Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº0441592015-2
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP.
Recorrida:PROMAC VEÍCULOS MÁQUINAS E ACESSÓRIOS LTDA
Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO
Autuante:ANTONIO ANDRADE MOURA
Relatora:CONS.ª 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 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

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 pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000540/2015-15, lavrado em 10 de abril de 2015, contra a empresa PROMAC VEÍCULOS MÁQUINAS E ACESSÓRIOS. (CCICMS: 16.000.554-0), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

P.R.E

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de junho de 2018.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Dayse Annyedja Gonçalves Chaves
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

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

Assessor Jurídico

#R E L A T Ó R I O

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000540/2015-15, lavrado em 10/4/2015, contra a empresa PROMAC VEÍCULOS MÁQUINAS E ACESSÓRIOS. (CCICMS: 16.000.554-0), em razão da irregularidade, identificada nos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013, 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.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R$ 85.637,83, sendo R$ 34.255,11 de ICMS, R$ 34.255,11 referente à penalidade de multa e R$ 17.127,61 referente à multa por reincidência, 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. 15 a 32.

Cientificado da autuação pessoalmente, fl. 06, recepcionado em 15/4/2015, a recorrente se manifestou, tempestivamente, apresentando peça reclamatória protocolada em 15/05/2015, fls. 37 a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

42, e anexos às fls. 43 a 49.

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 nas informações do SPED FISCAL.

Aduz ainda, que: a) não houve aquisição de bens por parte da recorrente, b) não houve aquisição de mercadoria para revenda, c) a natureza jurídica de todas as operações relacionadas é de empréstimo ou de remessa em consignação, d) os referidos bens não se enquadram no conceito de mercadoria, portanto, não ocorrendo o fato gerador do ICMS, por fim, requer a insubsistência do auto de infração.

Com informações de haver antecedentes fiscais relacionados com a acusação em tela, fl. 33, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos ao julgador fiscal, LEONARDO DO EGITO PESSOA, que decidiu pela improcedência da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

EMENTA: FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTRIBUNTE OPERA PREPONDERANTEMENTE COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

A presunção legal insculpida no art. 646 do RICMS-PB fora elidida em decorrência da comprovação de que a Atuada comercializava, preponderantemente, com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 63, recepcionado em 9/8/2017, a autuada não 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**.**

V O T O

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

da autoridade julgadora singular para improceder o lançamento de oficio, porquanto constatou que a omissão na escrituração das respectivas notas fiscais na há repercussão tributária devido ao fato de a recorrente comercializar mercadoria, preponderantemente, sujeita ao regime ao regime de substituição tributária, portanto, o ICMS já fora paga na entrada.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

exercícios de 2010 a 2013. 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;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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):

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

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, entretanto, no tocante à penalidade aplicada, entendo que está incompleta, pois não fundamentou a muita recidiva.

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.

Por outro lado, não há previsão legal para declarar nulo lançamento com base em erro no enquadramento da penalidade, no máximo, reformar para aplicação da penalidade correta, senão vejamos as hipóteses de declaração de nulidade regulamentadas pela legislação tributária estadual.

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 presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, contudo, 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 quetodas 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

tributação e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

Após analisar as notas fiscais relacionadas na autuação, realizando consulta por meio do portal da NFe, constatamos que para maioria das operações realizadas por essas notas não houve desembolso financeiro e para as que houve, são peças automotivas, sujeitas à substituição tributária, conforme protocolo de ICMS 97/10, relacionadas no ANEXO V do RICMS-PB.

PROTOCOLO ICMS 97, DE 9 DE JULHO DE 2010

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins, neste ato representados pelos Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação e Gerente de Receita, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e no art. 9° da Lei Complementar n° 87, de 13 de setembro de 1996, resolvem celebrar o seguinte

PROTOCOLO

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subseqüentes.

(...)

Corroborando com a nossa análise, seguem exemplos de quatro operações identificadas entre as notas relacionadas na autuação:

Portanto, analisando as operações da empresa, não podemos considerar como omissão de saídas pretéritas, pois, para tais operações, em sua maioria, é possível constatar que não houve repercussão tributária pelos motivos expostos acima.

De fato, a decisão proferida em primeira instância, que cancelou créditos tributários relativos às notas fiscais descritas, mostra-se irretocável, uma vez que os registros contábeis e fiscais da autuada comprovam que por tratar-se de empresa do ramo automotivo, as mercadorias por ela comercializadas são, preponderantemente, sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme demonstrativos já apresentados pelo julgador singular às fls. 58 e 59.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, mantendo a sentença prolatada na instância singular, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000540/2015-15, lavrado em 10 de abril de 2015, contra a empresa PROMAC VEÍCULOS MÁQUINAS E ACESSÓRIOS. (CCICMS:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

16.000.554-0), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de junho de 2018..

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

Phoca PDF