



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

Processo nº1172062014-8

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:ERNALENE DANTAS CAVALCANTE ME

Advogado:ERICK MACEDO–OAB/PB Nº 10.033

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROC.FISCAIS–GEJUP.

Preparadora:SUBGER.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG.DA PRIMEIRA REGIÃO

Autuante:SIMPLÍCIO VIEIRA DO NASCIMENTO JÚNIOR

Relatora:CONSª.DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

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. In casu, o fato de as mercadorias comercializadas por lojas de conveniência, majoritariamente, serem tributadas por substituição tributária são suficientes para demonstrar a inexistência de repercussão tributária, o que acarretou, ipso facto, o cancelamento do crédito tributário relativo a esta denúncia.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento*, reformando a sentença prolatada na instância singular, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001184/2014-76, lavrado em 17 de julho de 2014, contra a empresa ERNALENE DANTAS CAVALCANTE ME. (CCICMS: 16.147.441-1), eximindo-a de quaisquer ônus decorrente de tal acusação.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de julho de 2018.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Segunda Câmara, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON DAGUNDES DA SILVA e PETRONIO RODRIGUES LIMA

Assessor Jurídico

#RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001184/2014-76, lavrado em 17 de julho de 2014, contra a empresa ERNALENE DANTAS CAVALCANTE ME. (CCICMS: 16.147.441-1), em razão da irregularidade, identificada nos exercícios de 2010 a 2012, abaixo citada:

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa: CONFORME DEMONSTRATIVO ANEXO.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 501.704,68, sendo R\$

250.852,34 de ICMS e R\$ 250.852,34 referente à penalidade de multa, tendo como descumprimento aos arts. 158, I, Art. 160, I com fulcro no art. 646 todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07, cujo valor da penalidade teve por arrimo o art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Demonstrativos instruem o processo às fls. 7 a 27.

Cientificado da autuação por via postal, fl. 31, recepcionado em 20/8/2014, a recorrente se manifestou, tempestivamente, apresentando peça reclamatória protocolada em 12/9/2014, fls. 33 a 42, e anexos às fls. 43 a 46.

Em breve síntese, a reclamante requer a insubsistência da autuação, sob o fundamento de que a fiscalização teria lavrado um Auto de Infração baseado unicamente no relatório e demonstrativo apresentado pelo fiscal autuante.

Aduz ainda, que: a) a ausência de cópias das notas fiscais é causa de nulidade e, consequentemente, não comprova a aquisição de mercadorias por parte da recorrente, b) o art. 646 do RICMS-PB presume a omissão de saídas quando ocorrem entradas de mercadorias não contabilizadas e não por simples ausência de escrituração de notas fiscais, c) reforça que o demonstrativo elaborado pelo fiscal não é prova suficiente para comprovar o recebimento das notas fiscais, tampouco que houve desembolso para pagamento das referidas mercadorias, sendo impossível a elaboração de provas por parte da recorrente por não ser possível a elaboração de prova negativa, chamada “prova diabólica”, d) a recorrente comercializa mercadorias sujeitas à tributação por substituição tributária o que ensejaria a improcedência do auto de infração.

Com informações de não haver antecedentes fiscais relacionados com a acusação em tela, fl. 47, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos à julgadora fiscal, ROSELY TAVARES DE ARRUDA, que decidiu pela procedência da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

EMENTA: NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

O lançamento em questão foi procedido consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam os artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

Caracterizada a omissão de saídas tributáveis, sem o recolhimento do imposto, conforme presunção legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. *In casu*, o contribuinte não trouxe provas capazes de descaracterizar a infração inserta na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 61, recepcionado em 26/4/2017, a autuada se manifestou no prazo regulamentar. Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para

apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

O objeto do recurso voluntário a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou procedente o auto de infração, porquanto constatou que a omissão na escrituração das respectivas notas fiscais tem repercussão tributária e que a recorrente não trouxe ao processo provas que justificassem a ausência de escrituração das notas fiscais de entradas para ela emitidas.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

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.

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.

A suposta 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 próprios nos exercícios de 2010 a 2012. Esta conduta omissiva fez surgir a presunção 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. 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. (g. n.)

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;

Ante o exposto, entendo que o embasamento Legal utilizado para fundamentar a infração cometida estava em consonância com a legislação tributária vigente à época. A correta tipificação da infração tem sua razão de ser na exatidão da penalidade a ser imposta ao infrator, de modo que incorretamente tipificada a conduta resta prejudicada a aplicação da punição.

Superados os aspectos formais, passaremos a analisar o aspecto meritório propriamente dito, o qual está relacionado com a presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, a qual é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido dispositivo.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante esclarecermos que, para a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o artigo 646 do RICMS/PB autoriza 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.

Assim, a exigência dos créditos não está relacionada diretamente às mercadorias consignadas nestas notas fiscais, 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.

Na peça recursal a recorrente repisa as alegações trazidas na defesa, reforça a nulidade devido à ausência da chave de acesso e cópia das notas fiscais.

Aduz que houve afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente, tendo em vista não ter sido notificada do retorno da diligência, na qual, o fiscal

autuante relatou a impossibilidade de informar o número das chaves de acessos. Ademais, a julgadora singular trouxe em seu julgamento as referidas chaves de acesso sem precisar a forma de sua obtenção e sem possibilitar que a recorrente tivesse acesso a todos os elementos nos quais se fundou a decisão e que deveriam ter sido produzidos pelo fiscal autuante no momento oportuno.

Fundamenta seu entendimento citando jurisprudência do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, Acórdão nº 129/2012 o qual trata sobre documento inidôneo por divergência de valores.

Reforça que as mercadorias comercializadas pela recorrente são, majoritariamente, sujeitas à tributação por substituição tributária, devendo ser, no mínimo, tributado proporcionalmente e não na sua integralidade.

Por fim, requer a nulidade do auto de infração por falta de lastro probatório ou, sua improcedência pelo fato das mercadorias comercializadas pela recorrente serem, majoritariamente, tributadas por substituição tributária.

No que se refere à cobrança de ICMS por omissão de saídas pretéritas, 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;

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

Neste aspecto, a recorrente aduz que as mercadorias por ela comercializadas são, majoritariamente, tributadas por substituição tributária, embora a recorrente não tenha trazido ao processo nenhum demonstrativo que comprove suas alegações, esta relatoria, em busca da verdade real, analisou as operações da recorrente, chegando à conclusão de que, com base em todas as notas fiscais emitidas para ela nos anos de 2010 a 2012, associando as NCM's dos produtos às NCM's constantes no ANEXO V do RICMS-PB, constatou-se que, na média das três competências analisadas, 90% (noventa por cento) das mercadorias comercializadas pela recorrente são, de fato, sujeitas à tributação por substituição tributária, não sendo possível presumir omissão de saídas pretéritas, pelo fato do ICMS das respectivas mercadorias já terem sido tributadas nas respectivas entradas.

Além de analisar as operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, dentre os valores com tributação normal, constatamos operações sem repercussão tributária compreendidas nos CFOP's (5910-6910- 5908-5931-6908) – doações e remessas e retornos, tais como demonstrados

abaixo.

Dando forma aos números analisados, resumimos no demonstrativo abaixo os números os quais resultaram no percentual encontrado.

Corroborando com esse entendimento, transcrevemos acórdão 295/2018 desta corte no mesmo sentido.

Processo nº 0441592015-2

ACÓRDÃO Nº. 295/2018

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP.

Recorrida: PROMAC VEÍCULOS MÁQUINAS E ACESSÓRIOS LTDA

Repartição Preparadora: SUBG. DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GER. REG.1ª REGIÃO

Autuante: ANTONIO ANDRADE MOURA

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

EMENTA - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE – RECURSO HIERÁRQUICO 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. In casu, o fato de as mercadorias comercializadas serem tributadas por substituição tributária são suficientes para demonstrar a inexistência de repercussão tributária, o que acarretou, ipso facto, o cancelamento do crédito tributário relativo a esta denúncia

Ante o exposto, não podemos considerar como omissão de saídas pretéritas, pois, para tais operações, em grande maioria, é possível constatar que não houve repercussão tributária pelos motivos expostos acima.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento*, reformando a sentença prolatada na instância singular, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001184/2014-76, lavrado em 17 de julho de 2014, contra a empresa ERNALENE DANTAS CAVALCANTE ME. (CCICMS: 16.147.441-1), eximindo-a de quaisquer ônus decorrente de tal acusação.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de julho de 2018.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora