



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

PROCESSO Nº 027.459.2014-6

Recurso HIE/CRF n.º 340/2015

RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

RECORRIDA: CANTU COMÉRCIO DE PNEUMÁTICOS LTDA

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

**AUTUANTES: ANTONIO FIRMO DE ANDRADE/EDIWALTER DE CARVALHO VILARINHO
MESSIAS**

RELATORA: CONS^a. DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA

PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS. PENALIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. TARE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

No caso em apreço, o prejuízo bruto verificado no Levantamento da Conta Mercadorias não ensejou repercussão tributária diante do saldo credor existente, acarretando a sucumbência da exigência do imposto.

Confirmadas em parte as omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, fundamentadas na falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, haja vista a devolução de parte das mercadorias de acordo com documentos fiscais.

Constatada a falta de recolhimento do valor mínimo do ICMS previsto no Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), celebrado entre o contribuinte e a receita estadual, logo acertada a autuação pela falta de recolhimento do ICMS, todavia, afastado o crédito tributário cobrado em relação aos períodos em que o citado TARE se encontrava cassado.

Ajustes realizados no percentual da multa aplicada, em face do advento de lei posterior mais benigna.

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

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento 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 desprovidimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000274/2014-40, lavrado em 25 de fevereiro de 2014, contra a empresa CANTU COMÉRCIO DE PNEUMÁTICOS LTDA., inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.182.868-0, devidamente qualificada nos autos, obrigando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 84.207,94 (oitenta e quatro mil, duzentos e sete reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 55.879,44 (cinquenta e cinco mil, oitocentos e setenta e nove reais e quarenta

e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/c art. 166-U, com fulcro no art. 646, e art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 28.328,50 (vinte e oito mil, trezentos e vinte e oito reais e cinquenta centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e”, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 512.333,92 (quinhentos e doze mil, trezentos e trinta e três reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 242.391,49 (duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e noventa e um reais e quarenta e nove centavos) de ICMS e R\$ 269.942,43 (duzentos e sessenta e nove mil, novecentos e quarenta e dois reais e quarenta centavos) de multa por infração, pelas razões expendidas no voto.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2017.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, GILVIA DANTAS MACEDO, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO (Suplente), DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e NAYLA COELI DA COSTA BRITO .

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso hierárquico interposto perante este Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000274/2014-40 (fl. 3), lavrado em 25/2/2014, contra a empresa acima identificada, em razão das seguintes acusações:

“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.

Nota Explicativa. Exercício 2013.

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 fis

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

Nota Explicativa. Para os meses de 02 e 03/2012, 02 a 06/2013, detecta-se o descumprimento do recolhimento mínimo, conforme cláusula décima terceira do TARE, valor total devido do ICMS R\$ 274.933,53 (Anexo).”

Considerando infringidos os arts. 85, III, 106, 158, I, 160, I, com fulcro no art. 646, parágrafo único, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os agentes fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 596.541,86, sendo R\$ 298.270,93 de ICMS e R\$ 298.270,93 de multa por infração com arrimo no art. 82, V, ‘a”, “f” e “h”, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios anexos às fls. 5/51 dos autos.

Cientificado da lavratura do auto de infração ora em comento, por meio de Aviso de Recebimento - AR (fl. 53), em 1º/4/2014, o contribuinte não se manifestou nos autos, daí sobreveio a lavratura do Termo de Revelia (fl. 55).

Sem informações de antecedentes fiscais (fl. 56), os autos foram conclusos (fl. 57) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 58), que os devolveu à preparadora para fins de inscrição do débito na dívida ativa, em conformidade com a inteligência emergente do art. 12, § 1º, da Lei nº 10.094/2013.

Dando seguimento, o contribuinte impetrou recurso de agravo, por meio do Processo nº 0743992014-7 (fls. 87/92), pleiteando a nulidade da intimação feita com Aviso de Recebimento, bem como o acolhimento da reclamação apresentada dia 9/5/2014. Apreciado o recurso de agravo, este foi recebido e provido pelo Conselho de Recursos Fiscais, em conformidade com o Acórdão nº 296/2014 (fls. 67/73), determinando o retorno do presente contencioso ao trâmite processual regulamentar, por isso os autos foram novamente enviados ao órgão julgador monocrático (fl. 102) para exame da peça impugnatória (fls. 75/101).

Na impugnação (fls. 75/101), em preliminar, o contribuinte requer a nulidade do auto de infração, por considerar inválida a sua intimação via postal, com Aviso de Recebimento, uma vez que não mais existia no estado da Paraíba, por isso entende que foram violados os princípios do contraditório e ampla defesa.

No mérito, o reclamante expõe sua irresignação com as irregularidades que lhes foram imputadas pela fiscalização, alegando que:

- 1) Quanto à falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, no período de 1/8/2012 a 31/8/2012, consiste na recusa de recebimento das Notas Fiscais nº 3309 e 3752, as quais somam o valor total de R\$ 117.564,52, conforme documentos anexos às fls. 91/95;
- 2) Com referência à falta de recolhimento mínimo do ICMS devido, nos períodos de fevereiro e março/2012, a impugnante rechaça as acusações em questão, afirma que o recolhimento do ICMS alcançou os valores de R\$ 49.498,96, no mês de fevereiro/2012, consoante papéis às fls. 96/101, e R\$ 55.800,46, no mês de março/2012, todavia, por problemas no sistema da SER/PB, não conseguiu juntar todos os documentos probantes, requerendo que o órgão julgador o faça, assim como o cancelamento da denúncia;
- 3) No tocante à falta de recolhimento de ICMS, no período de 2/2013 a 6/2013, o contribuinte alega que não ocorreu o ato infracional em referência, pois havia solicitado o cancelamento (fl. 90) do TARE 2011.000068, em 27/12/2012, em virtude de alteração na Resolução nº 13/2012, do Senado Federal, que fixou em 4% a alíquota do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior;
- 4) Pleiteia ainda a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a fim de reduzir a penalidade sugerida pela fiscalização, dizendo que a multa tornou-se um valor impagável diante da sua realidade econômica.

Por fim, requer a improcedência do feito fiscal.

Na GEJUP, os autos foram distribuídos ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que requereu à Auditoria Jurídica da instância prima, com fundamento no princípio da verdade material, a juntada de documentos (fls. 105/116) extraídos do sistema ATF essenciais ao deslinde da contenda (fl. 104). Apreciado o mérito da lide fiscal, o julgador singular decidiu pela parcial procedência (fls. 117/126) da exordial, em conformidade com o entendimento esposado na ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

“PRELIMINAR. NULIDADE. INDEFERIDA. PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. INOBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO DE RECOLHIMENTO MÍNIMO PREVISTO NO TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE.

- Diante do provimento do Recurso de Agravo interposto pelo sujeito passivo, por erro de citação, houve o devido recebimento e conhecimento da peça reclamatória apresentada, sendo descabida a pretensão de nulidade do Auto de Infração por cerceamento de do direito de defesa.

- A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição obriga o contribuinte a efetuar o estorno dos créditos na proporção da redução verificada, em obediência ao Princípio da Não Cumulatividade do ICMS. No caso em apreço, o prejuízo bruto verificado no Levantamento da Conta Mercadorias não ensejou repercussão tributária diante do saldo credor existente, acarretando a sucumbência da exigência do imposto.

*- Falta de lançamentos de notas fiscais de aquisição nos livros próprios caracteriza a presunção legal **juris tantum** de que houve omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, provas documentais carreadas nos autos desconstituíram parte do feito acusatório.*

- O contribuinte não recolheu corretamente o valor mínimo do ICMS previsto no Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) com ele firmado, ensejando na autuação pela falta de recolhimento do imposto devido, sendo afastado o crédito tributário cobrado em relação aos períodos em que o citado TARE se encontrava cassado.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE”

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, por meio da Notificação 00073294/2015, remetida via postal com Aviso de Recebimento (fl. 130), ao sócio Jefferson Cantu, a empresa não mais se pronunciou nos autos.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, foram estes distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento, o que passo a fazê-lo nos termos do voto adiante apresentado.

É o relatório.

VOTO

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora que decidiu pela parcial procedência do lançamento de ofício correspondente às seguintes acusações:

- falta de estorno de crédito, identificado por meio do prejuízo bruto com mercadorias no exercício de 2013;

- aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas de pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios nos períodos de junho e outubro/2011 assim como julho e agosto/2012;

- falta de recolhimento de ICMS, nos meses de fevereiro e março/2012, fevereiro a junho/2013, em virtude do descumprimento da cláusula décima terceira do TARE 2011.000068 que fixava recolhimento mínimo de ICMS, gerando um valor total a recolher de R\$ 274.933,53.

Antecedendo ao exame do mérito, reitero o entendimento da instância singular de que os lançamentos em análise foram realizados em harmonia com o ordenamento jurídico, não incorrendo nos casos de nulidade previstos nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, como também, entendo descabida a alegada violação ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, visto que seu recurso de agravo foi provido por esta Corte Administrativa, conforme Acórdão CRF 296/2014 (fls. 67/73), e sua reclamação foi apreciada pelo órgão julgador competente.

Por oportuno, ressalte-se a inépcia do contribuinte após a ciência da decisão singular, por meio da Notificação 00073294/2015 (fl. 129), remetida a um dos sócios constantes no cadastro da SER/PB, via postal com Aviso de Recebimento – AR (fl. 130).

Passemos ao mérito.

No tocante à *falta de estorno de crédito, identificado por meio do prejuízo bruto com mercadorias no exercício de 2013*, como bem evidenciou o julgador monocrático, a reclamante não a atacou na sua petição, todavia, ratifico o entendimento esposado na instância singular, que analisando as informações econômico-fiscais do contribuinte, verificou a inexistência de repercussão tributária nesse período na Conta Mercadorias elaborada pela fiscalização, uma vez que o contribuinte possuía saldo credor no valor R\$ 77.703,52 em julho/2013, superando a diferença tributável apurada no montante de R\$ 2.573,87 (fl. 11).

Com relação à *aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas de pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios nos períodos de junho e outubro/2011 assim como julho e agosto/2012*, sabe-se que esta acusação tem por fundamento a presunção *juris tantum* (que admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte), conforme previsão do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

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. (grifos nossos)

Fica clarividente na norma tributária presuntiva que, constatada a ocorrência de aquisições de mercadorias com notas fiscais sem registro nos livros fiscais próprios, presume-se que receitas não declaradas, de forma oficial, foram utilizadas para pagamento destas aquisições, tendo em vista que o caixa regular não comportaria seus registros, materializando a presunção de uso de receitas marginais, originárias de vendas de mercadorias sem emissão dos correspondentes documentos fiscais. Por óbvio, receitas não declaradas cobrem despesas igualmente não contabilizadas, tudo ao arrepio da lei.

Por conseguinte, a aplicação da supracitada presunção legal leva à conclusão de que o numerário utilizado para o pagamento das respectivas notas fiscais não registradas adveio de vendas omitidas, configurando-se uma evidente afronta ao art. 158, I, e ao art. 160, I, ambos do RICMS/PB.

Neste caso concreto, o contribuinte alegou, por meio de documentos (fls. 91/95), que as Notas Fiscais nºs 3752 e 3309, cujos valores compuseram a base de cálculo do ICMS no importe de R\$ 117.564,52 referente ao mês de agosto/2012, foram devolvidas ao remetente, logo não poderiam estar registradas nos seus livros fiscais.

Posteriormente, o julgador fiscal, pesquisando as EFD's dos emitentes, confirmou a devolução das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 3752 e 3309, conforme DANFES nºs 3826 e 3330 anexos às fls. 109 e 111. Diante disso, fica evidenciado o acerto da exclusão do montante de R\$ 117.564,52 da base de cálculo do ICMS relativa ao mês de agosto/2012. Este entendimento encontra guarida no Acórdão nº 005/2016, abaixo reproduzido, *ipsis litteris*:

“OMISSÃO DE VENDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AJUSTES NECESSÁRIOS. PARCIALIDADE. CONTA MERCADORIAS. PROCEDENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O fato de estar a Nota Fiscal em nome de determinado adquirente produz os efeitos de lhe transmitir o ônus da prova negativa de aquisição. Estando o referido documento não registrado no livro Registro de Entradas do destinatário, deflagra a presunção de omissão de vendas, onde a exclusão de infringência somente se opera mediante prova inequívoca da não aquisição por parte do dependente de que não adquiriu as respectivas mercadorias. Provas acostadas aos autos motivaram a parcialidade do lançamento exordial.

O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias tem o condão de inverter o ônus da prova para atribuí-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez de seu resultado.

Comprovação de déficit financeiro em decorrência das despesas incorridas superarem as receitas declaradas nos exercícios denunciados, eclodindo a presunção prevista pela legislação de regência, com ajustes necessários na diferença tributária decorrente de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas apurado em levantamento da Conta Mercadorias.

Redução da multa em decorrência da Lei 10.008/2013.

Acórdão nº 005/2016 - Recurso HIE/CRF nº 478/2014

Relator: Consº João Lincoln Diniz Borges” (grifos nossos)

No que se refere à *falta de recolhimento de ICMS, nos meses de fevereiro e março de 2012, fevereiro a junho de 2013*, em virtude do descumprimento da cláusula décima terceira do TARE 2011.000068 que fixava recolhimento mínimo de ICMS no valor de R\$ 45.000,00, gerando um valor total a recolher de R\$ 274.933,53, embora o contribuinte tenha impugnado os valores relativos aos meses de fevereiro e março de 2012, ele não comprovou documentalmente o recolhimento mínimo de R\$45.000,00, conforme estabelecido na cláusula décima terceira do TARE 2011.000068 (fls.

16/31), tampouco consta no sistema ATF da SER/PB o referido recolhimento, consoante consultas ao sistema ATF anexas às fls. 37/38, portanto, reitero que os valores de ICMS exigidos pela fiscalização são devidos.

Quanto ao período de fevereiro a junho de 2013, a empresa demonstrou, por meio de documentos probantes (fls. 89/90), que havia requerido o cancelamento do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 2011.000068, em conformidade com o parágrafo quarto da cláusula vigésima segunda do referido TARE, fato que a desobrigava do recolhimento mínimo de ICMS de R\$ 45.000,00. O pleito do contribuinte foi deferido, conforme Parecer nº 2015.01.06.00080 (fls. 113/114), por conseguinte, esta denúncia não pode prosperar no período de fevereiro a junho de 2013.

Com relação à multa por infração aplicada, ressalte-se que é prevista na Lei nº 6.379/96, não podendo o agente fazendário deixar de aplicá-la a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como requer o contribuinte, uma vez que sua atividade é plenamente vinculada à lei, de acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, entretanto, convém anotar que os valores da multa por infração foram corrigidos pela instância **a quo**, e ratificados por esta relatora, por força de lei superveniente mais benéfica, Lei nº 10.008/13. Desse modo, ratifico como exigível o crédito tributário abaixo:

Com esses fundamentos,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000274/2014-40, lavrado em 25 de fevereiro de 2014, contra a empresa CANTU COMÉRCIO DE PNEUMÁTICOS LTDA., inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.182.868-0, devidamente qualificada nos autos, obrigando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 84.207,94 (oitenta e quatro mil, duzentos e sete reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 55.879,44 (cinquenta e cinco mil, oitocentos e setenta e nove reais e quarenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/c art. 166-U, com fulcro no art. 646, e art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 28.328,50 (vinte e oito mil,

trezentos e vinte e oito reais e cinquenta centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e”, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 512.333,92 (quinhentos e doze mil, trezentos e trinta e três reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 242.391,49 (duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e noventa e um reais e quarenta e nove centavos) de ICMS e R\$ 269.942,43 (duzentos e sessenta e nove mil, novecentos e quarenta e dois reais e quarenta centavos) de multa por infração, pelas razões expendidas no voto.

Tribunal do Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora