Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº1794962016-1
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente:OSAKA RESTAURANTE LTDA
Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP
Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ
Autuante(s):REGINA DA SILVA MOURA SANTOS
Relator:CONS.ºSIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – RESTAURANTES E SIMILARES - REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO RECONHECIDA – DENÚNCIA CARACTERIZADA EM PARTE – AJUSTES REALIZADOS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF – VÍCIO FORMAL CONFIGURADO – NULIDADE - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 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.
- Imperiosa a redução da base de cálculo do ICMS, por se tratar de restaurante, conforme preconiza o artigo 34, IV, do RICMS/PB. Inexistência de fundamento legal para exclusão do benefício em tela, ainda que verificada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.
- A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

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 voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a decisão recorrida e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00002780/2016-35, lavrado em 27 de dezembro de 2016 em desfavor da empresa OSAKA RESTAURANTE LTDA., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R$ 29.008,92 (vinte e nove mil, oito reais e noventa e dois centavos), sendo R$ 14.504,46 (catorze mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/c o artigo 646, todos do RICMS/PB e R$ 14.504,46 (catorze mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e seis centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ao tempo que cancela, por indevida, a quantia de R$ 34.685,74 (trinta e quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R$ 21.051,73 (vinte e um mil, cinquenta e um reais e setenta e três centavos) de ICMS e R$ 13.634,01 (treze mil, seiscentos e trinta e quatro reais e um centavo) de multa.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de julho de 2019.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FRANCISO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002780/2016-35, lavrado em 27 de dezembro de 2016 em desfavor da empresa OSAKA RESTAURANTE LTDA., inscrição estadual nº 16.118.406-5.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

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 prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

0254 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa:

FALTA DE LANÇAMENTO DAS REDUÇÕES Z NOS MAPAS RESUMO DOS ECF'S 2869, 18115, 3776 E 5406.

Em decorrência destes fatos, a representante fazendária, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no artigo 646, bem como os artigos 376 e 379 c/c o artigo 106, II, "a", todos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R$ 63.694,66 (sessenta e três mil, seiscentos e noventa e quatro reais e sessenta e seis centavos), sendo R$ 35.556,19 (trinta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e dezenove centavos) de ICMS e R$ 28.138,47 (vinte e oito mil, cento e trinta e oito reais e quarenta e sete centavos) a título de multas por infração, com fulcro no artigo 82, V, "f" e II, "e", da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 7 a 45.

Depois de cientificada pessoalmente em 28 de dezembro de 2016, 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. 47), protocolada em 26 de janeiro de 2017, por meio da qual afirma que inexistem divergências das informações contidas no arquivo magnético, bem como irregularidades no uso do ECF referente aos períodos fiscalizados[1].

Com estas alegações, a defesa requereu a revisão do Auto de Infração.

A impugnante trouxe aos autos cópias dos seguintes documentos:

a) Auto de Infração nº 93300008.09.00002781/2016-80 (fls. 48 a 52);

b) Comprovante de inscrição e de situação cadastral na Receita Federal do Brasil (fls. 53);

c) Ficha de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Paraíba (fls. 54);

d) Procuração outorgando poderes para o Sr. Takashi Ono e R. G. do outorgado (fls. 55 e 56, respectivamente);

e) Contrato de constituição da sociedade (fls. 57 a 61).

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 62), foram os autos conclusos (fls. 63) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. FALTA DE LANÇAMENTO DAS REDUÇÕES Z NO MAPA RESUMO DO ECF. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DENÚNCIA COMPROVADAS.

- Confirmada a irregularidade fiscal atestando a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios, levanto a caracterização de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto incidente.

- A falta de lançamento das operações fiscais emitidas pela Redução Z no Mapa Resumo do ECF acarretou em ausência de informações imprescindíveis à apuração do ICMS, repercutindo em falta de recolhimento do imposto.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 25 de setembro de 2018 e inconformada com os termos da sentença, a defesa apresentou, em 24 de outubro de 2018, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio do qual assevera, em síntese, que:

a) Os créditos tributários referentes ao exercício de 2011 se encontram extintos pela decadência, nos termos do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional;

b) Em janeiro de 2011, ocorreu um erro de informação na Guia de Informação Mensal – GIM, todavia o extrato do Simples Nacional em anexo comprova que o imposto foi integralmente recolhido, tanto que os valores correspondem àqueles apontados no Auto de Infração. Fato este que se repetiu nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho e outubro do mesmo exercício;

c) No caso do mês de julho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2011, ocorreram pequenas divergências de faturamento nos valores de R$ 940,45 (novecentos e quarenta reais e quarenta e cinco centavos), R$ 1.132,76 (um mil, cento e trinta e dois reais e setenta e seis centavos), R$ 182,08 (cento e oitenta e dois reais e oito centavos), R$ 336,29 (trezentos e trinta e seis reais e vinte e nove centavos) e R$ 194,64 (cento e noventa e quatro reais e sessenta e quatro centavos);

d) Em 2012, a falta de recolhimento em virtude de irregularidades no uso do ECF decorreu de erro de digitação da Redução “Z”, quando houve a inversão da Redução nº 2176 (leitura 000660) com a Redução nº 2177 (leitura 2177);

e) No caso da denúncia de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, a fiscalização incluiu documentos: ***i***) que não acobertaram aquisições de matérias-primas; ***ii***) com imposto retido antecipadamente por substituição tributária; ***iii***) efetivamente escriturados pela empresa, ***iv***) registrados com pequenos erros de digitação;

f) O Auto de Infração apontou suposta falta de lançamento das Reduções “Z” nos mapas resumo dos ECF 2869, 1815, 3776 e 5406, todavia tais mapas e demais documentos sequer foram apresentados nos autos, o que inviabiliza até mesmo o conhecimento da suposta infração, cerceando, por completo, o direito de defesa da recorrente;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

g) A peça acusatória não indica a regular capitulação da suposta conduta ilícita, uma vez que foi apontado o *caput* do artigo 646 do RICMS/PB, sem precisar qual dos seus incisos teria sido violado;

h) O Auto de Infração é nulo de pleno direito, por violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa;

i) A penalidade é desproporcional e confiscatória.

Com fundamento nas razões acima expostas, a recorrente requer:

a) Seja reconhecida a decadência dos créditos tributários referentes ao exercício de 2011;

b) A procedência apenas dos valores reconhecidos pela empresa, excetuando-se a penalidade, dada a inexistência de dolo;

c) A nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, visto que não foi apontado o tipo de irregularidades ou mesmo a origem dos valores supostamente omitidos quanto à acusação *de falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF*, bem como por falta de motivação jurídica da aplicação do artigo 646 do RICMS/PB em relação à denúncia de *falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios*;

d) A redução da multa para o máximo de 20% (vinte por cento) do imposto devido.

Documentos anexados às fls. 90 a 242.

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 análise versa sobre as seguintes denúncias: ***i***) aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, irregularidade constatada pela fiscalização ao detectar a ausência de lançamento de diversas notas fiscais de aquisição nos livros próprios da empresa e ***ii***) falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF.

Antes de analisarmos as acusações, necessário se faz discorrermos acerca da decadência arguida pela recorrente.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

É cediço que o ato administrativo do lançamento tributário tem a função de promover a constituição do crédito tributário. Assim, de acordo com a melhor doutrina, o referido lançamento tem natureza jurídica mista, sendo declaratória da existência da obrigação tributária, ao mesmo tempo em que é constitutivo do crédito.

Ocorre que, para conferir segurança jurídica na relação entre sujeitos ativo e passivo, a lei também impõe limites a regulamentar a atividade administrativa do lançamento tributário, sendo uma delas a decadência, afastando a possibilidade de que essa
relação jurídica seja *ad aeternum*. Por isso, submete-se aos efeitos decorrentes da inércia prolongada, tendo em vista o ato de lançar constituir-se, a um só tempo, um direito e um dever do sujeito ativo.

Em relação ao ICMS, como este se submete ao chamado lançamento por homologação, o que ocorre é que, havendo inércia do sujeito ativo na constituição do crédito tributário, ocorrendo o pagamento, ocorre a homologação tácita do pagamento realizado, ainda que efetivado a menor.

Amparada a essa homologação tácita, em razão do decurso do prazo definido em lei, incidem os efeitos da decadência, um dos quais afetando o direito de rever o dito recolhimento antecipado por meio de lançamento de ofício. Portanto, ocorrem dois fenômenos distintos a um só tempo: primeiro, a homologação tácita do pagamento eventualmente realizado; segundo, a impossibilidade da revisão da quitação efetivada, ainda que de forma incorreta.

Analisando o aspecto da data inicial para a contagem dos prazos, vê-se que haverá a incidência do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN nos casos em que houver pagamento antecipado, promovido pelo contribuinte, conforme se conclui da exegese do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo, a homologação será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Este disciplinamento também se encontra positivado no artigo 22, da Lei nº 10.094/13.

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

De outra sorte, não ocorrendo nenhuma das hipóteses do § 3º do art. 22, da Lei nº 10.094/13, não haverá substrato a ser homologado, motivo pelo qual o prazo inicial será aquele disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

No caso em exame, em se tratando de omissões de receitas (falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios) e omissões de informações (falta de lançamento de Reduções “Z” em mapas resumo de ECF), o Fisco não teria como homologar lançamentos dos quais não tinha ciência.

Diante deste cenário, a regra aplicável em matéria de decadência é a estabelecida no artigo 173, I, do CTN, ou seja, a contagem do prazo decadencial inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Sendo assim, para fatos geradores ocorridos em 2011, o Fisco teria até o último dia do ano de 2016 para efetuar o lançamento.

Considerando que a ciência do Auto de Infração se efetivou em 28 de dezembro de 2016, nenhum dos lançamentos registrados na peça acusatória foi alcançado pela decadência.

A recorrente alega que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez que, quanto à falta de lançamento de Reduções “Z” nos mapas resumo dos ECF, a fiscalização não teria apresentado as provas para embasar a denúncia. Mais ainda, afirma que, quanto aos lançamentos relativos aos meses de maio, junho, outubro e novembro de 2013; março e agosto de 2014, não há como identificar qual a irregularidade cometida ou mesmo a origem dos valores supostamente omitidos.

Pois bem. Diferentemente do que afirma a defesa, a auditora fiscal juntou ao processo, às fls. 40 a 45, planilhas analíticas nas quais estão contidas todas as informações necessárias para que o contribuinte pudesse oferecer sua defesa de forma ampla, cabendo à autuada apresentar provas para afastar, total ou parcialmente, a denúncia contra ela formulada.

No que se refere à arguição de nulidade por indicação imprecisa do dispositivo legal relativo à falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, por questão de sistematização e clareza, deixaremos para abordar o tema quando da análise individualizada da referida acusação, o que faremos a seguir.

Passemos ao mérito.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

Como já destacado anteriormente, a defesa assevera que, ao lavrar o Auto de Infração ora em análise, a fiscalização apontara, como infringido, o *caput* do artigo 646 do RICMS/PB, sem indicar qual dos incisos do referido dispositivo legal teria sido violado. Por este motivo, entende a recorrente que os lançamentos estariam prejudicados por falta de regular fundamentação legal.

Da análise dos autos, é possível extrair que o fato de não haver sido indicado o inciso específico em nada prejudicou o direito de defesa do contribuinte. E mais, a suposta lacuna não enseja o afastamento dos créditos tributários, dado que não há qualquer dissonância entre a descrição da infração e o *caput* do artigo 646 do RICMS/PB e pelos motivos que passaremos a apresentar.

Além de caracterizar descumprimento de obrigação acessória, a falta de escrituração de documentos fiscais de entradas pode ganhar contornos mais amplos. Isto porque a legislação tributária do Estado da Paraíba incluiu esta conduta no rol daquelas que autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto devido.

Vejamos o que estabelecem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB[2]:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º 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.

Nova redação dada ao § 8º do art. 3º pelo art. 1º da Lei nº 9.550/11 (DOE de 07.12.11.

§ 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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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.

RICMS/PB:

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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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. (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;

A acusação relaciona-se a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2011 a 2013.

Dito isto, observemos que a redação do artigo 646 do RICMS/PB vigente até o dia 22 de junho de 2012 não era desmembrada em incisos, estando as condutas autorizativas de presunção de saídas tributáveis sem pagamento do imposto todas (incluindo-se a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas) relacionadas no *caput* do referido artigo.

A subdivisão do artigo 646 do RICMS/PB em incisos somente ocorreu a partir de 23 de junho de 2012, com a publicação do Decreto nº 33.047/12 que, por meio do seu artigo 1º, deu nova redação

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ao dispositivo em questão.

O fato de o conteúdo do *caput* do artigo 646 do RICMS/PB haver sido desmembrado e o inciso específico não haver sido apontado no Auto de Infração, data vênia, não contamina o procedimento fiscal, pois, como já relatado alhures, a precisa descrição da infração, associada às provas anexadas pela fiscalização, oferecem todas as condições para validar a denúncia.

A presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido dispositivo.

Quanto ao mérito, a recorrente contesta a inclusão de diversos documentos fiscais na relação apresentada pela auditoria. Entende a autuada ser necessário o afastamento de alguns documentos pelos seguintes motivos:

a) Por não representarem aquisições de matérias-primas;

b) Em razão de haverem acobertado aquisições de produtos com tributação na origem por substituição tributária;

c) Pelo fato de estarem escriturados (em alguns casos, com pequenos erros de digitação).

Em se tratando de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto devido, é necessário atentarmos que, no caso de 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 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 que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis, cabendo ao contribuinte o ônus de provar o contrário.

Assim, torna-se irrelevante, para o caso em tela, a efetiva destinação dos produtos adquiridos (revenda, uso, consumo, ativo imobilizado, etc.), bem como o fato de o imposto relativo à mercadoria adquirida ter sido retido por substituição tributária. Isto porque não se busca tributar as mercadorias consignadas nos documentos fiscais não escriturados. O que se almeja é alcançar operações pretéritas que se encontram à margem da tributação, cujas receitas possibilitaram a aquisição destes produtos.

No que se refere aos alegados equívocos de lançamento (erros de digitação), a recorrente não logrou êxito em comprová-los. Ocorre que a denúncia se refere a *falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios*, ou seja, ausência de escrituração nos livros fiscais e/ou contábeis.

Em assim sendo, caberia ao contribuinte apresentar os registros fiscais e/ou contábeis que comprovassem a regularidade das operações. Noutras palavras, o ônus de demonstrar que houve erros de digitação sem qualquer repercussão tributária era da recorrente.

Em que pese a autuada ter colacionado diversos documentos com vistas a comprovar as afirmações firmadas em seu recurso, o fato é que, no tocante à denúncia em exame, olvidou-se de trazer à baila os elementos essenciais: os livros fiscais e/ou contábeis.

Destarte, em vista de todo o exposto, ratifico os termos da decisão singular quanto à inexistência de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

provas em favor do contribuinte que pudessem afastar a exigência de créditos tributários relativos aos documentos relacionados à acusação.

Não obstante este fato, reputo necessário alterar os créditos tributários originalmente lançados, e o faço com arrimo no que estabelece o artigo 34, IV, do RICMS/PB:

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

(...)

IV - até 30 de abril de 2000, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98 e 05/99).

Registre-se que, para usufruir do benefício de que trata o artigo 34, IV, do RICMS/PB, a legislação exige, tão somente, que haja fornecimento de refeição e que seja promovido por bares, restaurantes ou estabelecimentos similares. Nada mais.

Considerando que a recorrente tem sua atividade econômica enquadrada no CNAE 5611-2/01 (RESTAURANTES E SIMILARES)[3], não há como desconsiderarmos que ela, mesmo incorrendo em omissão de receitas, não faça jus ao referido benefício.

Tendo em vista que a redução de base de cálculo deve ser considerada como uma isenção parcial, o dispositivo legal (artigo 34, IV, do RICMS/PB) deve ser interpretado literalmente, nos termos do que estatui o artigo 111, II, do Código Tributário Nacional:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

Ressalto que já foram proferidas algumas decisões neste sentido pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, a exemplo do Acórdão nº 242/2018, da lavra da Cons.ª Maira Catão da Cunha Cavalcanti Simões, cuja ementa do voto divergente reproduzo a seguir:

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM 30% PARA FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES POR BARES E RESTAURANTES. REFORMADA A SENTENÇA RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- A ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis verificada nas Contas Mercadorias e Levantamento Financeiro enseja a presunção de não recolhimento do ICMS, em conformidade com a legislação correlata.

- Fiscalização que procedeu corretamente com os lançamentos, nos termos da do art. 142 do Código Tributário Nacional. Não ocorrência de prejuízos à defesa do contribuinte.

- Benefício fiscal do art. 34, IV, do RICMS aplicável à espécie. Inexistência de fundamento legal para sua exclusão, ainda que verificada omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Ainda acerca da matéria, julgando esclarecedores os argumentos trazidos pela nobre conselheira relatora, peço vênia para transcrever um trecho do referido Acórdão:

"*Certo é que, quando a vontade do legislador é a de condicionar o gozo de benefício fiscal pelo contribuinte à observância de determinados procedimentos, ele o faz mediante previsão na própria norma instituidora ou em norma de superior hierarquia. Esclarecedor é o exemplo contido no §20, inciso III, do artigo 33 do próprio RICMS/PB, que passo a transcrever:*

Art. 33. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações seguintes, de forma que a carga tributária resulte nos percentuais abaixo indicados:

(...)

XI - nas prestações de serviço de televisão por assinatura, observado o disposto nos §§ 20 a 23 (Convênios ICMS 57/99 e 20/11);

a) 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2000;

b) 15% (quinze por cento) (Convênios ICMS 78/15 e 99/15);

(...)

§ 20. A utilização do benefício previsto no inciso XI observará, ainda, o seguinte (Convênio ICMS 78/15):

I - será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de tributação;

II - o contribuinte que optar pelo benefício não poderá utilizar quaisquer créditos fiscais;

III - fica condicionada ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação;

IV – que todos os meios e equipamentos necessários à prestação do serviço, quando fornecidos pela empresa prestadora, estejam incluídos no preço total do serviço de comunicação;

Portanto, do que se extrai do art. 33, XI, § 20, III, do RICMS/PB, quis o legislador, neste caso, incluir comportamento condicionante a ser observado pelo contribuinte para a fruição daquele benefício, que trata, como visto, de redução na base de cálculo nas prestações de serviço de televisão por

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

assinatura. A existência da norma ora apontada corrobora com o entendimento por mim esposado, de que as hipóteses de exclusão de benefício fiscal, devem estar, necessariamente, previstas em lei."

Sendo assim, tendo em vista a necessidade de adequação do crédito tributário ao comando emanado pelo artigo 34, IV, do RICMS/PB, refiz o cálculo do valor efetivamente devido pela recorrente, estando os resultados discriminados na planilha a seguir:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	**PERÍODO**	**BASE DE CÁLCULO REGISTRADA NO A. I. (R$)**	**BASE DE CÁLCULO NOS TERMOS DO ART. 34, IV, DO RICMS/PB (R$)**	**ICMS DEVIDO (R$)**
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	jan/11	3.968,65	2.778,06	472,27
	abr/11	838,84	587,19	99,82
	mai/11	735,00	514,50	87,47
	jun/11	3.630,47	2.541,33	432,03
	jul/11	3.460,46	2.422,32	411,79
	ago/11	150,00	105,00	17,85
	dez/11	3.589,93	2.512,95	427,20
	jan/12	1.705,45	1.193,82	202,95
	fev/12	821,82	575,27	97,80
	mar/12	58.260,50	40.782,35	6.933,00
	abr/12	1.627,29	1.139,10	193,65

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

mai/12	2.947,83	2.063,48	350,79
jun/12	1.836,90	1.285,83	218,59
jul/12	485,84	340,09	57,81
ago/12	4.347,50	3.043,25	517,35
set/12	2.300,22	1.610,15	273,73
nov/12	1.031,94	722,36	122,80
jan/13	991,42	693,99	117,98
fev/13	399,29	279,50	47,52
abr/13	1.126,49	788,54	134,05
mai/13	6.083,43	4.258,40	723,93
dez/13	3.889,96	2.722,97	462,91
jan/14	17.656,99	12.359,89	2.101,18

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF

A matéria em apreciação versa sobre a acusação de falta de recolhimento do ICMS em virtude de irregularidades no uso de equipamentos emissores de cupons fiscais - ECF.

Segundo consta na nota explicativa do Auto de Infração nº 93300008.09.00002780/2016-35, a infração materializou-se quando detectada falta de lançamento de diversas Reduções “Z” no mapa

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

resumo do ECF apresentado pela recorrente à Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba, conforme provas acostadas às fls. 40 a 45.

Com efeito, a supressão de dados da Redução “Z” acarreta ausência de informações imprescindíveis à apuração do ICMS e, *ipso facto*, resulta em falta de pagamento do imposto devido.

Ao cotejar as informações contidas na memória fiscal e na memória de fita detalhe, a auditora responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00005047/2016-22 identificou a ausência de diversas Reduções “Z” que repercutiram em supressão de parcela do tributo devido ao Estado da Paraíba.

Ocorre que, ao efetuar a denúncia, a fiscalização descreveu a conduta como *falta de recolhimento do imposto estadual* ***em virtude de irregularidades no uso do ECF***, apontando, como infringidos, os artigos 376, 379 e 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 376. O contribuinte que mantiver ECF em desacordo com as disposições deste Capítulo pode ter fixada, mediante arbitramento, a base de cálculo do imposto devido.

Art. 379. São considerados tributados valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas deste Capítulo.

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;

A Redução “Z” contém os registros totais das vendas diárias, segregando-as com base no regime tributário das mercadorias vendidas. Além disso, o mapa resumo corresponde à escrituração diária das referidas Reduções “Z”, conforme estabelecem os artigos 362 e 365, ambos do RICMS/PB:

Art. 362. No final de cada dia, será emitida uma Redução "Z" de todos os ECF’s em uso, devendo o cupom respectivo ser mantido à disposição do Fisco por 5 (cinco) anos e conter, no mínimo, as seguintes indicações:

I - denominação: Redução "Z";

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

II - nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente;

III - data (dia, mês e ano) e hora da emissão;

IV - número indicado no Contador de Ordem da Operação;

V - Número de Ordem seqüencial do ECF, atribuído pelo estabelecimento;

VI - número indicado no Contador de Reduções;

VII - relativamente ao Totalizador Geral:

a) importância acumulada no final do dia;

b) diferença entre os valores acumulados no final do dia e no final do dia anterior;

VIII - valor acumulado no Totalizador Parcial de Cancelamento, quando existente;

IX - valor acumulado no Totalizador Parcial de Desconto, quando existente;

X - diferença entre o valor resultante da operação realizada na forma da alínea "b", do inciso VII e a soma dos valores acusados nos totalizadores referidos nos incisos VIII e IX;

XI - separadamente, os valores acumulados nos totalizadores parciais de operações:

a) com substituição tributária;

b) isentas;

c) não tributadas;

d) tributadas;

XII - valores sobre os quais incide o ICMS, segundo as alíquotas aplicáveis às operações, respectivas alíquotas e montante do correspondente imposto debitado, em se tratando de ECF-PDV e ECF-IF;

XIII - Totalizadores Parciais e contadores de operações não fiscais, quando existentes (Convênios ICMS 156/94 e 65/98);

XIV - versão do programa fiscal;

XV - Logotipo Fiscal (BR estilizado);

XVI – o Contador Geral de Comprovante Não Fiscal (Convênio ICMS 65/98).

Art. 365. Com base no cupom previsto no art. 362, as operações e/ou prestações serão registradas, diariamente, em documento, conforme Anexo 89, contendo as seguintes indicações:

I - denominação "Mapa Resumo ECF";

II - numeração, em ordem seqüencial, de 000.001 a 999.999, reiniciada quando atingido este limite;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

III - nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento;

IV - data (dia, mês e ano);

V - Número de Ordem seqüencial do ECF;

VI - número constante no Contador de Reduções, quando for o caso;

VII - número do Contador de Ordem de Operação da última operação do dia;

VIII - série, subsérie e número de ordem específico final dos documentos pré-impressos emitidos no dia, quando for o caso;

IX - coluna "Movimento do Dia" ou “Venda Bruta Diária”: diferença entre os valores acumulados, no final do dia e no final do dia anterior, no Totalizado Geral referido no inciso IV do art. 345;

X - coluna "Cancelamento/Desconto", quando for o caso: importâncias acumuladas nos totalizadores parciais de cancelamento e desconto;

XI - coluna "Valor Contábil": valor apontado na coluna "Movimento do Dia" ou a diferença entre os valores indicados nas colunas "Movimento do Dia" e "Cancelamento/Desconto";

XII - coluna "Substituição Tributária": importância acumulada no totalizador parcial de substituição tributária;

XIII - coluna "Isenta ou Não-Tributada": soma das importâncias acumuladas nos totalizadores parciais de isentas e não tributadas;

XIV - coluna "Base de Cálculo": valores sobre os quais incide o ICMS, segundo as alíquotas aplicáveis às operações e/ou prestações discriminadas por situação tributária;

XV - coluna "Alíquota": alíquota do ICMS aplicada à base de cálculo indicada conforme inciso anterior;

XVI – coluna "Imposto Debitado": montante do correspondente imposto debitado;

XVII - coluna "Outros Recebimentos";

XVIII – linha "Totais": soma de cada uma das colunas prevista nos incisos IX a XVII.

Estes valores devem ser escriturados no Livro Registro de Saídas do contribuinte, segundo comando do artigo 366 do RICMS/PB:

Art. 366. Os totais apurados na forma do inciso XVIII, do artigo anterior, devem ser escriturados nas colunas próprias do Registro de Saídas, observando-se, quanto à coluna sob o título "Documento Fiscal", o seguinte:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I - como espécie: a sigla "CF";

II - como série e subsérie: a sigla "ECF";

III - como números inicial e final do documento fiscal: o número do "Mapa Resumo ECF" emitido no dia;

IV - como data: aquela indicada no respectivo "Mapa Resumo ECF".

Observemos que há um descompasso entre o que fora registrado na Nota Explicativa do Auto de Infração e a descrição da acusação. Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional a irregularidades no uso do ECF, a segunda afirma que houve falta de lançamento de Reduções “Z” nos mapas resumo dos ECF.

Em verdade, o que se depreende dos autos é que o contribuinte não cometeu (ao menos não restou demonstrado) irregularidades no uso dos equipamentos ECF. O fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo deixado de registrar as operações por meio deles realizadas, reduzindo, desta forma, o valor do tributo devido.

Assim, o que ocorreu foi que a ausência de informações nos mapas resumo. Não houve, ao contrário do que indica a descrição da infração e as provas que a embasaram, irregularidades no uso do ECF.

Destarte, não foram infringidos os artigos 376 e 379 do RICMS/PB. Tanto é assim, que não foram arbitrados quaisquer valores para fixação da base de cálculo do imposto devido, tendo sido utilizados os dados das Reduções “Z”.

Por outro lado, a fiscalização desconsiderou o regime de tributação dos itens comercializados pela empresa, isto porque, mesmo restando informada a existência de operações com produtos isentos e/ou submetidos à substituição tributária, atribuiu, como base para apuração do ICMS, o total das vendas líquidas para cada período. Vejamos, a título exemplificativo, as informações relativas ao mês de janeiro de 2011:

Período	**Redução “Z” nº**	**Data de Emissão**	**Venda T1700 (R$)**	**Venda F1 + I1 (R$)**	**Venda Líquida (R$)**	**ICMS Normal (R$)**	**ICMS Normal + F1 + I1 (R$)**
jan/11	1761	02/01/2011	793,51	112,75	906,26	134,90	154,06

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

jan/11	1526	02/01/2011	1.211,98	224,4	1.436,38	206,04	244,18
jan/11	1529	06/01/2011	994,04	180	1.174,04	168,99	199,59
jan/11	1530	07/01/2011	626,51	106,85	733,36	106,51	124,67
jan/11	1531	08/01/2011	908,27	183,15	1.091,42	154,41	185,54
jan/11	1532	09/01/2011	2.658,29	521,84	3.180,13	451,91	540,62
jan/11	1533	11/01/2011	2.954,80	549,25	3.504,05	502,32	595,69
jan/11	1534	12/01/2011	976,69	150,15	1.126,84	166,04	191,56
jan/11	1535	13/01/2011	911,46	156,75	1.068,21	154,95	181,60
jan/11	1536	14/01/2011	737,83	127,6	865,43	125,43	147,12
jan/11	1537	15/01/2011	1.278,46	207,1	1.485,56	217,34	252,55
jan/11	1538	16/01/2011	1.480,45	315,7	1.796,15	251,68	305,35
jan/11	1539	18/01/2011	2.052,33	377,3	2.429,63	348,90	413,04
jan/11	1540	19/01/2011	911,17	118,6	1.029,77	154,90	175,06
jan/11	1541	20/01/2011	737,00	123,75	860,75	125,29	146,33
jan/11	1543	22/01/2011	648,88	100,9	749,78	110,31	127,46
jan/11	1544	23/01/2011	623,33	93,85	717,18	105,97	121,92
jan/11	1545	25/01/2011	677,73	89,6	767,33	115,21	130,45
jan/11	1548	28/01/2011	311,40	56	367,40	52,94	62,46

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

jan/11	1549	29/01/2011	177,02	29,3	206,32	30,09	35,07
jan/11	1550	30/01/2011	69,28	4,95	74,23	11,78	12,62
jan/11 Total						3.695,87	**4.346,94**

Considerando que não foram comprovadas quaisquer irregularidades no uso do ECF, e sim ausência de informações que resultaram em falta de recolhimento do tributo devido, não poderia a fiscalização se valer do comando emanado pelo artigo 379 do RICMS/PB e considerar todas as vendas como submetidas ao regime normal de tributação.

Ao se abster de registrar Reduções “Z” nas suas declarações enviadas à Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba, o sujeito passivo descumpre, ao mesmo tempo, obrigações acessória e principal. No primeiro momento, despreza um comando instrumental que o compele a registrar todas as suas operações de saídas nos livros próprios e, caso estas informações omitidas tenham repercussão tributária no tributo a ser recolhido, provoca, como consequência, a supressão de parcela de ICMS devido ao Erário Estadual.

Diante destas considerações, havemos de concluir que, para o caso em análise, a descrição do fato e a norma legal infringida não se coadunam com a situação fática descrita na Nota Explicativa do Auto de Infração, motivo pelo qual se impõe o reconhecimento de existência de vício formal que contaminou os créditos tributários em sua integralidade, por afronta ao disposto no artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13:

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.)

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório em exame. A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelecem os artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional:

Lei nº 10.094/13:

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

No que se refere à alegação da recorrente quanto à exorbitância das multas impostas, o caso, na esfera administrativa, não comporta maiores debates.

A análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Não bastasse este fato, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não são confiscatórias as multas que não ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

Nesse sentido, confiram-se os julgados:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral." (RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido." (RE 748.257-AgR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Por conseguinte, o crédito tributário efetivamente devido pela recorrente resultou nos seguintes montantes:

		AUTO DE INFRAÇÃO		**VALOR CANCELADO**		**CRÉDITO TRIBUTÁRI**	
DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS (R$)	MULTA (R$)	ICMS (R$)	MULTA (R$)	ICMS (R$)	MULTA (R$)
FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	jan/11	674,67	674,67	202,40	202,40	472,27	472,27
	abr/11	142,60	142,60	42,78	42,78	99,82	99,82
	mai/11	124,95	124,95	37,49	37,49	87,47	87,47

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

jun/11	617,18	617,18	185,15	185,15	432,03	432,03
jul/11	588,28	588,28	176,49	176,49	411,79	411,79
ago/11	25,50	25,50	7,65	7,65	17,85	17,85
dez/11	610,29	610,29	183,09	183,09	427,20	427,20
jan/12	289,93	289,93	86,98	86,98	202,95	202,95
fev/12	139,71	139,71	41,91	41,91	97,80	97,80
mar/12	9.904,29	9.904,29	2.971,29	2.971,29	6.933,00	6.933,00
abr/12	276,64	276,64	82,99	82,99	193,65	193,65
mai/12	501,13	501,13	150,34	150,34	350,79	350,79
jun/12	312,27	312,27	93,68	93,68	218,59	218,59
jul/12	82,59	82,59	24,78	24,78	57,81	57,81
ago/12	739,08	739,08	221,73	221,73	517,35	517,35
set/12	391,04	391,04	117,31	117,31	273,73	273,73
nov/12	175,43	175,43	52,63	52,63	122,80	122,80
jan/13	168,54	168,54	50,56	50,56	117,98	117,98
fev/13	67,88	67,88	20,36	20,36	47,52	47,52
abr/13	191,50	191,50	57,45	57,45	134,05	134,05
mai/13	1.034,18	1.034,18	310,25	310,25	723,93	723,93

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

	dez/13	661,29	661,29	198,38	198,38	462,91	462,91
	jan/14	3.001,69	3.001,69	900,51	900,51	2.101,18	2.101,18
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF	jan/11	4.346,94	2.173,47	4.346,94	2.173,47	0,00	0,00
	fev/11	197,29	98,65	197,29	98,65	0,00	0,00
	mar/11	202,50	101,25	202,50	101,25	0,00	0,00
	abr/11	133,80	66,90	133,80	66,90	0,00	0,00
	mai/11	214,80	107,40	214,80	107,40	0,00	0,00
	jun/11	340,87	170,44	340,87	170,44	0,00	0,00
	jul/11	662,86	331,43	662,86	331,43	0,00	0,00
	ago/11	953,39	476,70	953,39	476,70	0,00	0,00
	set/11	2.029,95	1.014,98	2.029,95	1.014,98	0,00	0,00
	out/11	1.469,39	734,70	1.469,39	734,70	0,00	0,00
	nov/11	1.535,78	767,89	1.535,78	767,89	0,00	0,00
	dez/11	69,55	34,78	69,55	34,78	0,00	0,00
	mai/12	467,75	233,88	467,75	233,88	0,00	0,00
	mai/13	0,34	0,17	0,34	0,17	0,00	0,00
	jun/13	64,12	32,06	64,12	32,06	0,00	0,00
	out/13	224,52	112,26	224,52	112,26	0,00	0,00

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

	nov/13	176,23	88,12	176,23	88,12	0,00	0,00
	mar/14	1.518,06	759,03	1.518,06	759,03	0,00	0,00
	ago/14	227,39	113,70	227,39	113,70	0,00	0,00
TOTAIS (R$)		**35.556,19**	**28.138,47**	**21.051,73**	**13.634,01**	**14.504,46**	**14.504,46**

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a decisão recorrida e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00002780/2016-35, lavrado em 27 de dezembro de 2016 em desfavor da empresa OSAKA RESTAURANTE LTDA., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R$ 29.008,92 (vinte e nove mil, oito reais e noventa e dois centavos), sendo R$ 14.504,46 (catorze mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/c o artigo 646, todos do RICMS/PB e R$ 14.504,46 (catorze mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e seis centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo, por indevida, a quantia de R$ 34.685,74 (trinta e quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R$ 21.051,73 (vinte e um mil, cinquenta e um reais e setenta e três centavos) de ICMS e R$ 13.634,01 (treze mil, seiscentos e trinta e quatro reais e um centavo) de multa.

Por último, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, nos termos regulamentares.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de julho de 2019..

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Phoca PDF