCIA.

- Constatação de aquisição de matéria-prima sem documentação fiscal, detectada pela ocorrência de Custo de Produtos Vendidos negativo.

- 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. In casu, exclusão do valor referente das Notas Fiscais nº

48035 e 48630 no levantamento fiscal, pois estavam duplicadas, reduzindo, ipso facto, o crédito tributário.

- Afastada parte a multa recidiva, em observância ao disposto no parágrafo único do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

- Restou configurada a concorrência de infrações consistentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através da constatação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios e evidenciadas por meio de levantamento da Conta Mercadorias no exercício de 2020.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE



Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – Dte, em 20/6/2022 (fl. 109), a autuada apresentou de recurso voluntário, em 19/7/2022 (fls. 110-144).

- Aborda, inicialmente, sobre a tempestividade do recurso e faz um breve resumo dos fatos;

- Em preliminar, argui a nulidade do auto de infração, por descrição genérica das acusações e falta de elementos suficientes para a determinação da matéria tributável;

- Pontua a recorrente que: i) não foram carreados aos autos a demonstração do Resultado Industrial e o Levantamento analítico do estoque dos exercícios de 2019 e 2020, nem a composição do custo de fabricação do período autuado, na acusação de aquisição de mercadorias com receitas omitidas; ii) inexistente nota explicativa para a acusação de falta de lançamento de notas fiscais de entrada e iii) a nota explicativa para a acusação de omissão de saída – conta mercadorias é insuficiente para atender ao disposto no inciso V, do art. 41 da Lei Estadual no 10.094/2013, ou mesmo para determinar a matéria tributável;

- No mérito, diz que a metodologia adotada no auto visando demonstrar a infração não atende ao fim proposto, eis que está a ignorar o fato de que a quase totalidade das saídas da Recorrente dizem respeito à meras operações transferências para seu estabelecimento filial situado em Pernambuco;

- Aduz que, no Registro de Inventário do exercício de 2020, o valor declarado do custo unitário do produto “CANJICÃO”, foi efetuado sem a devida conversão de saco em quilos, induzindo a uma SUPERAVALIAÇÃO do custo dos estoques de matéria prima e ao final, um falso cenário de custo negativo;

- Afirma que na acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios foram consideradas notas fiscais em duplicidade; notas fiscais de produtos com substituição tributária com liberação na saída subsequente e notas fiscais de aquisição de produtos para uso e consumo;

- No que diz respeito à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis – conta mercadorias, diz que a decisão recorrida manteve o lançamento, sem considerar o argumento da Recorrente acerca da inexistência do fato gerador da obrigação tributária do ICMS na mera operação de transferência;



- Ao final, requer o PROVIMENTO do recurso, para o fim de: (i) reconhecer a NULIDADE do lançamento que não traz em si, minimamente, os elementos necessários à determinação da matéria objeto da exigência tributária;

(ii) reconhecer a IMPROCEDÊNCIA do lançamento diante da inexistência das infrações de códigos 0587, 0009 e 0027;

(iii) a improcedência da multa e juros fixados na condição do acessório seguir o principal;

- Por fim, requer, sob pena de nulidade, que as intimações vindouras sejam feitas exclusivamente em nome do advogado Márcio Fam Gondim, OAB/PE nº 17.612, com escritório profissional na Rua Arnóbio Marques, nº 253, Bairro de Santo Amaro, Município do Recife/PE, CEP 50.100-130.

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 os recursos, *hierárquico* e *voluntário*, interpostos contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002307/2021-15, lavrado em 10/11/2021, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminar

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

Neste sentido, a auditoria anexou aos autos demonstrativos e provas capazes de dar suporte às acusações, deixando claro todo o procedimento de auditoria e as irregularidades constatadas pela fiscalização.

Especificamente, em relação à acusação aquisição de mercadorias com receitas omitidas, a auditoria seguiu o disciplinamento do art. 645, § 2º, do RICMS/PB, no que diz respeito ao cálculo da produção.



No que diz respeito às acusações de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e de omissão de saídas de mercadorias tributáveis – conta mercadorias, se referem a técnicas fiscais por demais conhecidas e aplicadas, tornando-se desnecessárias explicações complementares.

Ademais, o sujeito passivo compareceu em ambas as instâncias administrativas, onde pôde exercer o pleno direito de defesa e demonstrando o total entendimento do que estava sendo acusado, portanto, dentro do princípio “*pas nullitté sans grief*”, deixo de acatar a preliminar, por não se configurar qualquer prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório do contribuinte.

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS

Nesta acusação, a fiscalização efetuou o cálculo do Custo de Produção, onde foi apurado valor negativo do Custo dos Produtos Vendidos, no exercício de 2020, conforme demonstrativo (fl. 7), sendo o contribuinte autuado com base nos arts. 150, I e 160, I, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

*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 penalidade foi aplicada 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 adotar 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, cuida, o presente caso, de acusação de aquisição de mercadorias com receitas omitidas, apurada com base na apuração do resultado industrial, onde cabe a exigência do imposto quando o valor das saídas for inferior ao custo dos produtos vendidos (CPV = estoque inicial + (matéria prima + produtos intermediários e embalagens + mão de obra + gastos gerais de fabricação) – estoque final), conforme disciplina o art. 645, § 2º, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 645. Constituem elementos subsidiários para o cálculo da produção e correspondente pagamento do imposto dos estabelecimentos industriais o valor e quantidade de matérias-primas, produtos intermediários e



embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, a mão-de-obra empregada, os gastos gerais de fabricação e os demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques.

§ 1º Apurada qualquer falta no confronto da produção, resultante do cálculo dos elementos constantes deste artigo com a registrada pelo estabelecimento, exigir-se-á o imposto correspondente.

§ 2º Para a exigência do imposto a que se refere o § 1º deste artigo, ter-se-á em conta que o valor das saídas será, pelo menos, igual ao custo dos produtos fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso, observado o disposto no parágrafo único do art. 646, deste Regulamento.

Acontece que o levantamento fiscal apurou CPV negativo, que vem a representar anomalia que tanto pode ser decorrente do pagamento de despesas, relacionadas com a produção industrial, não contabilizadas, como proveniente da superavaliação dos estoques.

Neste sentido, sendo apurado CPV negativo, não se sustenta a hipótese de saídas em valores inferiores ao CPV, tampouco persiste a ilação de aquisição de mercadorias sem registro nos livros próprios, já que a apuração do CPV negativo pode ter sido decorrente de superavaliação dos estoques.

Assim, embora sugira indício de irregularidade, não há, na legislação tributária estadual, previsão para aplicação de presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, devendo a suposta irregularidade ser confirmada por outro método de auditoria fiscal.

Portanto, divergindo da decisão de primeira instância, venho a declarar improcedente a acusação.

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, julho, agosto, setembro e outubro de 2020, e agosto de 2021, sem o correspondente registro de Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativo (fls. 14-16).

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;

Na primeira instância, o julgador monocrático decidiu pela parcial procedência da acusação, excluindo da base de cálculo os valores relativos às Notas Fiscais, nºs 48035 e 48630, por terem sido relacionadas em duplicidade no demonstrativo fiscal.

Por sua vez, a recorrente alega que a auditoria considerou notas fiscais em duplicidade, notas fiscais de produtos com substituição tributária e notas fiscais de aquisição de produtos para uso e consumo.



A respeito das Notas Fiscais consideradas em duplicidade, faço a exclusão, apenas, do valor de R\$ 796,05, relativo à Nota Fiscal nº 132924, de 17/7/2020, já que aqueles referentes às de nº 48035 e nº 48630, já foram excluídos na decisão singular.

No tocante às operações de aquisição de produtos sujeitos à substituição tributária e destinados ao uso e consumo, há que se esclarecer que a exigência fiscal não se refere ao imposto relativo às saídas subsequentes desses produtos, mas ao ICMS referente às vendas pretéritas omitidas cujos recursos foram utilizados para a compra dessas mercadorias.

Quanto à multa por reincidência aplicada, verifica-se pelo Termo de Antecedentes Fiscais do Sistema ATF, que o contribuinte infringiu a mesma infração cometida no presente auto de infração, no processo nº 175.980.2020-5, tendo, a fiscalização, aplicado multa por reincidência, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13, abaixo reproduzido:

Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado. (g.n.).

Todavia, consta dos arquivos da Secretaria, que o processo nº 175.980.2020-5 foi inscrito em Dívida Ativa, em 10/2/2021, configurando ao sujeito passivo a condição de recidivante no período de junho a outubro de 2020, sendo devida a aplicação de multa recidiva, no referido período, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Feitas essas considerações e embasado na legislação de regência e nas provas contidas nos autos, venho a ratificar os termos da decisão monocrática, para considerar inadequada a aplicação de multa recidiva, no mês de agosto de 2021, mantendo-se para os demais períodos.

Conta Mercadorias

A última acusação trata de diferença tributável apurada em Levantamento da Conta Mercadorias, no exercício de 2020, 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 demonstrativo (fl.17).

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.

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

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Na primeira instância, o julgador singular não acolheu os argumentos da impugnante, mas cancelou o crédito tributário referente à acusação por observar concorrência com a infração de aquisição de mercadorias com receitas omitidas.



Por sua vez, a recorrente vem aludir que suas operações de saída são destinadas ao seu estabelecimento filial situado no Estado de Pernambuco, tratando-se de meras operações de transferência, que não se sujeitam à incidência do ICMS.

Em primeiro lugar, com o cancelamento do crédito tributário relativo à infração de aquisição de mercadorias com receitas omitidas, desaparece a concorrência entre aquela infração e a que estamos a tratar.

Com respeito aos argumentos da recorrente, o levantamento fiscal em nenhum momento considerou as transferências realizadas, o que viria até a beneficiá-la por compensar os valores das despesas realizadas.

Neste sentido, a recorrente não conseguiu demonstrar que recursos foram utilizados para suportar os dispêndios relativos às compras de mercadorias e demais despesas do estabelecimento, representado pelo arbitramento de uma TVA de 30% (trinta por cento).

Dessa forma, venho a considerar devido o seguinte crédito tributário:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	DATA INÍCIO	DATA FIM	ICMS	MULTA	RECIDIVA	TOTAL
Aquisição de mercadorias com receitas omitidas	01/01/2020	31/12/2020	-	-	-	-
Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição	01/06/2020	30/06/2020	9.707,40	9.707,40	-	19.414,80
Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição	01/07/2020	31/07/2020	38.352,71	38.352,71	-	76.705,42
Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição	01/08/2020	31/08/2020	80.871,87	80.871,87	-	161.743,74
Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição	01/09/2020	30/09/2020	19.477,54	19.477,54	-	38.955,08
Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição	01/10/2020	31/10/2020	2.529,12	2.529,12	-	5.058,24
Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição	01/08/2021	31/08/2021	3.427,38	3.427,38	1.713,69	8.568,45
Conta Mercadorias	01/01/2020	31/12/2020	102.938,49	102.938,49	-	205.876,98
TOTAIS			257.304,51	257.304,51	1.713,69	516.322,71

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso, hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial* de ambos, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002307/2021-15, lavrado em 10/11/2021, contra a empresa PRIME INDUSTRIA E COMÉRCIO ALIMENTÍCIO EIRELI, inscrição estadual nº 16.330.594-3, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 516.322,71 (quinhentos e dezesseis mil, trezentos e vinte e dois reais e setenta e um centavos), sendo R\$ 257.304,51 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, nos termos dos Art. 158, I e 160, I, c/fulcro Art. 646; e Art. 643, §4º, II, Art. 160, I, c/fulcro, Art. 158, I; e, e Art.646, parágrafo único todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, R\$ 257.304,51 (duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “f”, e “a”, da Lei nº 6.379/96, e R\$ 1.713,69 (mil, setecentos e



treze reais e sessenta e nove centavos), de multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 1.846.103,99 (um milhão, oitocentos e quarenta e seis mil, cento e três reais e noventa e nove centavos centavos), composto de R\$ 885.281,51 (oitocentos e oitenta e cinco mil, duzentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, R\$ 885.281,51 (oitocentos e oitenta e cinco mil, duzentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração, e R\$ 75.540,97 (setenta e cinco mil, quinhentos e quarenta reais e noventa e sete centavos), de multa por reincidência.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por vídeo conferência, em 19 de setembro de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheiro Relator