



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

Processo 030.454.2012-5

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 091/2015

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

1ª Recorrida: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

2ª Recorrente: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: SÉRGIO RICARDO A. NASCIMENTO.

Relator(a) CONSª. NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CRÉDITO INDEVIDO. AJUSTES. REDUÇÃO NA DIFERENÇA TRIBUTÁVEL. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. SUPERVENIÊNCIA DE LEI DEFINIDORA DE INFRAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. PENALIDADES REDUZIDAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO.

É ilegítimo o uso de crédito fiscal oriundo de mercadorias sujeitas à substituição tributária. In casu, apesar de a defendente não ter trazido aos autos provas documentais para desconstituir o feito fiscal, foram feitos ajustes, expurgando a parte comprovadamente indevida. Sobremais, aplicou-se retroativamente a lei definidora de penalidade pecuniária mais favorável ao contribuinte, nos termos do CTN.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000242/2012-82, lavrado em 31 de março de 2012, contra COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, contribuinte inscrito no CCICMS sob n.º 16.151.922-9, devidamente qualificado nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de **R\$ 57.271,36** (cinquenta e sete mil, duzentos e setenta e um reais e trinta e seis centavos), sendo **R\$ 28.635,68** (vinte e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e oito centavos) de ICMS fulcrado nos arts. 391, §6º; 158, I; 160, I; 166 c/c 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. n.º 18.930/97 e **R\$ 28.635,68** (vinte e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e oito centavos) de multa, com fundamento legal nas alíneas “h” e “f” do inciso V do art. 82 da Lei n.º 6.379/96, com nova redação dada pela Lei Estadual n.º 10.008, de 5/6/2013.

Em tempo, mantendo cancelado, crédito tributário na quantia de R\$ 29.565,09, sendo R\$ 403,95

(quatrocentos e três reais e noventa e cinco centavos) de ICMS e R\$ 29.161,14 (vinte e nove mil cento sessenta e um reais e catorze centavos) de multa por infração, pelos motivos acima expendidos.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de março de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, GILVIA DANTAS MACEDO, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000242/2012-82, lavrado em 31 de março de 2012, segundo o qual, a autuada, COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

CRÉDITO INDEVIDO (ICMS NORMAL EM OP. SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA). Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte ter aproveitado indevidamente como crédito fiscal, o ICMS Normal destacado em documento(s) fiscal(is), oriunda de operação sujeita ao regime de substituição tributária, cuja fase de tributação já estava encerrada.["CONTRIBUINTE SE

CREDITOU DE ICMS DE PRODUTOS SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”]

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. [“CONTRIBUINTE DEIXOU DE LANÇAR DIVERSAS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO”]

Por consequência das supracitadas infrações, a autuada ficou sujeita ao recolhimento do crédito total de R\$ 86.836,45 (oitenta e seis mil, oitocentos e trinta e seis reais e quarenta e cinco centavos), sendo R\$ 29.039,63 (vinte e nove mil, trinta e nove reais e sessenta e três centavos) de ICMS fulcrado nos arts. 391, §6º; 158, I; 160, I c/c 646, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 57.796,82 (cinquenta e sete mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta e dois centavos) de multa, com fundamento legal nas alíneas “f” e “h”, do inciso V do art. 82 da Lei nº. 6.379/96.

Foram anexados aos autos, às fls. 06 a 12, pelo autor do feito fiscal, os documentos que deram suporte a peça acusatória.

Notificada em 24 de abril de 2012, via o AR de fl. 14 dos autos, a autuada, por intermédio de procurador legalmente constituído as fls. 37 e 38, exercendo o direito estampado no art. 708 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, apresentou sua impugnação, a qual sintetizamos abaixo:

preliminarmente:

· argumenta que é nulo o procedimento fiscal desencadeador do ato administrativo o qual deu origem a inicial sob análise, uma vez que, não tendo sido motivado, feriu frontalmente os princípios do contraditório e ampla defesa, estando, inclusive, contrariando o preceito do art. 142 do CTN. Em corroboração a referida tese colacionou a peça impugnatória, vários excertos doutrinários e jurisprudenciais

no mérito:

· assevera que a fiscalização não examinou detidamente os livros e documentos fiscais e contábeis da autuada, baseando-se, tão somente, em provas superficiais, indiciárias e não comprovadas, fatos que, por si só, revelam “a singela fragilidade do trabalho fiscal realizado”;

· acrescente que apenas uma “**PROFUNDA E MINUCIOSA ANÁLISE** dos lançamentos contábeis da Reclamante” seria capaz de revelar a verdade dos fatos, e não um exame restrito aos “dados lançados em documentos”. Cita em seu favor, algumas doutrinas e jurisprudências pátrias;

· pontua que a multa imputada a reclamante seria confiscatória, porquanto, além de não ter agido dolosamente, esta se mostra desproporcional e, conseqüentemente, agride os princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Em consonância com a referida tese, cita algumas decisões do STF que “repudiou qualquer tipo de cobrança que tivesse cunho ou caráter confiscatório, mesmo antes da existência do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988”;

· por fim, lastreando-se nas teses impugnatórias resumidas acima, pede que se julgue improcedente o presente feito fiscal.

Foram anexados aos autos pela reclamante, às fls. 25 a 62, os documentos que entendeu

necessário.

Em contestação, o autuante, ao analisar a peça reclamatória, ponto a ponto, reafirma o feito fiscal, pedindo, por consequência, a sua manutenção integral.

Verificado que a autuada possui antecedentes fiscais, sem reincidência, e emitido o Termo de Conclusão, o processo em tela foi remetido a este Órgão Julgador monocrático, o qual o devolveu a Repartição Preparadora para que providenciasse a Diligência de fls. 70 e 71 dos autos.

Em resposta a referida diligência, a autoridade fazendária colacionou aos autos os Documentos de fls. 72 a 90.

Ato contínuo, os autos foram novamente remetidos à GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Alexandre Sousa Pitta Lima, que decidiu pela *parcial procedência* do auto de infração, ao acolher os ajustes efetuados pela Fiscalização, em relação à denúncia de crédito Indevido, e promovendo redução da penalidade original, ao fundamento da disciplina emanada do art. 106, II, “c” do CTN e da Lei Estadual n 10.008/2013.

Diante do que o crédito tributário ficou restrito ao valor de R\$ 57.271,36, distribuído em iguais valores de multa infracional, consoante sentença exarada às fls. 92 a 100.

Interposto o recurso hierárquico e, cientificada da decisão monocrática, em 23/03/2015 (fl. 103), a autuada tempestivamente interpõe recurso voluntário, na data de 07/04/2015 (fls. 105 a 114), alegando as mesmas razões trazidas por ocasião da Impugnação, embora com mais ênfase.

Com esses argumentos, pugna pela improcedência do auto de infração com o consequente arquivamento, e requer que as futuras intimações inerentes ao processo sejam realizadas exclusivamente em nome de RICARDO MALACHIAS CICONELO, advogado inscrito na OAB/SP. Sob o nº 130.857, com escritório profissional na Alameda Santos, nº 200, 4º andar, São Paulo/SP, sob pena de nulidade.

Aportados os autos nesta Casa, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento da matéria de que dispõem.

Está relatado.

VOTO

A contenda em análise se reporta às seguintes acusações: falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte ter aproveitado indevidamente como crédito fiscal, o ICMS Normal destacado em documento(s) fiscal(is), oriunda de operação sujeita ao regime de substituição tributária, cuja fase de tributação já estava encerrada; 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.

Liminarmente, ao examinarmos a preliminar de nulidade do procedimento fiscal, lastreado na alegação impugnatória da qual, por este não ter sido motivado, feriu frontalmente os princípios do

contraditório e da ampla defesa, inclusive, contrariando o preceito do art. 142 do CTN, hei de esclarecer que impossível dar razão a defendente, uma vez que a peça vestibular do processo em questão está de pleno acordo com as formalidades exigidas pelo art. 692 do Decreto Estadual 18.930/97 (RICMS), e, portanto, não existindo qualquer vício formal.

Isso porque, ao contrário do alegado pela defendente, os atos administrativos de lançamento e imposição de penalidade foram suficientemente motivados em seu Documento formalizador de fls. 03 e 04 dos autos, especificamente nos campos “Descrição da Infração” e “Nota Explicativa”, pois estes não deixaram dúvidas de que o crédito indevido adveio do aproveitamento de crédito fiscal de operações comerciais cujas mercadorias estariam sujeitas ao regime da substituição tributária e os documentos fiscais de aquisição não foram devidamente escriturados nos livros fiscais e/ou contábeis da reclamante.

Aliás, cumpre-nos informar que a impugnação se refere equivocadamente a uma descrição fática não correspondente com a constante da inicial, mostrando-nos com isto a superficialidade do exame dos autos procedido pela reclamante, transparecendo, desse modo, que tal peça teve objetivo meramente protelatório.

Ademais, é sabido que o que determina a nulidade do ato administrativo é sua ilegalidade ou ilegitimidade. Praticado por pessoa competente, tendo por finalidade o interesse público, com forma prescrita ou não defesa em lei, vinculada a motivo legal e visando objeto lícito, o ato administrativo não pode ser objeto de nulidade. Todos esses requisitos se fizeram cumprir no presente feito, de nada valendo a apelação recursal de que há vício na lavratura do auto de infração.

Por tudo isso, rejeito as argüições de nulidade suscitadas pela defendente.

Passemos à análise de mérito.

OMISSÃO DE VENDAS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – CABIMENTO.

Trata-se de questão de prova a cargo do contribuinte acusado, visto que o fato relatado no auto de infração tem suporte em presunção relativa da sua ocorrência, mas, por ser relativa, admite a prova modificativa ou extintiva do fato e, por consequência, trazendo alterações ou a sucumbência da ação fiscal. Esse ônus, contudo, cumpre ao atuado, em face da previsão legal que se estampa na legislação de regência.

O art. 646, caput, do RICMS/PB, é bastante claro quanto à prova contrária à presunção que se estabelece em favor do Fisco, nos termos abaixo transcritos:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimento 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.).

Dessa forma, são afrontados os arts. 158, I e 160, I, do mencionado diploma legal, *in verbis*:

“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”.

Do exposto, depreende-se que não cabe à fiscalização a prova modificativa ou extintiva do fato objeto da acusação fiscal consistente de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis constadas por meio de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, mas, sim, à autuada, em consequência da inversão do ônus da prova, que lhe atribui a norma inserta no dispositivo acima transcrito.

À litigante impunha-se a obrigação de, acusada, provar sua inocência, de vez que somente ela é detentora dos elementos para tanto. É o caso da inversão das provas, tutelado pelo Direito Tributário, determinado pela própria circunstância de ser o comerciante o senhor da propriedade e da posse dos livros fiscais e contábeis e dos documentos a eles inerentes. O descaso ou a subestimação a esse princípio implica na credibilidade da acusação pressupondo-se a conformação tácita do acusado.

Tendo em vista que a autuada não trouxe aos autos qualquer alegação ou provas capazes de inocentá-la, resta-me apenas confirmar a decisão do julgador singular, e manter a procedência da acusação fiscal em referência.

CRÉDITO INDEVIDO - ICMS NORMAL EM OP. SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – AJUSTES REALIZADOS – JULGAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Quanto à acusação de falta de recolhimento do ICMS decorrente da apropriação indevida de créditos fiscais de ICMS/Normal em operações sujeitas À Substituição Tributária, corroboro *in totum* com o julgador singular que manteve em parte o lançamento de ofício, haja vista a necessidade de reconstituição da conta gráfica do ICMS.

Portanto, confirmo, nesse quesito, a decisão do juízo monocrático.

In casu, a autoridade fazendária, a princípio, não tinha realizado o exame auditoria segundo o que preceitua o art. 82, V, “h”, da Lei 6.379/96, ou seja, não reconstituiu a conta corrente de ICMS para verificar se tal creditamento indevido repercutiu em falta de recolhimento do imposto.

Contudo, verificado o erro, pelo julgador singular, foi solicitado (fls. 70 e 71) ao auditor fiscal para que este reconstituísse a conta corrente de ICMS do contribuinte, no intuito de verificar se havia falta de recolhimento de ICMS, e em que mês a utilização indevida de crédito fiscal repercutiria nesta falta, pois no período no qual isto fosse verificado, se diferisse do que foi imputado na inicial, devê-lo-

ia ser objeto de lançamento complementar, formalizado mediante o termo complementar de infração, nos moldes do art. 696, I, do RICMS/PB, ou, em sendo identificado um valor inferior ao lançado na inicial, cabível seria o afastamento dos autos do valor indevidamente cobrado.

Posteriormente, pelo que se vê do processo, não obstante ter sido reconstituída a conta corrente de ICMS – fl. 73 dos autos –, e este ter repercutido em períodos e valores diferente dos imputados na inicial, a autoridade fazendária não editou os atos administrativos vinculados de lançamento (Termo Complementar de Infração) referentes aos meses nos quais os créditos indevidos resultaram em falta de recolhimento do imposto a maior, porquanto, em razão de já se ter operado a decadência, nos termos do art. 150, §4º, da lei 5.172/66 (CTN), não é mais possível à formalização destes valores pelo Fisco.

No que se refere aos valores dos meses onde houve redução do montante do imposto exigido na inicial (fevereiro, março e setembro de 2009), após a reconstituição da Conta Gráfica, procedemos a sua competente correção, conforme se vê da planilha anexa a esta decisão.

Com efeito, resulta infração fiscal a falta de pagamento do imposto estadual em decorrência da apropriação do ICMS/Normal em operação de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, visto que o pagamento do imposto sob esse regime de tributação encerra a fase de tributação, não se admitindo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, exceto nas hipóteses previstas na legislação, o que não é o caso dos autos (Aplicação do art. 391, § 6º do RICMS/PB).

Quanto à penalidade sugerida no auto infracional, concordo com o entendimento da instância prima, quanto à aplicabilidade da lei posterior mais benigna.

Em verdade, à época da prática das irregularidades acima citadas a dicção do art. 82, V, “f” e “h”, da Lei Estadual nº 6.379/96, estabelecia sanção por infração no percentual de 200% sobre o valor do ICMS devido.

No entanto, com o advento da Lei nº 10.008/13 (DOE de 8/6/13) que produziu efeitos a partir de 1/9/2013, as penalidades relacionadas às infrações por descumprimento da obrigação principal correspondente ao ICMS passaram a ser estabelecidas com patamar inferior ao que previam os dispositivos correlatos, previstos na Lei Estadual nº 6.379/96.

Considerando essa circunstância, e, principalmente, o Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, entendo cabível a aplicação da multa por infração, disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que as multas por infração, antes consistentes no percentual de 200% sobre o valor do ICMS, passaram ao percentual de 100% sobre o valor do imposto devido.

Em face de todo o exposto, o crédito tributário devido ao Erário estadual passa a ser constituído dos seguintes valores:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

PERÍODO	BASE DA	AUTO DE INFRAÇÃO	VALORES DEVIDOS
---------	---------	------------------	-----------------

ACUSAÇÃO

		ICMS	MULTA	ICMS	MULTA*	TOTAL
ago/07	CRÉDITO INDEVIDO	282,44	282,44	282,44	282,44	564,88
jan/09	CRÉDITO INDEVIDO	244,90	489,80	244,90	244,90	489,80
fev/09	CRÉDITO INDEVIDO	111,02	222,04	28,54	28,54	57,08
mar/09	CRÉDITO INDEVIDO	95,40	190,80	63,07	63,07	126,14
ago/09	CRÉDITO INDEVIDO	34,78	69,56	34,78	34,78	69,56
set/09	CRÉDITO INDEVIDO	342,72	685,44	53,58	53,58	107,16
out/09	CRÉDITO INDEVIDO	154,43	308,86	154,43	154,43	308,86
nov/09	CRÉDITO INDEVIDO	10,00	20,00	10,00	10,00	20,00
dez/09	CRÉDITO INDEVIDO	2,04	4,08	2,04	2,04	4,08
jan/08	FALTA DE L ANÇAMENTO	1.181,50	2.363,00	1.181,50	1.181,50	2.363,00
fev/08	FALTA DE L ANÇAMENTO	9.905,73	19.811,46	9.905,73	9.905,73	19.811,46
abr/08	FALTA DE L ANÇAMENTO	2.447,43	4.894,86	2.447,43	2.447,43	4.894,86

mai/08	FALTA DE L ANÇAMENTO	1.567,17	3.134,34	1.567,17	1.567,17	3.134,34
dez/08	FALTA DE L ANÇAMENTO	5.048,49	10.096,98	5.048,49	5.048,49	10.096,98
fev/09	FALTA DE L ANÇAMENTO	7.611,58	15.223,16	7.611,58	7.611,58	15.223,16
TOTAL		29.039,63	57.796,82	28.635,68	28.635,68	57.271,36

*** PENALIDADE REDUZIDA CONSOANTE LEI Nº 10.008/2013**

Quanto à alegação da reclamante de que a penalidade pecuniária decorrente do ilícito administrativo fiscal que lhe foi irrogado nesta lide tem efeito confiscatório, sendo, dessa maneira, contrário a Constituição da República, não tem este Órgão Julgador competência para decidir sobre o fato alegado, conforme o disposto no art. 55, I, da Lei 10.094/2013, *in verbis*:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Com esses fundamentos,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo *desprovemento de ambos*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000242/2012-82, lavrado em 31 de março de 2012, contra COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.151.922-9, devidamente qualificado nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de **R\$ 57.271,36** (cinquenta e sete mil, duzentos e setenta e um reais e trinta e seis centavos), sendo **R\$ 28.635,68** (vinte e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e oito centavos) de ICMS fulcrado nos arts. 391, §6º; 158, I; 160, I; 166 c/c 646, V, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e **R\$ 28.635,68** (vinte e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e oito centavos) de multa, com fundamento legal nas alíneas “h” e “f” do inciso V do art. 82 da Lei nº. 6.379/96, com nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008, de 5/6/2013.

Em tempo, mantendo cancelado, crédito tributário na quantia de R\$ 29.565,09, sendo R\$ 403,95 (quatrocentos e três reais e noventa e cinco centavos) de ICMS e R\$ 29.161,14 (vinte e nove mil cento sessenta e um reais e catorze centavos) de multa por infração, pelos motivos acima expendidos.

Sala das Sessões da Primeira Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais Pres.
Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de março de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora