



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

PROCESSO Nº1647802014-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:EMPREENDEMENTOS PAGUE MENOS S/A

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ

Autuante(s):RONALDO COSTA BARROCA

Relator:CONS.º ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO ISENTAS, NÃO TRIBUTADAS OU SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. CONFISSÃO. CONFIGURADA A IRREGULARIDADE. FALTA DE PROVAS DE QUE ASSUMIU O ÔNUS TRIBUTÁRIO POR OCASIÃO DAS AQUISIÇÕES DAS MERCADORIAS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

As saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal, classificadas, erroneamente, como isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, resultam em falta de recolhimento do imposto ou o recolhimento a menor do que o devido, sendo necessária a lavratura do auto de infração para constituição do crédito tributário. A inversão do ônus da prova se inverte para que o contribuinte possa provar que algum ônus suportou nas aquisições das mercadorias objeto do auto de infração, o que não o fez em nenhuma das instâncias de julgamento de processos administrativos tributários.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos voluntário, por regular e tempestivo, no mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença prolatada na primeira instância, declarando PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001939/2014-32, lavrado em 27/10/2014, em desfavor da empresa EMPREENDEMENTOS PAGUE MENOS, inscrição estadual nº 16.127.043-3, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de R\$ 2.218,95 (dois mil, duzentos e dezoito reais e noventa e cinco centavos), sendo R\$ 1.267,97 (hum mil, duzentos e sessenta e sete reais e noventa e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e mais R\$ 950,98 (novecentos e cinquenta reais e noventa e oito centavos) por aplicação do artigo 82, IV, da Lei 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 07 de junho de 2019.

ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, GILVIA DANTAS MACEDO THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, e MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Neste colegiado examina-se o recurso voluntário, nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, diante da decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001939/2014-32 lavrado em 27/10/2014, (fls. 3-4), no qual constam as seguintes infrações fiscais:

“0195 – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL – Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.”

“NOTA EXPLICATIVA > Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos itens vendidos do ECF Nº de série SW0310000000039339 EM operações com mercadorias tributáveis como sendo não tributadas pelo ICMS e como substituição tributária.”

Foram dados como infringidos os artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97. O crédito tributário proposto foi de R\$ 2.218,95 (dois mil, duzentos e dezoito reais e noventa e cinco centavos), sendo R\$ 1.267,97 (hum mil, duzentos e sessenta e sete reais e noventa e sete centavos) de ICMS e mais R\$ 950,98 (novecentos e cinquenta reais e noventa e oito centavos), referente à multa por infração que tem escopo no art. 82, IV, da Lei 6.379/96.

O fiscal autuante anexou aos autos todo o escopo probatório que consubstancia a acusação (fls. 7-18), onde fica delineada a base de informações com referência na qual serviu de esteio para lavratura do auto de infração em desfavor do contribuinte.

Regularmente cientificado através de Aviso de Recebimento (A.R.) em 11/11/2014 (fl. 19), a empresa autuada apresentou reclamação (fls. 20-73) em 11/12/2014, na qual se insurge contra os termos da autuação sob reproche com base nas seguintes argumentações:

- que as entradas se deram por transferência e, por isso, todo o imposto de saída teriam sido recolhido referente a essas operações;

O julgador singular, tendo recebido o processo por distribuição e diante das argumentações, expediu pedido de diligência (fl. 77) com o fim de o fiscal autuante esclarecer questões atinentes ao conta corrente do ICMS, com a observação do imposto devido apurado para o período fiscalizado.

A fiscalização, em atendimento ao pedido, apresentou a diligência pugnando pela conclusão de que as alegações opostas pelo contribuinte em nada influenciam o resultado obtido originariamente pela fiscalização tendo arguido que “quanto ao refazimento da apuração do ICMS normal, observa-se que nos meses autuados o contribuinte não possuía crédito de ICMS, tendo recolhido ICMS em todo o período (extratos em anexo), tornando inócua a reconstituição da apuração”.

Com remessa dos autos a GEJUP e com registro de não ocorrência de antecedentes fiscais (fl. 74), os autos foram distribuídos ao julgador Rodrigo Antônio Alves de Araújo que exarou sentença considerando o auto de infração PROCEDENTE, conforme ementa abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – INFORMAR COMO ISENTAS OU SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA OPERAÇÕES TRIBUTADAS.

A indicação na venda pelo contribuinte, no documento emitido, de que mercadorias tributadas

*seriam isenta ou sujeita à substituição tributária, resulta na legítima cobrança do imposto e acrescido de multa por infração, porém, diante da emissão da nota fiscal e com base no princípio da não cumulatividade, necessário se faz, nestes casos, para efeito de apuração da repercussão tributária concernente ao ICMS, que seja realizada a reconstituição da Conta Corrente do ICMS, a fim de averiguar a efetiva repercussão quanto a falta de recolhido do imposto. **In casu**, as mercadorias indicadas nas saídas como sujeitas a substituição tributária tiveram suas entradas realizadas por transferência e com o recolhimento na fonte, o que ensejaria, caso comprovado o repasse do ICMS ST para Paraíba, quando das saídas subsequentes, a cobrança apenas do valor resultante da aplicação da alíquota interna superior ao valor já recolhido na fonte. Todavia, não foram acostadas provas materiais que comprovassem o devido repasse do ICMS STY para nosso Estado, o que elimina a possibilidade de abater do imposto cobrado nas saídas, o valor do ICMS já recolhido na fonte. Resultando na manutenção integral da acusação.*

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância administrativa através de Aviso de Recebimento – A. R. - (fl. 97), em 16/7/2018, o autuado apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais (fls. 98-105) em 15/8/2018, nele, se insurgindo contra os termos da autuação com base nos seguintes argumentos:

- que houve mero erro procedimental, assumindo que cadastrou, equivocadamente, a natureza das operações, assim como detectado pela fiscalização, mas que faz crítica pelo fato de não ter havido consideração a respeito dos valores de ST recolhidos pelo contribuinte;

Assim, requer o reconhecimento da improcedência do auto, que seja baixado o auto em diligência pericial, ou, alternativamente, que seja anulada a decisão monocrática para que sejam apresentados os comprovantes de pagamento do ICMS ST para os períodos em que houve autuação.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, com distribuição a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001939/2014-32 lavrado em 27/10/2014 (fls. 3-4) em desfavor da empresa EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S.A., inscrição estadual n.º 16.127.043-3, já devidamente qualificada nos autos.

Na acusação, objeto deste processo, a empresa foi autuada por falta de recolhimento do imposto estadual (ICMS) detectada através da constatação de que o contribuinte cadastrou, no seu equipamento ECF, já referido, como substituição tributária, operações com mercadorias sujeitas à tributação normal, em clara afronta à legislação de tributos do ICMS em vigor, assim como já decidido fartamente pelo Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba em diversos acórdãos.

Em princípio, cabe observar que o lançamento fiscal observou, de forma rigorosa, as disposições do art. 142 do CTN, não importando qualquer pretensão de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Com relação à acusação inserta no auto de infração, em primeira análise, é de se observar que o contribuinte assume de forma categórica em sua defesa o cometimento da infração, qual seja, cadastrar como substituição tributária mercadorias, cujas saídas ocorrem com tributação normal do ICMS, sujeitas ao débito do imposto.

Pois bem, não precisa de maiores considerações epistemológicas a respeito do tributo para se chegar à conclusão de que, não havendo débito pelas saídas nas operações de vendas/transferências das referidas mercadorias vai, inexoravelmente, resultar em falta de recolhimento do tributo ou o recolhimento a menor. Disso não se pode extrair qualquer dúvida.

Ao agir dessa maneira, o contribuinte, de forma até admitida, cometeu atos que implicam em plena divergência com vários artigos do Regulamento do ICMS em vigor no estado da Paraíba, assim como os que foram consignados no auto de infração:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou

prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota cabível sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do imposto;

[...]

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

[...]

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

[...]

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

[...]

d) o valor total do débito do imposto;

[...]

l) o valor do imposto a recolher;

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

[...]

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

É claro que, nas considerações que se esposou até aqui, deve-se ter em mente que as acusações realizadas pela fiscalização são sempre de natureza relativa, o que significa dizer que pode sempre ser ilidida por prova em contrário, que teria o condão de estapear a acusação.

Assiste razão o contribuinte quando alega que deveria ser levado em conta o valor do ICMS substituição tributária recolhido por conta das entradas das mercadorias, quando da sua aquisição, pleiteando, inclusive, a realização de perícia como forma de detectar qual seria o panorama real relativo ao imposto devido na reconfiguração da conta corrente do ICMS nos períodos de autuação.

Em relação ao pedido de perícia, admito sua desnecessidade, em função da diligência requerida pelo julgador monocrático, em cujo bojo foi a fiscalização elucidativa em refutar todas as dúvidas que por acaso pairavam a respeito do movimento de débito e crédito do ICMS para os referidos períodos.

Em sua diligência, é afirmativo o auditor ao declarar que “verificou-se a impossibilidade de se utilizar do instituto da ‘compensação’ do ICMS ST recolhido indevidamente, pela total falta de previsão legal”.

E mais adiante, vaticina que “quanto ao refazimento da apuração do ICMS Normal, obseva-se que nos meses autuados o contribuinte não possuía crédito de ICMS, tendo recolhido ICMS NORMAL em todo o período (extratos em anexo), tornando inócua a reconstituição da apuração”.

Portanto, enfrentando as alegações da defesa, percebe-se que o contribuinte, apenas na circunstância de provar que suportou algum ônus por conta da aquisição das mercadorias em que houve o erro na classificação da sua natureza tributária, de bens com tributação normal para sujeitas à substituição tributária, poderia ter reduzido ou afastado a acusação originalmente imposta, o que não fez.

Por isso mesmo é que se espanta quando, nos pedidos, faz menção à anulação da sentença monocrática para que lhe seja oportunizada a apresentação dos comprovantes de recolhimento dos referidos tributos em relação às infrações que admite que cometeu. Sua confissão, inclusive se extrai do exceto do próprio recurso à folha 100 do processo e que adiante se reproduz:

“Efetivamente, procede a acusação feita no AI, no sentido de que o Contribuinte cometeu um equívoco e cadastrou em sua base de dados os produtos listados na autuação como sujeitos a ‘regime de ST’, quando estariam submetidos a ‘regime normal’ de apuração e recolhimento, fato este que foi assumido pelo contribuinte desde o momento da apresentação da impugnação”.

É preciso, dessa forma, esclarecer que se o contribuinte assumiu algum ônus sobre as aquisições, é ele quem deve provar porque dos elementos dos autos que foram inseridos até o momento processual só se deve chegar a uma conclusão: que os valores lançados pela fiscalização são devidos.

Por isso mesmo que o pedido para que se anule a decisão monocrática para que o contribuinte prove os pagamentos chega a ser estapafúrdio, insinuando um desejo de eternizar a lide, já que o contribuinte dispôs de cinco longos anos, desde que o auto de infração foi lavrado, e de duas instâncias administrativas de julgamento para provar o que até aqui não provou, precluindo, seja de forma temporal ou consumativa, seu direito.

Ora, que oportunidades seriam mais adequadas de provar seu suposto direito que não as instâncias de julgamento que são exatamente as que têm o objetivo precípua de controlar a legalidade dos atos administrativos de lançamento de ofício do crédito tributário. NENHUMA.

Ao invés, o contribuinte se furtou de apresentar esses documentos e, se existentes, não fazem parte dos autos, não podendo ser motivador da consciência do julgador, baseado na premissa de que “o que não está nos autos não está no mundo”.

Por todo o exposto,

V O T O - pelo recebimento dos recursos voluntário, por regular e tempestivo, no mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença prolatada na primeira instância, declarando PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001939/2014-32, lavrado em 27/10/2014, em desfavor da empresa EMPREENDIMIENTOS PAGUE MENOS, inscrição estadual nº 16.127.043-3, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de R\$ 2.218,95 (dois mil, duzentos e dezoito reais e noventa e cinco centavos), sendo R\$ 1.267,97 (hum mil, duzentos e sessenta e sete reais e noventa e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e mais R\$ 950,98 (novecentos e cinquenta reais e noventa e oito centavos) por aplicação do artigo 82, IV, da Lei 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 07 de junho de 2019.

ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator