



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

Processo Nº1461912014-6

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:PACHECO DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E UTILIDADES LTDA

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

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

Autuante:JOSE EDINILSON MAIA DE LIMA

Relatora:CONS.^a MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS – FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA – INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Constatada nos autos a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, presume-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB.

Configura bis in idem a inclusão na base de cálculo do ICMS presumido de mercadorias sujeitas à substituição tributária, cujo imposto já foi recolhido antecipadamente

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº

93300008.09.00001610/2014-71, lavrado em 15 de setembro de 2014 contra a empresa PACHECO DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E UTILIDADES LTDA condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 91.162,80 (noventa e um mil, cento e sessenta e dois reais e oitenta centavos), sendo, R\$ 44.510,78 (quarenta e quatro mil, quinhentos e dez reais e setenta e oito centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, "f" e art. 82, II, "b", da Lei nº 6.379/96, sem prejuízo do ICMS no valor de R\$ 46.652,02 (quarenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e dois centavos) pela regularidade de que se reveste o lançamento de ofício.

Por outro lado, mantém cancelado, por indevido, o total de R\$ 53.256,89 (cinquenta e três mil, duzentos e cinquenta e seis reais e oitenta e nove centavos), pelos motivos expostos anteriormente.

P.R.I

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

Maíra Catão Da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Segunda Câmara, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE) e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA. Por motivos justificados, O CONSELHEIRO PETRÔNIO RODRIGUES LIMA não participou do presente julgamento.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise o recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001610/2014-71, lavrado em 15 de setembro de 2014 em desfavor da empresa PACHECO DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E UTILIDADES LTDA, inscrição estadual nº 16.142.745-6, no qual constam as seguintes acusações:

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS 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 RELATÓRIO DETALHADO DAS NOTAS FISCAIS EM ANEXO – DOCUMENTOS FISCAIS NÃO INFORMANDO NA EFD – EXERCÍCIO 2013 – OPERAÇÃO DOCUMENTOS FISCAIS OMITIDOS.

0028 – NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS

>> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros Registros de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis, conforme documentação fiscal.

NOTA EXPLICATIVA: CONFORME DEMONSTRATIVO EM ANEXO – RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NÃO INFORMADAS NA EFD.

Considerados como infringidos o “artigo 158, I; artigo 160, I, com fulcro no art. 646, bem como os art. 60, I e II, c/c o art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97”, o atuante procedeu ao lançamento tributário de ofício, exigindo o ICMS no valor de R\$ 73.774,81 (setenta e três mil, setecentos e setenta e quatro reais e oitenta e um centavos), com propositura de penalidade pecuniária no importe de R\$ 70.644,08 (setenta mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e oito centavos).

As penalidades propostas, respectivamente, foram as contidas no artigo 82, V, alínea “f” e, artigo 82, II, alínea “b”, ambos da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 7 a 211 dos autos.

Num breve relato dos fatos, tem-se que, em 19/09/2014, o contribuinte foi cientificado do Auto de Infração, às fls. 06. Sua defesa administrativa foi apresentada tempestivamente na data de 20/10/2014, através da qual alega:

1. Em relação à primeira acusação constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios:

a. Que a fiscalização de estabelecimentos se encontra eivada de vícios que originam a improcedência da acusação como um todo;

b. Que, dentre as 72 notas fiscais de aquisição tidas como não lançadas, existem 48 delas que se encontram devidamente registradas no livro registro de entradas da empresa, escrituradas na SPED-FISCAL;

2. Quanto às notas fiscais de aquisição emitidas sob os nºs 9735, 1427, 10638, 11462, 14181, 115586, 171471, 96577, 1421 e 98053, tidas como não lançadas, a impugnante informa que não procedeu com os registros pois não adquiriu as mercadorias ali consignadas e que teria sido vítima da má fé dos emitentes;

3. Quanto à acusação de “falta de recolhimento do ICMS”, a impugnante alega ser totalmente improcedente, tendo em vista que tais notas fiscais tratam de mercadorias que são sujeitas ao

regime de substituição tributária, motivo pelo qual não haveria qualquer imposto a ser pago;

Por fim, pugna pela total improcedência do feito fiscal.

Com a informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 212), foram os autos declarados conclusos (fls. 213) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao Julgador Fiscal Pedro Henrique Silva Barros, que, em sua sentença, decidiu pela procedência parcial do auto de infração *sub judice*, em conformidade com a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS.

A constatação de que ocorreu aquisição de mercadorias sem que houvesse o respectivo lançamento na escrita fiscal e contábil enseja a presunção descrita no art. 646 do RICMS-PB, acarretando a cobrança do ICMS e multa.

Porém, a comprovação de que parte das notas fiscais foi devidamente registrada faz sucumbir a pretensão fiscal quanto a esses documentos.

Não cabe a exigência do imposto estadual decorrente da falta de registro de notas fiscais emitidas, em função de saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificado, em 16 de maio de 2017, da decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresentou, tempestivamente, em 16 de junho de 2017, recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 231 a 238).

Ao final, a recorrente reitera os fundamentos de fato e direito apresentados na reclamação inicial, requerendo por fim, a improcedência do AI em sua totalidade, sendo considerados todos os argumentos, provas e jurisprudência acostadas ao processo.

Remetidos a esta Corte, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Nestes autos, trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001610/2014-71 (fls.), lavrado em 15 de setembro de 2014, contra a empresa PACHECO DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E UTILIDADES LTDA, devidamente qualificada nos autos, cuja autuação versa sobre descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de

lançamentos das notas fiscais nos livros próprios, bem como pela falta de pagamento do ICMS devido, em razão da aplicação do art. 646, IV, ambas identificadas no exercício de 2013, conforme identificadas no Auto de Infração.

No tocante ao recurso interposto pela recorrente, este atendeu ao pressuposto extrínseco da tempestividade, previsto no art. 67 da Lei nº 10.094/13.

Preliminarmente, o sentenciante verificou, em relação à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, especificamente quanto aos fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2014, esta lastreia-se, em verdade, em documentos fiscais emitidos no mês de julho de 2013, período em que deveriam ser lançados no respectivo Livro de Entradas

Nesse aspecto, portanto, irrepreensível a sentença ora vergastada, que, levando em conta as regras do art. 16, e art. 17, II, da Lei 10.094/2013, nulificou, por vício formal, tal acusação, extirpando-a do referido Auto de Infração. Transcrevo:

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;

Esse é o entendimento deste Órgão Colegiado, já manifestado reiteradas vezes, no enfrentamento da matéria. Segue voto da lavra da Cons.^a Gianni Cunha da Silveira Cavalcante, no julgamento do Recurso HIE/CRF-260/2010 (Acórdão 213/2011):

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS ACOLHIDA. ERRO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO.MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Somente nas hipóteses de excesso de poderes ou infração de contrato ou estatuto social, há que se falar em responsabilidade tributária de sócio a esse título ou a título de infração legal.

Constatada a imprecisão quanto à descrição do fato infringente, de modo a dificultar o seu ajustamento à legislação, impõe-se a decretação da nulidade do auto de infração, por vício formal, resguardando-se a possibilidade de realização de novo procedimento fiscal.

Por isso, o Julgador de Primeiro Grau exarou sentença reconhecendo *ex officio* a nulidade por vício formal da acusação, apenas no tocante aos lançamentos realizados decorrente dos fatos geradores ocorridos entre 1º a 31 de julho de 2014, ressaltando a possibilidade de a fiscalização proceder à lavratura de novo libelo acusatório, nos estritos termos do artigo 18 da Lei nº 10.094/2013.

Dando seguimento, tem-se que a fiscalização em comento autuou a empresa por ter adquirido 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.

No caso em discepção, a presunção de omissão de saídas sem o recolhimento do ICMS encontra lastro no art. 646 do RICMS/PB. Veja-se:

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.

Em primeiro lugar, como alegação de defesa, a recorrente sustenta que, das 72 (setenta e duas) notas fiscais apontadas pela fiscalização, 48 (quarenta e oito) delas se encontram devidamente registradas no livro de registro de entradas e escrituradas no SPED-FISCAL. Para tanto, acostou planilha com seus demonstrativos.

Contudo, percebe-se que, na tabela apresentada pela recorrente, às fls. 61, 62 e 63, constata-se devidamente registradas 47 (quarenta e sete) notas fiscais e não as 48 (quarenta e oito) como alegado na defesa inicial.

Entretanto, com referência a essas 47 notas fiscais, demonstra-se correta a insurgência da reclamante, uma vez que restou comprovado que as mesmas foram devidamente registradas. Portanto, em relação a esse ponto, acertada a decisão do Julgador Fiscal de 1ª instância, que julgou improcedente a acusação de falta de registro desses documentos.

Não obstante, quanto ao demais documentos que compõem a acusação, estando de pleno acordo com o entendimento do Julgador *a quo*, tem-se que a inexistência de escrituração nos livros próprios das operações de entradas de mercadorias permite a aplicação da presunção *juris tantum* de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, uma vez que todas as operações de saída de mercadorias devem obedecer ao comando dos arts. 158, I e 160, I do RICMS, 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 de mercadorias;

A impugnante aduz, ainda, que parte das notas fiscais relacionadas na Fiscalização referem-se a operações não realizadas, relativas a mercadorias que não teria recebido, e que tais documentos foram emitidos por terceiros de má-fé.

No entanto, com a falta de lançamento das notas fiscais nos livros próprios, é da recorrente o ônus de provar que tais operações não se concretizaram, nos termos do art. 56, parágrafo único, da Lei 10.094/2013:

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

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

A recorrente, no caso em análise, deixou de acostar aos autos provas que corroborem com tal alegação, de modo que não logrou êxito em afastar a imputação referente às notas fiscais de aquisição emitidas sob os números 9735, 1427, 10638, 11462, 14181, 115586, 171471, 96577, 1421 e 98053, fazendo-se necessária a procedência da acusação referente a esses documentos.

Ainda, o contribuinte alega que a Fiscalização deixou de anexar aos autos cópias das notas fiscais interestaduais, exigência, inclusive, presente na jurisprudência deste Conselho de Recursos Fiscais.

Ocorre que, em que pese ser entendimento assente do Órgão Colegiado a necessidade de instrução do processo administrativo tributário com as cópias das notas fiscais interestaduais, tal exigência não se refere às notas fiscais eletrônicas, mas apenas aos documentos emitidos na forma física.

Como bem observou o Julgador Singular, estando relacionadas nos autos as chaves de acesso, é possível ao contribuinte, para a elaboração de sua defesa, a consulta a todos os documentos fiscais através da internet, de maneira que a ausência das cópias não significa cerceamento do direito de defesa do autuado.

Assim sendo, mantenho a sentença, por irretocável, no que se refere à parcial procedência da acusação de falta de registro das notas fiscais de aquisição, cuja relação encontra-se na tabela colacionada às fls. 222 destes autos.

Por fim, a Fiscalização em comento aferiu a base de cálculo do crédito tributário a partir do valor contábil das notas fiscais que deixaram de ser lançadas no Livro de Registro de Saídas, por força do art. 646 do RICMS/PB.

Nesse ponto, a recorrente logrou êxito em demonstrar que parcela das mercadorias que constam das notas fiscais relacionadas está sujeita à tributação por substituição tributária. Consequentemente, a inclusão destas mercadorias na base de cálculo do ICMS configura verdadeiro *bis in idem* na cobrança do imposto, que já foi recolhido antecipadamente.

Correta, portanto, a reclamação do contribuinte, que pleiteou a improcedência da acusação quanto

aos documentos fiscais que se referem às mercadorias sujeitas ao ICMS-ST, devendo estas serem deduzidas da base de cálculo do imposto, conforme planilha elaborada na sentença da GEJUP às fls. 223/225.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00001610/2014-71, lavrado em 15 de setembro de 2014 contra a empresa PACHECO DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E UTILIDADES LTDA condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 91.162,80 (noventa e um mil, cento e sessenta e dois reais e oitenta centavos), sendo, R\$ 44.510,78 (quarenta e quatro mil, quinhentos e dez reais e setenta e oito centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f” e art. 82, II, “b”, da Lei nº 6.379/96, sem prejuízo do ICMS no valor de R\$ 46.652,02 (quarenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e dois centavos) pela regularidade de que se reveste o lançamento de ofício.

Por outro lado, mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 53.256,89 (cinquenta e três mil, duzentos e cinquenta e seis reais e oitenta e nove centavos), pelos motivos expostos anteriormente.

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

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora