



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 103.140.2012-8

Recurso /HIE/CRF-601/2014

RECORRENTE: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

RECORRIDA: LUZIA ANA DANTAS DE ARAUJO.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

AUTUANTE: EDIWALTER DE C V MESSIAS.

RELATORA: CONS^a DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO). NULIDADE PARCIAL. ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS). AJUSTES. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. NULIDADE. PASSIVO FICTÍCIO. REDUÇÃO DA MULTA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A apropriação de créditos do ICMS deve observar os critérios estabelecidos na legislação em vigor. Incompatibilidade na descrição da infração e em um dos complementos feitos em Nota Explicativa acarretou a nulidade de parte da denúncia.

A falta de registro das notas fiscais relativas às aquisições de mercadorias é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Deverão ser objeto de estorno os valores apurados a título de prejuízo bruto na Conta Mercadorias.

A incorreta descrição do fato infringente acarreta a nulidade da infração.

A manutenção no passivo de obrigações já pagas e não contabilizadas caracteriza a existência de passivo fictício.

Ajustes realizados e a redução da penalidade aplicada causaram a sucumbência de parte do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO para alterar os valores da sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00001819/2012-73, lavrado em 30/8/2012, contra a empresa LUZIA ANA DANTAS DE ARAUJO, inscrição estadual nº 16.154.254-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 361.738,52 (trezentos e sessenta e um mil, setecentos e trinta e oito reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 180.869,26 (cento e oitenta mil, oitocentos e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), de ICMS, nos termos dos artigos, 335; 158, I; 160, I; c/fulcro no artigo 646, parágrafo único; art. 119, VIII, c/c art. 272; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto

18.930/97, e R\$ 180.869,26 (cento e oitenta mil, oitocentos e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o valor de R\$ 187.473,63, sendo R\$ 2.377,05, de ICMS, e R\$ 185.096,58, de multa por infração.

Ressalve-se que os valores objeto de nulidade na infração de Crédito Indevido Maior que o Permitido, poderão ser objeto de novo lançamento fiscal nos termos do artigo 173, II, do CTN.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 08 de agosto de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MARAI DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001819/2012-73, lavrado em 30/8/2012, contra a empresa LUZIA ANA DANTAS DE ARAUJO, inscrição estadual nº

16.154.254-9, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2009 e 31/12/2011, constam as seguintes denúncias:

CRÉDITO INDEVIDO (crédito maior que o permitido) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is) em valor maior que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

ITEM 01. CRÉDITO FISCAL MAIOR QUE O INFORMADO PELO EMITENTE DA NOTA FISCAL:

ITEM 07. CRÉDITO INDEVIDO DECORRENTE DE AQUISIÇÃO DE CONTRIBUINTES INAPTOS.

PARA ESTES ITENS, VALORES INSERIDOS NA CONTA CORRENTE DO ICMS, RESULTANDO EM ICMS A RECOLHER.

- FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS) >> Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), resultando na obrigação de recolhimento do imposto estadual.

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro nos livros próprios.

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

ITEM 02. VALOR DA NOTA FISCAL MENOR QUE O REGISTRADO PELO EMITENTE, RESULTANDO EM DIFERENÇA DE ICMS A RECOLHER.

PASSIVO FICTÍCIO (obrigações pagas e não contabilizadas) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Foram dados como infringidos os art. 74 c/c art. 75, §1º; art. 85, III; art. 158, I, art. 160, I, c/fulcro art. 646; art. 106; todos do RICMS/PB, com proposição das penalidades previstas nos art. 82, V, “h” e “f” e art. 82, II, “e”; todos da Lei nº. 6.379/1996, e apurado um crédito tributário de R\$ 549.212,15, constituído de R\$ 183.246,31, de ICMS, e R\$ 365.965,84, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, com AR, datado de 15/10/2012 (*fl. 130*), a autuada não apresentou reclamação, sendo considerada revel conforme Termo de Revelia à *fl. 131*.

Com informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 133*), e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário de R\$ 366.229,23, sendo R\$ 182.982,92, de ICMS e R\$ 183.246,31, de multa por infração, com indicativo de Recurso de Ofício para o Conselho de Recursos Fiscais (*fls. 135 a 137*).

Cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, com AR datado de 18/5/2014 (*fl.142*), a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o Recurso Hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001819/2012-73, lavrado em 30/8/2012, contra a empresa LUZIA ANA DANTAS DE ARAUJO, em epígrafe, conforme denúncias anteriormente relatadas.

Crédito Indevido (Crédito Maior Que o Permitido)

Nesta acusação, a empresa foi autuada por se utilizar de crédito fiscal em valores maiores que o permitido pela legislação, sendo dados como infringidos, o art. 74 e 75, § 1º, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 74. Quando o imposto destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor correto, observadas as normas concernentes à base de cálculo e alíquota aplicável.

Art. 75. Salvo disposição expressa em contrário, não será admitida a dedução do imposto não destacado na nota fiscal ou calculado em desacordo com as normas da legislação vigente.

§ 1º Na hipótese do imposto destacado a menor, o contribuinte poderá creditar-se, apenas, do valor destacado na primeira via da nota fiscal emitida pelo vendedor ou prestador de serviço, observado o disposto no parágrafo seguinte.

O crédito tributário tem origem em diferenças levantadas na reconstituição da conta corrente do ICMS, dos exercícios de 2009 e 2010 (fls. 18 e 19), decorrentes da apropriação de créditos do ICMS, em valores maiores que os informados nos documentos fiscais (fl. 24), e advindos de aquisições de contribuintes inaptos (fl. 26).

Neste sentido, observa-se que a descrição feita em nota explicativa, quanto aos créditos advindos de aquisições de contribuintes inaptos, não guarda sintonia com a acusação de Crédito Indevido Maior que o permitido, devendo, portanto, ser anulada por vício de forma, ressaltando o direito do Fisco de efetuar novo lançamento, nos termos do art. 173,II do CTN, *verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Assim, os valores devidos, para o exercício de 2009, devem ser ajustados, conforme planilha abaixo, subsistindo o valor de R\$ 286,08.

Para o exercício de 2010, após o cancelamento dos valores relativos aos créditos advindos de aquisições de contribuintes inaptos, ainda, resta um valor de R\$ 100,00 que, também, deve ser objeto de improcedência, tendo em vista se tratar de parcela de ICMS declarado e não recolhido.

Falta de Estorno (Prejuízo Bruto com Mercadorias)

Trata-se de acusação de falta de estorno de crédito fiscal decorrente de prejuízo bruto apurado em Conta Mercadorias, na forma prevista no art. 85, III, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o disposto no § 6º:

(...)

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Com efeito, a fiscalização, ao efetuar o levantamento da Conta Mercadoria, no exercício de 2011 (*fl. 14*), detectou vendas de mercadorias tributáveis em valores inferiores aos custos de aquisição (prejuízo bruto), com um ICMS a exigir na ordem de R\$ 15.234,87.

No entanto, o autuante cometeu equívoco ao lançar, diretamente, a diferença encontrada, sem apurar a real repercussão tributária, através da reconstituição da conta gráfica, do exercício levantado, computando tal valor como crédito a estornar no mês de dezembro de 2011, conforme quadro abaixo:

Mês	Saldo	Débitos	Outros	Créditos	Estorno	Saldo a	ICMS a	ICMS	Dif a
-----	-------	---------	--------	----------	---------	---------	--------	------	-------

	Anterior	ICMS	Débitos	ICMS	Créditos	Transferir	Recolher	Recolhido	Recolher
Dez 2011	1.612,40	24.391,44	0	24.261,81	15.234,87	0	13.752,10	0	13.752,10

Assim, procedido aos ajustes, subsiste um crédito tributário de R\$ 13.752,10.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização constatou a realização de compras de mercadorias sem o correspondente registro no livro Registro de Entradas, acarretando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa 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 sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).

Como se observa, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a evidência da entrada de mercadorias não contabilizadas denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, caracterizando omissão de receitas pretéritas através de saídas de mercadorias 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 a falta do registro das notas fiscais de entrada de mercadorias nos livros próprios da empresa impõe a transferência do ônus da prova negativa de aquisição, sob a razão de que foram realizadas compras sem utilização de receita legítima constante do caixa escritural.

Assim, decido pela regularidade do lançamento fiscal, com base nos demonstrativos e documentos fiscais colacionados ao processo (fls. 28 a 125).

Ressalte-se que a matéria é bastante conhecida com entendimento sedimentado neste Colegiado, conforme acórdão nº 016/2012, da relatoria do Cons. João Lincoln Diniz, cuja ementa, abaixo, reproduzimos:

Processo nº 0710642010-7

Recurso HIE/CRF-231/2011

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. RECONHECIMENTO PARCIAL DAS INFRAÇÕES. PARCELAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

As aquisições de mercadorias com notas fiscais não lançadas nos assentamentos próprios do contribuinte, motiva a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Igualmente, comprovou-se a ocorrência de operações de remessa de bonificação e de doação que não motivam repercussão tributária pela falta de desembolso financeiro, o que fez sucumbir, parcialmente, a presunção regulamentar, alcançando a verdade material e a liquidez do crédito tributário devido. Parcelamento do crédito tributário remanescente.

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

FimArquivo#

InicioArquivo#acordao#

Falta de Recolhimento do ICMS

Nesta denúncia, conforme planilha (*fl. 25*), a fiscalização levantou que os valores declarados pelo contribuinte, referentes a operações de aquisição de mercadorias, eram inferiores aos constantes nos respectivos documentos fiscais, tendo lavrado o respectivo Auto de Infração, nos termos do art. 106, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

No entanto, o caso dos autos trata de omissão de receita, em razão de o contribuinte ter declarado as entradas em valores inferiores aos expressos nas respectivas Notas Fiscais, presumindo-se omissão de receitas pretéritas provenientes de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Assim, decido pela nulidade da acusação em razão da descrição do fato infringente não especificar com precisão a irregularidade cometida, deixando dúvidas ao contribuinte na construção de sua defesa.

Ressalte-se, de qualquer forma, que a infração, por se tratar de omissão de receita, apresenta concorrência com a denúncia de passivo fictício, por se referir aos mesmos fatos geradores, assim, desta, deve ser abatida, por ser de menor monta.

PASSIVO FICTÍCIO

Passemos ao exame da denúncia de Passivo Fictício onde a fiscalização autuou o contribuinte, por constatar diferenças tributáveis nos exercícios de 2009, 2010 e 2011.

Como se sabe, o passivo fictício se caracteriza quando a empresa, por falta de disponibilidade no Caixa escritural, contabiliza compras à vista como se a prazo fossem, ou efetua o pagamento de obrigações com receitas extra-caixa, deixando de abater o valor correspondente do saldo da obrigação.

Dessa forma, para fugir de um estouro do Caixa, mantém no passivo obrigações fictícias, ficando sujeita à presunção *júris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma prevista no art. 646 do RICMS/PB.

Art. 646 – O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).

Com efeito, a simples manutenção no passivo da empresa de obrigações pagas denota a existência de passivo fictício, presumindo-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma do art. 646, do RICMS/PB.

***In casu*, a fiscalização, ao efetuar o levantamento da Conta Fornecedores, nos exercícios acima referenciados, encontrou diferenças tributáveis, denotando passivo fictício, conforme levantamentos (fl. 21 a 24).**

Assim, sem que a autuada tenha trazido aos autos qualquer subsídio que pudesse ser utilizado em sua defesa, considero como correto o procedimento da fiscalização.

REDUÇÃO DA MULTA

No tocante à multa aplicada, considerando o advento da Lei 10.008, de 05/06/2013, que começou a produzir efeitos a partir de 1º de setembro de 2013, o percentual da penalidade prevista no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, foi reduzido para um patamar de 100%, conforme

redação que se segue:

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;

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Assim, em virtude de advento de norma mais benéfica para o contribuinte, reduzo a multa aplicada ao patamar de 100% (cem por cento) na forma prescrita no art. 82, V, “f” e “h”, acima descrito.

Dessa forma, aplicando os ajustes efetuados e a redução da penalidade, fica o crédito tributário assim constituído:

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO para alterar os valores da sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001819/2012-73, lavrado em 30/8/2012, contra a empresa LUZIA ANA DANTAS DE ARAUJO, inscrição estadual nº 16.154.254-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 361.738,52 (trezentos e sessenta e um mil, setecentos e trinta e oito reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 180.869,26 (cento e oitenta mil, oitocentos e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), de ICMS, nos termos dos artigos, 335; 158, I; 160, I; c/fulcro no artigo 646, parágrafo único; art. 119, VIII, c/c art. 272; todos do RICMS-PB,

aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 180.869,26 (cento e oitenta mil, oitocentos e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o valor de R\$ 187.473,63, sendo R\$ 2.377,05, de ICMS, e R\$ 185.096,58, de multa por infração.

Ressalve-se que os valores objeto de nulidade na infração de Crédito Indevido Maior que o Permitido, poderão ser objeto de novo lançamento fiscal nos termos do artigo 173, II, do CTN.

Sala das Sessões Presidente Gildemar Macedo, em 8 de agosto de 2016.

SOUSA FURTADO

DOMÊNICA COUTINHO DE

Conselheiro Relator