



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

PROCESSO Nº0260152013-2

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS–GEJUP

1ªRecorrida:EMMARKA–PB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

2ªRecorrente:EMMARKA–PB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS–GEJUP

Preparadora:SUBGER.DA REC DE RENDAS GER.REG.1ªREGIÃO-BAYEUX

Autuante:WALDIR GOMES FERREIRA

Relator:CONS.ºSIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILV

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO – DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR VALOR INFERIOR AO REAL VALOR DA OPERAÇÃO) - ERRO QUANTO À NORMA LEGAL INFRINGIDA – VÍCIO FORMAL – NULIDADE – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (RECOLHIMENTO EM VALOR INFERIOR AO ESTABELECIDO NO DECRETO Nº 31.072/2010) – RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE DEVEDORA – QUITAÇÃO PARCIAL - RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI TRIBUTÁRIA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSOS VOLUNTÁRIO E HIERÁRQUICO DESPROVIDOS.

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, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. In casu, a necessidade de exclusão de notas fiscais emitidas pela própria autuada, bem como de documento fiscal que acobertou operação não onerosa (comodato) contribuiu para a redução do crédito tributário originalmente lançado.

A existência de erro quanto à norma legal infringida configura vício de forma, acarretando, por conseguinte, a nulidade do lançamento.

Aplicação retroativa da lei que estabeleceu penalidade mais benéfica à autuada, em cumprimento ao que determina o artigo 106, II, “c”, do CTN.

Inexistência de contencioso quanto à parcela do crédito tributário quitada pelo contribuinte.

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 do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo[1] e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000313/2013-28, lavrado em 21 de março de 2013 contra a

empresa EMMARKA – PB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 64.311,09 (sessenta e quatro mil, trezentos e onze reais e nove centavos), sendo R\$ 37.218,85 (trinta e sete mil, duzentos e dezoito reais e oitenta e cinco centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 160, I e 158, I c/c o artigo 646 e 106, todos do RICMS/PB e R\$ 27.092,24 (vinte e sete mil, noventa e dois reais e vinte e quatro centavos), a título de multas por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f” e 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 34.425,03 (trinta e quatro mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e três centavos), sendo R\$ 3.147,74 (três mil, cento e quarenta e sete reais e setenta e quatro centavos) de ICMS e R\$ 31.277,29 (trinta e um mil, duzentos e setenta e sete reais e vinte e nove centavos) de multas por infração.

Ressalte-se que, em consulta ao Sistema ATF da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, identificamos que o contribuinte efetuou o pagamento integral do crédito tributário devido.

P.R.I

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

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Segunda Câmara, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTE SIMÕES e PETRONIO RODRIGUES LIMA

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte os recursos voluntário e hierárquico, interpostos nos termos dos artigos 77 e 80, ambos da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000313/2013-28, lavrado em 21 de março

de 2013 em desfavor da empresa EMMARKA – PB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.172.623-2, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

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.

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

Nota Explicativa:

A EMPRESA REGISTROU NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR VALOR INFERIOR AO VALOR REAL DA OPERAÇÃO, CONFIGURANDO A HIPÓTESE DE OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS, EM VALOR EQUIVALENTE A DIFERENÇA DETECTADA E DEMONSTRADA PELA FISCALIZAÇÃO EM PLANILHA ANEXA A ESTE PROCEDIMENTO FISCAL.

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

Nota Explicativa:

A EMPRESA, NA QUALIDADE DE POSSUIDORA DE REGIME ESPECIAL, NOS MOLDES DO DECRETO Nº 31.072/2010, RECOLHEU O ICMS ST SOBRE ENTRADAS E SAÍDAS, EM VALOR INFERIOR AO ICMS ST DEVIDO APURADO POR ESTA FISCALIZAÇÃO, CONFORME SE DEMONSTRA EM PLANILHA ANEXA A ESTE PROCEDIMENTO FISCAL.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 98.736,12 (noventa e oito mil, setecentos e trinta e seis reais e doze centavos), sendo R\$ 40.366,59 (quarenta mil, trezentos e sessenta e seis reais e cinquenta e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I c/c 646 e 106, todos do RICMS/PB e R\$ 58.369,53 (cinquenta e oito mil, trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta e três centavos), a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, V, “f” e II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada pessoalmente em 22 de março de 2013, a autuada, por intermédio de seu representante legal, apresentou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 199 a 202), protocolada em 22 de abril de 2013, por meio da qual afirma que:

a) A fiscalização apurou um valor de R\$ 12.414,23 (doze mil, quatrocentos e catorze reais e vinte e três centavos), conforme registrado na planilha de apuração de notas fiscais registradas a menor, porém todos esses valores de ICMS foram pagos, pelo valor da nota fiscal (*vide* relação dos DAR às fls. 201);

b) Com relação à denúncia de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, o auditor incluiu, em sua planilha demonstrativa, as notas fiscais nº 534, 11219, 7827, 9312, 62476 e 13025, documentos estes que foram emitidos pela própria empresa ou que foram adquiridos dentro do estado, sem obrigação de recolhimento do ICMS;

c) A planilha de apuração do ICMS devido e não recolhido indica alguns meses sem recolhimento de ICMS, contudo não foi observado pela fiscalização que os valores foram pagos por meio de vários DAR.

Em contestação, comparece aos autos o autor do feito fiscal para informar que:

a) No caso da acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, pelo levantamento inicial, foram detectadas 23 (vinte e três) notas fiscais não lançadas no Livro Registro de Entradas, porém 3 (três) delas (notas fiscais nº 7827, 9813 e 13025) foram emitidas pela autuada e, por isso, os valores a elas relativos devem ser excluídos da base de cálculo inicialmente apurada. Com relação aos demais documentos contestados pela defesa (notas fiscais nº 534, 11219, 9312 e 62476), o simples fato de representarem aquisições internas não afasta a presunção de omissão de saídas. Sendo assim, após expurgadas as notas fiscais de emissão da impugnante, o valor do ICMS devido corresponde a R\$ 17.120,46 (dezesete mil, cento e vinte reais e quarenta e seis centavos), conforme planilha às fls. 293;

b) Em relação às notas fiscais registradas com valores “a menor”, as justificativas apresentada pela impugnante não devem ser acolhidas, uma vez que apenas nos meses de julho/2011 e fevereiro/2012, a empresa recolheu valores abaixo dos percentuais pactuados, regularizando sua situação após ter sido notificada para pagamento da diferença;

c) Quanto ao recolhimento a menor do ICMS Entradas previsto no Regime Especial, percebe-se que nenhum dos DAR relacionados ao código de receita “1106” (ICMS Entradas) se refere aos meses que estão sendo objeto de autuação (dez/11, fev/12, jul/12, set/12 e nov/12). Os demais documentos de arrecadação são relativos a códigos de receita diversos ou a períodos que não forma objeto de questionamento por parte da fiscalização.

Com a informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 294), foram os autos declarados conclusos (fls. 295) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal Francisco Alessandro Alves, que decidiu pela procedência parcial da exigência fiscal, recorrendo de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais.

Após tomar ciência em 4 de abril de 2016 da decisão proferida pela instância prima, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR nº JS 223941387 (fls. 312), a autuada, por meio do DAR nº de controle 3005789121 (fls. 314), efetuou o recolhimento do valor indicado na sentença exarada pelo julgador monocrático, com os devidos acréscimos legais e, na mesma data em que quitou o referido débito, 6 de maio de 2016, interpôs recurso voluntário contra a decisão proferida pelo julgador singular, advogando, em síntese, que:

a) À semelhança do entendimento perfilhado na decisão singular a respeito da segunda acusação – corretamente tida por inválida -, a conduta praticada e o enquadramento legal da terceira acusação não estão consonantes, o que conduz, também por este motivo, à necessidade de anulação do procedimento fiscal;

b) A penalidade proposta pelo auditor fiscal relativamente à terceira denúncia (art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96) deve ser utilizada quando o fato infringente não estiver descrito em nenhum outro tipo sancionador. Para o caso em questão, a infração atribuída à recorrente se enquadra à hipótese descrita no art. 82, I, “b”, da Lei nº 6.379/96.

Ao final, a recorrente requer:

a) Seja reconhecido e provido o recurso voluntário, para declarar a nulidade do Auto de Infração também quanto à terceira acusação, ou, na hipótese de não ser acatado o pedido de nulidade e/ou de não ser acatada a invalidade declarada na instância prima da segunda acusação, para estas infrações, seja requalificada a penalidade prevista para a do art. 82, I, “b”, da Lei nº 6.379/96;

b) A realização de sustentação oral das razões do recurso.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre as denúncias de: **a)** falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e; **b)** falta de recolhimento do ICMS, formalizadas contra a empresa EMMARKA – PB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., já previamente qualificada nos autos.

Antes de analisarmos as questões suscitadas pela recorrente, necessário se faz discorrermos acerca do prazo para interposição do recurso voluntário.

Conforme já relatado anteriormente, a ciência da decisão exarada pela primeira instância ocorrera no dia 4 de abril de 2016 (segunda-feira), tendo a atuada o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de recurso voluntário, conforme preceitua o artigo 77 da Lei nº 10.094/13, *litteris*:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

Considerando que os prazos processuais são contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e

incluindo-se o do vencimento, conforme estabelecido no artigo 19 da Lei nº 10.094/13^[1], o termo final para apresentação da peça recursal encerrou-se no dia 4 de maio de 2016 (quarta-feira), dia de expediente normal nas repartições deste Estado.

Ocorre que o recurso voluntário fora apresentado, tão somente, no dia 6 de maio de 2016, ou seja, após o termo final para sua interposição.

Em consulta ao sistema ATF da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, identificamos que, não obstante o fato relatado, a peça recursal consta como apresentada “no prazo”. Isto ocorreu em consequência de problemas técnicos no sistema corporativo da SER-PB que motivou, inclusive, a publicação da Portaria nº 00060/2016/GSER, que, em seu artigo 1º, autorizou o recebimento dos tributos estaduais, vencidos no período de 5 (cinco) a 7 (sete) de abril, até o dia 8 de abril de 2016, sem a incidência dos acréscimos legais.

Ao permitir a prorrogação de prazo para o pagamento dos tributos estaduais, com vencimento nas datas consignadas no art. 1º da referida Portaria, o ajuste promovido no Sistema ATF também trouxe, como consequência, a dilação do prazo recursal, posto que o início da contagem não acontecera no dia 5 de abril de 2016, o que concorreu para o acatamento do recurso voluntário pela repartição preparadora.

É incontestável que a mudança realizada no Sistema não tem o condão de alterar o comando legal, porém, considerando a excepcionalidade do fato e tendo em vista que o acatamento do recurso voluntário não trará prejuízos a nenhuma das partes (conforme restará demonstrado adiante), decido pelo reconhecimento do recurso interposto às fls. 319 a 326, em observância ao princípio da economia processual.

Passemos à análise individualizada de cada uma das denúncias descritas na peça acusatória.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

Quanto a esta acusação, a recorrente manteve-se silente, o que implica o reconhecimento de sua condição de devedora relativamente aos créditos tributários declarados procedentes pelo julgador singular, nos termos do que dispõe o artigo 69 da Lei nº 10.094/13:

Art. 69. A impugnação que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário e, em caso de não recolhida até o término do respectivo prazo, à vista ou parceladamente, será lançada em Dívida Ativa, observado ainda o disposto no art. 33 desta Lei.

Relevante observarmos que a decisão exarada na instância *a quo* acolheu, em parte, os argumentos da defesa, afastando, acertadamente, do cálculo do crédito tributário, os valores relativos às notas fiscais nº 7827, 9813 e 13025, pelo fato de representarem notas fiscais de saída, emitidas pela autuada, bem como a nota fiscal nº 11219, em razão de se tratar de operação não onerosa (remessa em comodato), mantendo os valores referentes aos demais documentos fiscais apontados na planilha demonstrativa inserida pela fiscalização às fls. 118.

Também se faz necessário registrarmos que houve o cancelamento de parte da penalidade aplicada

no Auto de Infração, uma vez que o dispositivo legal que previa a aplicação de 200% (duzentos por cento) a título de penalidade a ser calculada sobre o valor do tributo devido fora reduzida em 50% (cinquenta por cento), em razão da alteração promovida no artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96 por meio da Lei nº. 10.008, de 5 de junho de 2013, *in verbis*:

Art. 1º Os dispositivos da Lei nº 6.379, de 2 de dezembro de 1996, a seguir enunciados, passam a vigorar com as seguintes redações:

XII - o “caput” do inciso V do art. 82:

“V - de 100% (cem por cento):”;

Sendo assim, tratando-se de ato não definitivamente julgado, deve-se observar o disposto no artigo 106, II, “c”, do CTN^[2], que determina a aplicação retroativa de sanções mais benéficas a fatos cujo processo não esteja definitivamente julgado.

Neste norte, comungo com a decisão proferida pela primeira instância de julgamento, que considerou parcialmente procedente a acusação em comento, considerando devido, quanto à primeira denúncia consignada no Auto de Infração, o valor de R\$ 33.931,24 (trinta e três mil, novecentos e trinta e um reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 16.965,62 (dezesesseis mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), de ICMS e R\$ 16.965,62 (dezesesseis mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), de multa por infração, valores estes que foram quitados pelo contribuinte.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

Neste tópico, abordaremos a segunda e a terceira denúncias, as quais, não obstante terem sido registradas no Auto de Infração como FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, foram motivadas por condutas distintas.

No primeiro caso (segunda acusação), o descumprimento da obrigação tributária principal, segundo o autuante, foi resultado do registro de notas de aquisição de mercadorias em valores inferiores aos valores reais das operações. Para a fiscalização, ao proceder desta forma, o contribuinte teria afrontado o artigo 106 do RICMS/PB.

Também neste caso andou bem o julgador fiscal, ao perceber que o crédito tributário fora lançado de forma equivocada. Noutras palavras: o artigo 106 do RICMS/PB, por si só, não se presta para fundamentar a denúncia. Isto porque a conduta narrada na Nota Explicativa do Auto de Infração descreve o fato como omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, o que representa

violação aos artigos 158, I e 160, I c/c o artigo 646, todos do RICMS/PB[3]:

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;

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.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se igualmente a qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 32.718/12 (DOE de 25.01.12).

Art. 646. 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.

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, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

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 diversas ocasiões, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba já se posicionou acerca da matéria, a exemplo da decisão proferida por meio do recente Acórdão nº 122/2008, da lavra do ilustre Cons.º Petrônio Rodrigues Lima, cuja ementa peço vênha para reproduzir:

INFRAÇÕES DIVERSAS. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. DECADÊNCIA CONFIRMAÇÃO PARCIAL. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SAÍDAS DE PRODUTOS COM ISENÇÃO DO ICMS SEM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONserto OU REPARO. SEM RETORNO NO PRAZO LEGAL. OPERAÇÕES INTERNAS E INTERESTADUAIS. SAÍDAS DEFINITIVAS CONFIGURADAS. IRREGULARIDADE NAS OPERAÇÕES DE REMESSA DE MERCADORIAS POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA EVIDENCIADA EM PARTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

-Preliminares de nulidade - alegação de cerceamento de defesa e ao contraditório, iliquidez e incerteza do crédito tributário, ausência de provas, carência de precisão no momento do apontamento das infrações – não acolhidas. Mantidas as acusações à regularidade nas denúncias.

-Decadência de parte do crédito tributário, no tocante às infrações de Falta de Recolhimento do ICMS, analisados e decididos sob a ótica do art. 150, §4º, do CTN.

-A constatação de notas fiscais de aquisição, sem a devida contabilização nos livros próprios, evidencia a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Essa presunção admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte. No presente caso, o autuado não se desincumbiu a contento do ônus de provar a inexistência do fato presumido, por não haver acostado aos autos provas capazes de fazer perecer a acusação.

-A condição de isenção em operações com preservativos prevista na legislação de regência reza que, além das restrições quanto à tipologia do produto, o contribuinte está obrigado a indicar, nos documentos fiscais, o valor correspondente ao ICMS dispensado da mercadoria, o que não ocorreu no caso concreto. A não observância dessa regra condicionante, requisito legal imprescindível à fruição dos benefícios, leva à eclosão da exigência fiscal.

-A falta de recolhimento do ICMS, resultante da remessa para conserto de bens diversos, em operações internas e interestaduais, sem a devida escrituração do retorno ao estabelecimento de origem, incorre em razão do descumprimento do que preceitua a norma de regência. As alegações da autuada não fizeram desconstituir o crédito tributário em tela.

-Emissão de notas fiscais com natureza de operação de “remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiros”, em venda à ordem, deve ter as correspondentes notas fiscais de “remessa simbólica – venda a ordem”, sob pena de infração por falta de recolhimento do ICMS. No caso em questão, a comprovação de equívoco no CFOP, por parte da recorrente, que se evidenciou a mencionada remessa simbólica nas saídas de “transferência para comercialização”, descaracterizou

parte da denúncia por falta de repercussão tributária, além do fato de não ter sido operacionalmente possível correlacionar as notas fiscais modelo 1, o que afastou parte do crédito tributário por incerteza e iliquidez.

-Evidenciados lançamentos nos livros próprios de notas fiscais de entradas com valor total a menor do que os declarados nos documentos de aquisição, indicando, por presunção legal “juris tantum”, pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. Ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal por pagamento extra caixa.

-Exclusão da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/2013. (g. n.)

Neste sentido, é incontroverso que o dispositivo indicado no campo “Enquadramento Legal” do Auto de Infração está em dissonância com o fato denunciado na Nota Explicativa da peça acusatória, o que revela um vício de forma insanável quanto a este lançamento.

As disposições contidas nos artigos 16 e 17 de Lei nº 10.094/13 impõem, de forma clara, que os Autos de Infração lavrados com vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores. Vejamos:

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. (g. n.)

Sobre o tema, esta Corte já se posicionou reiteradas vezes de forma semelhante. Para melhor ilustrar o fato, transcrevo, a seguir, a ementa relativa ao Acórdão nº 804/2014, da lavra do Conselheiro João Lincoln Diniz Borges:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VÍCIO FORMAL. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA NORMA INFRINGIDA. VENDA DE MOTOCICLETAS E NÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na tipificação da norma legal infringida, o qual inquinou de vício formal a peça acusatória e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. No caso, caracterizou-se norma destoante ao caso concreto denunciado, sendo inaplicável ao tipo de atividade da recorrente por configurar operações com veículos automotores, quando se tratava de motocicletas e ciclo motores, na forma prevista pelo inciso VIII do art. 33 do RICMS/PB. Cabível a realização de novo feito fiscal com a perfeita identificação da norma aplicável ao caso que se pretendia delatar.

Ressalte-se que, apesar do defeito da forma que comprometeu o feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório.

A consequência desse fato, como bem destacada na sentença monocrática, é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória que atenda às disposições regulamentares, nos termos do artigo 18 da Lei nº 10.094/13[4].

No que se refere à terceira denúncia, a recorrente argui a nulidade dos lançamentos e requer seja dado o mesmo tratamento dispensado à anterior (nulidade).

Alega que a denúncia, na forma como fora apresentada, não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração.

Em que pesem os argumentos ventilados pela defesa, o fato é que a matéria não mais se evidencia controversa, uma vez que, a exemplo do que ocorrera relativamente à primeira denúncia (FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS), o contribuinte também quitou o débito consignado na decisão da primeira instância.

Necessário atentarmos que os valores de ICMS lançados no Auto de Infração foram confirmados pelo julgador singular, havendo, tão somente, a redução da multa aplicada, com fulcro no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, em cumprimento ao que estabelece o artigo 106, II, “c”, do CTN, uma vez que a Lei nº 10.008, de 5 de junho de 2013 passou a estabelecer, para o referido dispositivo legal, a penalidade correspondente ao percentual de 50% (cinquenta por cento), calculada nos termos do artigo 80, II, da Lei nº 6.379/96[5].

Portanto, a análise acerca dos argumentos trazidos pela recorrente para justificar o pedido de nulidade mostra-se inócua, visto que a parcela julgada procedente pela instância *a quo* foi totalmente quitada pela autuada, afastando, *ipso facto*, o seu caráter contencioso.

Assim, após a análise dos autos, identificamos que o crédito tributário efetivamente devido pela autuada apresentou a seguinte configuração:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
		ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	out/10	1.987,76	3.975,52	0,00	1.987,76	1.987,76	1.987,76
	nov/10	3.939,39	7.878,78	0,00	3.939,39	3.939,39	3.939,39
	jan/11	6.328,93	12.657,86	0,00	6.328,93	6.328,93	6.328,93
	jul/11	1.657,70	3.315,40	0,00	1.657,70	1.657,70	1.657,70
	nov/11	622,61	1.245,22	0,00	622,61	622,61	622,61
	dez/11	154,85	309,70	154,85	309,70	0,00	0,00
	jan/12	682,30	1.364,60	682,30	1.364,60	0,00	0,00
	fev/12	101,01	202,02	0,00	101,01	101,01	101,01
	abr/12	187,65	375,30	0,00	187,65	187,65	187,65
	mai/12	101,50	203,00	101,50	203,00	0,00	0,00
	ago/12	218,28	436,56	0,00	218,28	218,28	218,28
	out/12	98,67	197,34	98,67	197,34	0,00	0,00
nov/12	1.922,29	3.844,58	0,00	1.922,29	1.922,29	1.922,29	

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS	set/10	167,57	167,57	167,57	167,57	0,00	0,00
	out/10	1.818,15	1.818,15	1.818,15	1.818,15	0,00	0,00
	nov/10	19,17	19,17	19,17	19,17	0,00	0,00
	out/12	105,53	105,53	105,53	105,53	0,00	0,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	dez/11	3.237,03	3.237,03	0,00	1.618,51	3.237,03	1.618,52
	fev/12	5.702,37	5.702,37	0,00	2.851,18	5.702,37	2.851,19
	jul/12	4.238,33	4.238,33	0,00	2.119,16	4.238,33	2.119,17
	set/12	2.813,09	2.813,09	0,00	1.406,54	2.813,09	1.406,55
	nov/12	4.262,41	4.262,41	0,00	2.131,20	4.262,41	2.131,21
TOTAIS (R\$)		40.366,59	58.369,53	3.147,74	31.277,29	37.218,85	27.092,24

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo^[6] e, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, para manter a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000313/2013-28, lavrado em 21 de março de 2013 contra a empresa EMMARKA – PB DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 64.311,09 (sessenta e quatro mil, trezentos e onze reais e nove centavos), sendo R\$ 37.218,85 (trinta e sete mil, duzentos e dezoito reais e oitenta e cinco centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 160, I e 158, I c/c o artigo 646 e 106, todos do RICMS/PB e R\$ 27.092,24 (vinte e sete mil, noventa e dois reais e vinte e quatro centavos), a título de multas por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f” e 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 34.425,03 (trinta e quatro mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e três centavos), sendo R\$ 3.147,74 (três mil, cento e quarenta e

sete reais e setenta e quatro centavos) de ICMS e R\$ 31.277,29 (trinta e um mil, duzentos e setenta e sete reais e vinte e nove centavos) de multas por infração.

Ressalte-se que, em consulta ao Sistema ATF da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, identificamos que o contribuinte efetuou o pagamento integral do crédito tributário devido.

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

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relato