Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

**PROCESSO Nº 1866182017-0**
**SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO**
**Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP**
**Recorrida : CCB CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA**
**Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SER - ALHANDRA**
**Autuante(s): SERGIO RICARDO ARAUJO NASCIMENTO**
**Relatora: CONS.ª DAYSE ANNYEDJA GONCALVES 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 – INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA – 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 a recorrente comprovar que não houve atividade no seu parque fabril, sendo tal fato constatado por meio de diligência fiscal, é suficiente 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 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 93300008.09.00003158/2017-25, lavrado em 26 de dezembro de 2017, contra a empresa CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. (CCICMS: 16.044.809-3), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes de tal acusação.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de abril de 2019.

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 membros da Segunda Câmara de Julgamento, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA , FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE) e MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

**Relatório**

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 93300008.09.00003158/2017-25, lavrado em 26 de dezembro de 2017, contra a empresa CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. (CCICMS: 16.044.809-3), em razão da irregularidade, identificada nos exercícios de 2013 a 2016, 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 e/ou a realização de prestação de serviços 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$ 419.472,34, sendo R$ 209.736,17 de ICMS e R$ 209.736,17 referente à penalidade de multa, 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. 6 e 7.

Cientificado da autuação por via postal, fl. 9, recepcionado em 7/3/2018, a recorrente se manifestou, tempestivamente, apresentando peça reclamatória protocolada em 5/4/2018, fls. 12 a 39, e anexos às fls. 40 a 232.

Em breve síntese, a reclamante alega que jamais houve saída de mercadoria que pudesse presumir omissão de vendas durante o período fiscalizado. Trata-se de unidade fabril que ainda não operou em produção, tendo em vista a falta de conclusão de sua obra, não havendo fabricação de cimento nem nenhuma espécie de atividade financeira ou comercial, inexistindo, portanto, o fato gerador do

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ICMS.

Aduz ainda, que: a) há uma nulidade na denúncia, posto que essa unidade fabril não auferiu qualquer receita capaz de incidir o fato gerador do ICMS, sua construção fora interrompida, anexa ao processo várias fotos aéreas do local o que comprovaria que naquele local não houve nenhum tipo de operação comercial, portanto, não há que se falar em omissão de receita; b) há ilegitimidade passiva na indicação da CIMPOR INVERSIONES S/A e da CORPORACION NOROESTE S/A, por sequer compor o quadro societário da autuada no período da autuação, já que a empresa foi incorporada pela INTERCEMENTE BRASIL S/A; c) reforça que o valor da penalidade é exorbitante o qual desrespeita o Princípio da Razoabilidade e da vedação ao confisco; d) por fim, requer que seja realizada diligência para comprovar suas alegações e requer a nulidade e/ou improcedência da autuação.

Com informações de não haver antecedentes fiscais relacionados com a acusação em tela, fl. 233, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos ao julgador fiscal, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, atendendo ao requerimento da impugnante, retornou o auto em diligência ao fiscal autuante para que o mesmo se pronunciasse quanto às alegações constantes às fls. 240 a 307 dos autos, acerca de fatos relacionados à mudança societária da autuada no período fiscalizado, quanto à apresentação de fatos e provas contrários ao procedimento fiscal, situação não apreciada pela fiscalização quando da lavratura do auto de infração, fls. 13 a 235.

Em resposta à diligência solicitada, o fiscal autuante se pronunciou, fls. 312 a 313, da seguinte forma: alega que a autuada se confundiu quanto à infração da referida autuação, esta se refere à falta de lançamento de notas fiscais e não levantamento financeiro e que os procedimentos realizados foram bem simples, verificou-se os documentos emitidos por terceiros com destino a autuada os quais deixaram de ser registradas na EFD, fls. 6 e 7. Quanto ao polo passivo das duas pessoas jurídicas constantes como responsável/interessado, informou que ambas faziam parte do quadro societário na época da lavratura do auto de infração. Com relação ao questionamento de que o contribuinte ainda não exerce atividade, este argumento é verídico e realmente não tinha como o contribuinte ter vendido produtos de sua produção. Quanto à multa aplica, aduz que fora utilizado o percentual de 100% e não de 200%.

Ato continuo, o processo retornou para GEJUP ao julgador João Lincoln Diniz Borges que decidiu pela improcedência da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

**EMENTA: OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. INEXISTÊNCIA DE SAÍDAS POR VENDAS DE MERCADORIAS. ATIVIDADE FABRIL INOPERANTE. INFRINGÊNCIA NÃO COMPROVADA COM BASE EM PRESUNÇÃO APLICADA À ESPÉCIE.**

É pacífico o entendimento acerca da existência de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, quando se constatar a ocorrência de falta de registro de notas fiscais de entrada nos assentamentos fiscais, no entanto, no caso concreto dos autos, padeceu a presunção aplicada, visto a ausência de operações fiscais de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis, diante da inexistência de produção e vendas de produtos fabricados, em face da inoperância do parque fabril, conforme atestam as provas apresentadas pelo contribuinte, inclusive com reconhecimento firmado pela diligência fiscal realizada, comprovando a inexistência de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

repercussão tributária da obrigação principal. Ademais, a fiscalização apurou operações de entrada sem registro que não derivam em repercussão tributária de omissão de vendas, e sim em descumprimento de obrigação acessória, fato não denunciado nessa lide.

**AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE**

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 325, recepcionado em 3/10/2018, 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 da autoridade julgadora singular a qual julgou improcedente o auto de infração, porquanto constatou que a falta de escrituração das respectivas notas fiscais não tem repercussão tributária e que tal presunção não se sustentaria tendo em vista a falta de atividade econômica realizada pela impugnante, ademais, trouxe ao processo provas que comprovassem suas alegações as quais foram ratificadas pelo fiscal autuante por meio de diligência.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 exercícios de 2013 a 2016. 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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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;

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:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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):

(...)

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. 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.

Superados os aspectos formais, passaremos a analisar o aspecto meritório propriamente dito, o qual está relacionado com a presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, a qual 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*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

Na peça de impugnação a recorrente alega que tal presunção não merece prosperar pois o parque fabril da empresa em comento, sequer teria funcionado, ainda estava em construção e, devido à crise econômica que assolou o país, a referida obra estava parada.

Pois bem, no que se refere à cobrança de ICMS por omissão de saídas pretéritas, com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Neste aspecto, entendo que assiste razão à impugnante quando a mesma alega que não ocorrera o fato gerador do ICMS, de fato, para que ocorresse, seria imprescindível, em linhas gerais por tratar-se de omissão de receitas de mercadorias tributáveis, a realização de operações de vendas, em restando comprovado por meio de diligência do próprio fiscal autuante que essa fábrica nunca funcionou, não há que se falar em presunção de omissão de receitas de saída de mercadoria tributável. Ainda, reforçamos que dentre as notas fiscais analisadas pudemos constatar notas em operações que não têm repercussão tributária, no máximo, uma autuação pode descumprimento de obrigação acessória, como muito bem delineado pelo julgador singular.

Ante o exposto, não podemos considerar como omissão de saídas pretéritas, pois, não há que se falar em omissão de receita de um parque fabril ainda em construção, desta forma, mantenho inalterada a decisão de primeira instância.

*Ex positis*,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 93300008.09.00003158/2017-25, lavrado em 26 de dezembro de 2017, contra a empresa CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. (CCICMS: 16.044.809-3), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes de tal acusação.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de abril de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Conselheira Relatora

Phoca PDF