

PROCESSO Nº 2016152018-9

ACÓRDÃO 0313/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: GOTEMBURGO VEÍCULO LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE.

Autuante: JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR.

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. AUSÊNCIA DE PROVAS MATERIAIS. IMPROCEDÊNCIA. CONTA MERCADORIAS - LUCRO PRESUMIDO. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. MANTIDA SENTENÇA MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. No caso dos autos, a ausência de provas materiais necessárias para o lançamento de ofício motivou a improcedência da acusação, afastando o respectivo crédito tributário lançado na inicial.*

- *Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Conta Mercadorias”, o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e manter, a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002951/2018-98, lavrado em 18/12/2018, contra a empresa GOTEMBURGO VEÍCULOS LTDA., inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.118.416-2, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente Processo.

Ressalto que poderá ser realizado outro feito fiscal, referente à segunda acusação, anulada por vício formal, com a descrição correta dos fatos, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

P.R.E.

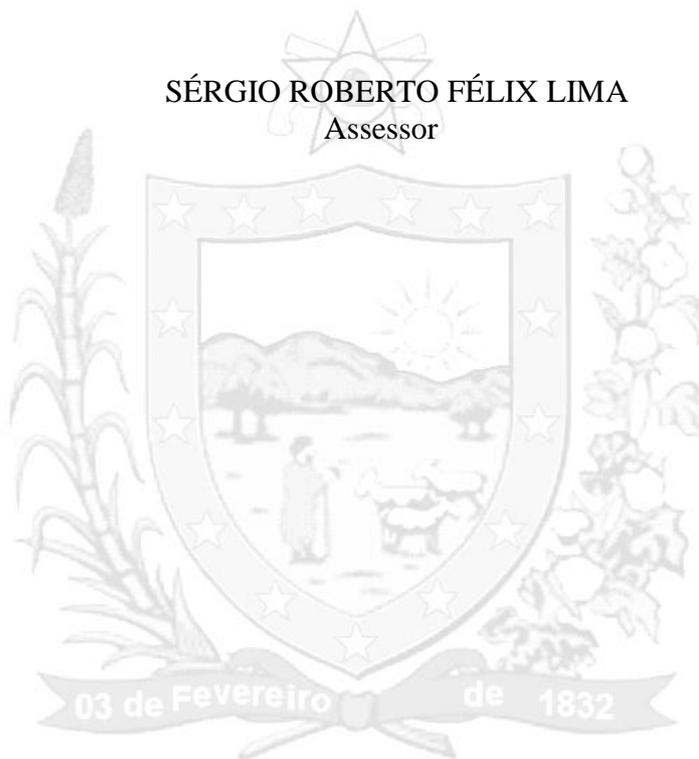
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de junho de 2021.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 2016152018-9
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Recorrida: GOTEMBURGO VEÍCULO LTDA.
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE.
Autuante: JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR.
Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. AUSÊNCIA DE PROVAS MATERIAIS. IMPROCEDÊNCIA. CONTA MERCADORIAS - LUCRO PRESUMIDO. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. MANTIDA SENTENÇA MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. No caso dos autos, a ausência de provas materiais necessárias para o lançamento de ofício motivou a improcedência da acusação, afastando o respectivo crédito tributário lançado na inicial.

- Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de “Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Conta Mercadorias”, o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso de ofício* interposto nos termos do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *NULO* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002951/2018-98, lavrado em 18 de dezembro de 2018, em desfavor da empresa, GOTEMBURGO VEÍCULO LTDA., inscrição estadual nº 16.118.416-2, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO >>
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, 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.

Em decorrência destes fatos, os representantes fazendários lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 462.671,80, sendo R\$ 231.335,90, de ICMS, por infringência ao art. 158, I c/c 160, I c/fulcro no artigo 643, §4º, II e art. 646, e seu parágrafo único, todos do RICMS/PB, R\$ 231.335,90 de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “a”, e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Termos de Início e Encerramento de Fiscalização, Demonstrativos fiscais das Contas Mercadorias, instruem o processo às fls. 5 a 14.

Cientificada da ação fiscal por via postal com Aviso de Recebimento, recepcionado em 14/1/2019, fl. 15, a autuada apresentou reclamação tempestiva, protocolada em 13/2/2019, fl. 16 a 40, juntamente com documentação comprobatória de suas alegações de defesa, apensas às fls. 41 a 380, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- que há nulidades a serem reconhecidas no procedimento fiscal, sendo, a primeira, decorrente de decadência da fiscalização pela extrapolação de prazo máximo de 60 dias para a conclusão da fiscalização tendo a ordem de serviço fixado termo final para encerramento em 05/11/2018, situação que contraria a legislação de regência prevista na Lei nº 10.094/2013;
- que há outra situação de nulidade processual, diante da carência de fundamentação legal dos fatos apurados com indicação de dispositivos infringidos em desacordo com a infração narrada;
- também requer nulidade em razão do desamparo de elementos probatórios suficientes para dar suporte fática da acusação fiscal, caracterizando vício insanável de forma, nos termos dos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/2013;
- que no tocante a Infração nº 0009, informa que parte das notas fiscais supostamente não escrituradas foram registradas nos livros fiscais a tempo e modo, conforme doc. em anexo na defesa;
- que há notas fiscais de entrada que foram canceladas pelas empresas emitentes a vista de erros materiais ou formais no próprio documento emitido ou ainda em virtude de sustação da própria transação, sem ingresso algum de mercadoria no estoque;
- que se verifica a ocorrência de operações fiscais que representam aquisição de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento adquirente, não podendo serem alcançadas pela presunção legal de omissão, visto terem sido consumidas no ciclo econômico do contribuinte adquirente;
- que, também, não cabe a aplicação da presunção na operação fiscal estampada na NF- e de nº 1448, por retratar uma devolução de bem anteriormente adquirido do ativo imobilizado pela NF-e nº 1302, representando uma complementação com baixa do ICMS incidente na operação anterior, não representando uma nova operação mercantil;
- que acerca da Infração nº 0027, aduz não ser devida a aplicação da técnica fiscal que desconsiderou a escrita fiscal por lustrar arbitramento de supostas

omissões de saídas, via conta mercadorias, sendo subtraído do total das entradas de mercadorias o valor das vendas ocorridas no exercício de 2014, para se chegar a diferença indicativa de prejuízo, sendo aplicada uma alíquota de 9,4% à rubrica “estornos de créditos de ICMS pelas saídas abaixo do custo de aquisição” para apurar uma base de cálculo diversa, estranhamente identificada como “omissão de saída de mercadorias”;

- que o procedimento fiscal não é claro ou certo na aplicação da norma presuntiva.

- requer que seja dado provimento à Impugnação, para que seja decretada a nulidade apontada ou o cancelamento do Auto de Infração.

Os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela *nulidade* do feito fiscal, fls. 383 a 389, proferindo a seguinte ementa:

NULIDADE DAS ACUSAÇÕES FISCAIS. FALTA DE PROVAS MATERIAIS DOS FATOS DENUNCIADOS NA INFRAÇÃO N° 0009. ERRO DE DENUNCIAÇÃO DA INFRAÇÃO N° 0027. VÍCIO FORMAL. DENÚNCIAS PREJUDICADAS.

- Nulidade da Infração n° 0009, visto que os lançamentos compulsórios em foco estão sem os elementos de materialidade das citadas denúncias fiscais e, nessas circunstâncias, não se observa os requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo previsto no art. 142 do CTN, motivando a nulidade dos lançamentos apurados.

- Constatou-se um equívoco cometido pela auditoria na descrição da Infração n° 0027, lastreada em falta de recolhimento do ICMS, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, diante de falha na identificação da real repercussão tributária apurada, evidenciando um vício formal de denúncia, susceptível de nova feitura fiscal através de outra peça acusatória por constituir em situação tipificada como prejuízo bruto na movimentação da Conta Mercadorias – Lucro Real.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de DTe em 4/11/2020, fl. 392, a autuada não mais se pronunciou nos autos.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram estes distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de ofício contra decisão de primeira instância que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00002951/2018-98, lavrado em 18/12/2018, contra a empresa GOTEMBURGO VEÍCULOS LTDA., qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Não havendo interposição de recurso voluntário, passo, então a análise do recurso de ofício.

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

A irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros fiscais próprios, nos períodos de março a maio de 2014, agosto de 2014 a abril de 2015, junho e julho de 2015, e setembro a dezembro de 2015, conforme a inicial. Esta conduta omissiva fez surgir a *presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

RICMS/PB:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, assim como a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso.

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

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas; (g. n.)

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

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.

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

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Contudo, observa-se nos autos a falta de elementos probatórios da acusação em tela. Não se vislumbra nenhuma indicação das notas denunciadas como não lançadas, nem demonstrativos, ou cópias dos documentos e dos livros fiscais, que deveriam instruir os autos, o que enseja em um verdadeiro cerceamento do direito de defesa do contribuinte, que em sua Impugnação requereu a nulidade ou o cancelamento da autuação.

Assim, diante da ausência da origem dos fatos geradores apurados, o julgador singular entendeu pela nulidade da acusação por vício material, em razão de erro insanável na demonstração dos fatos denunciados e na coleta dos documentos comprobatórios.

Pois bem. Não há dúvidas quanto a existência de um erro insanável por parte da fiscalização, ao instruir o processo quanto à demonstração das provas imprescindíveis para a constituição do crédito tributário, conforme fundamento do Julgador Fiscal em sua decisão. Contudo, ousou discordar de sua conclusão, de que estaríamos diante de um caso de nulidade por vício material, pois, não há provas nos autos de onde se originou o crédito tributário referente ao fato gerador identificado nos períodos abrangidos na peça acusatória, o que cerceia o direito de defesa do contribuinte, tornando, assim, improcedente autuação em tela.

Portanto, peço vênia ao Douto Julgador monocrático, para discordar de seu posicionamento e reforma sua decisão de nulo para improcedente.

2ª ACUSAÇÃO: OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – EXERCÍCIO DE 2014.

A Conta Mercadorias – Lucro Presumido é uma técnica fiscal que se aplica aos casos em que o contribuinte não possui contabilidade regular, circunstância em que se arbitra o lucro de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas - CMV. Caso, o valor das vendas seja inferior ao CMV acrescido deste lucro, a legislação tributária estadual autoriza a fiscalização a lançar mão da presunção de que houve saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, nos termos do que dispõem os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB, supracitado, e art. 643, § 4º, II do RICMS/PB, *verbis*:

RICMS/PB:

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

§ 3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não mantenha escrituração contábil regular devidamente registrada na Junta Comercial, será exigido o livro Caixa, devidamente autenticado pela repartição fiscal do domicílio do contribuinte, com a escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

§ 4º Para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, onde couber, os procedimentos abaixo, dentre outros, cujas repercussões são acolhidas por este Regulamento:

(...)

II - o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, observado o disposto no inciso III do parágrafo único do art. 24.

Da mesma forma que na acusação anterior, o julgador fiscal também considerou nulo o lançamento ora em questão, mas, por vício de forma, pois o demonstrativo pertinente a esta acusação não se identifica com a omissão de vendas, mas sim pela identificação de PREJUÍZO BRUTO com mercadorias tributáveis, em conformidade com o Levantamento da Conta Mercadorias - Lucro Real, do exercício de 2014, apresentado à fl. 10, cuja repercussão tributária é decorrente da falta de estorno de crédito fiscal na mesma proporção dos valores das saídas terem sido abaixo do custo de aquisição.

Portanto, após análise do demonstrativo que instrui a acusação em pauta, também verifico a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, no que tange à descrição da natureza da infração, bem como na norma legal infringida, pois esta não contém perfeitamente a conduta infracional, de forma que comungo com a decisão preliminar, pois, resta configurado o vício formal previsto no art. 17, II e III da Lei nº 10.094/2013:

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.

Neste sentido, confirmo a existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, 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 inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

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

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.

Diante disso, mantenho a decisão de primeira instância, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade do Auto de Infração inicialmente lavrado, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal em relação à acusação decorrente do Levantamento da Conta Mercadorias (2ª acusação) na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta descrição da infração e tipificação.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e manter, a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002951/2018-98, lavrado em 18/12/2018, contra a empresa GOTEMBURGO VEÍCULOS LTDA., inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.118.416-2, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente Processo.

Ressalto que poderá ser realizado outro feito fiscal, referente à segunda acusação, anulada por vício formal, com a descrição correta dos fatos, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator