

PROCESSO Nº 1459112019-8

ACÓRDÃO Nº 0656/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: JOÃO BATISTA DE MELO.

Relator: CONS.º SUPLENTE ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PRELIMINAR REJEITADA. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DECADÊNCIA PARCIAL. PAGAMENTO. AJUSTES. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Cabe a exigência do diferencial de alíquota nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e para o uso e/ou consumo do estabelecimento.

A ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, conforme determinação legal, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Não configura recidiva a prática de nova infração em relação a infração anterior cujo pagamento foi efetuado após a ocorrência dos novos fatos geradores apurados.

Ajustes realizados pelo julgador singular e a insubsistência da multa recidiva acarretaram a redução de parte do crédito tributário.

Decadência configurada para os fatos geradores ocorridos no mês de setembro de 2014, referentes à acusação de falta de recolhimento do diferencial de alíquota.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos, de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do hierárquico, e provimento parcial do voluntário, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002921/2019-62,

lavrado em 28/2/2014, contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.082.144-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 58,533,31 (cinquenta e oito mil, quinhentos e trinta e três reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 29.348,43 (vinte e nove mil, trezentos e quarenta e oito reais e quarenta e três centavos), de ICMS, nos termos do art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º XIV, art. 14, X; do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 29.184,88 (vinte e nove mil, cento e oitenta e quatro reais e oitenta e oito centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 384.184,93 (trezentos e oitenta e quatro mil, cento e oitenta e quatro reais e noventa e três centavos).

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 09 de dezembro de 2021.

ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR
Conselheiro Relator Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor

PROCESSO Nº 1459112019-8

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: JOÃO BATISTA DE MELO.

Relator: CONS.º SUPLENTE ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PRELIMINAR REJEITADA. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DECADÊNCIA PARCIAL. PAGAMENTO. AJUSTES. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Cabe a exigência do diferencial de alíquota nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e para o uso e/ou consumo do estabelecimento.

A ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, conforme determinação legal, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Não configura recidiva a prática de nova infração em relação a infração anterior cujo pagamento foi efetuado após a ocorrência dos novos fatos geradores apurados.

Ajustes realizados pelo julgador singular e a insubsistência da multa recidiva acarretaram a redução de parte do crédito tributário.

Decadência configurada para os fatos geradores ocorridos no mês de setembro de 2014, referentes à acusação de falta de recolhimento do diferencial de alíquota.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002921/2019-62, lavrado em 28/2/2014, contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.082.144-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/6/2014 e 31/12/2016, consta a seguinte denúncia:

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE RECOLHEU A MENOR O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DEVIDO PELA AQUISIÇÃO (TRANSFERÊNCIA) DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DA EMPRESA, VINDO DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE RECOLHEU A MENOR O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DEVIDO PELA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS PARA USO E CONSUMO DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

Foram dados como infringidos o art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º XIV, art. 14, X; art. 158, I e 160, I c/c art. 646; todos do RICMS/PB, com proposição das penalidades previstas no artigo 82, II, “e” e V, “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 442.718,24, sendo, R\$ 180.876,12, de ICMS, R\$ 176.140,08, de multa por infração e R\$ 85.702,04, de multa recidiva.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 9/10/2019 AR (fl. 84), a atuada apresentou reclamação, em 8/11/2019 (fls. 87-105).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 252) e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foi distribuído para a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário, em R\$ 58.585,71, sendo R\$ 29.348,43, de ICMS, R\$ 29.184,88, de multa por infração, e R\$ 52,40, de multa recidiva, com Recurso de Ofício, nos termos do art. 80, *caput*, da Lei nº 10.094/2013 (fls. 127-135).

Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – Dte, em 23/11/2010 (fl. 301), a atuada apresentou recurso voluntário, em 23/12/2020, onde expõe o seguinte (fls. 305-326):

- Inicialmente, aborda sobre a tempestividade do recurso e descreve um resumo dos fatos;

- Argui, em preliminar, a nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa, por não relacionar as Notas Fiscais objeto das acusações;
- Alega a impossibilidade de aplicação de multa recidiva, por falta de indicação do dispositivo legal;
- Requer a decadência do crédito tributário relativo ao período de setembro/2014, com base no art. 150, §1º do CTN;
- Afirma não haver recolhimento a menor do ICMS diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais, e que efetuou um recolhimento de R\$ 817,20, cobrindo o valor de R\$ 438,16, exigido pela fiscalização;
- Declara que a multa aplicada é abusiva e confiscatória;
 - No tocante à infração de FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS, clama pela impossibilidade de cobrança do ICMS em operações não tributadas, tais como retorno de locação, retorno de conserto e transferência de bens do ativo imobilizado e de cobrança de multa com base no valor do tributo quando a obrigação acessória descumprida não causar prejuízo ao erário;
 - Ao final, requer que o auto de infração seja considerado nulo ou improcedente, cancelando-se as exigências nele consubstanciadas.
 - Requer, ainda, que as intimações sejam realizadas em nome dos advogados Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Junior e Quiroga Advogado, a/c de Dra. Alessandra Gomensoro, na Praia do Flamengo, nº 200, 11º andar, Rio de Janeiro – RJ, CEP 22210-901.

Remetidos, a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos, *de ofício e voluntário*, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002921/2019-62, lavrado em 28/2/2014, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

PRELIMINAR

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal observou os requisitos da legislação, identificando perfeitamente o sujeito passivo e descrevendo com clareza a

matéria tributável, o montante do imposto devido, a penalidade proposta e as respectivas cominações legais, conforme prescreve o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas na inicial as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), *verbis*:

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;*
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;*
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;*
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.*

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.*

No que diz respeito às pretensões de nulidade da recorrente, em face de deficiência no suporte probatório, deve-se enfatizar que a relação de Notas Fiscais não Registradas se faz acompanhar do nº da chave de acesso, possibilitando ao contribuinte a total identificação das informações constantes nesses documentos, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Por outro lado, não se pode omitir que, nas acusações de falta de recolhimento do diferencial de alíquota, os demonstrativos não identificam a chave de

acesso e nem se fazem acompanhar de cópias dos documentos que motivaram a acusação, o que, em princípio, prejudicaria a defesa do sujeito passivo. Todavia, tratando-se de documentos declarados pelo próprio contribuinte, o acesso à sua própria base de dados proporciona o desenvolvimento amplo de sua defesa.

Neste sentido, o contribuinte desenvolveu seu recurso com riqueza de detalhes, demonstrando o perfeito entendimento do que estava sendo acusado, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Rejeito, portanto, a preliminar.

DECADÊNCIA

No tocante à decadência, deve-se reconhecer a extinção do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no mês de setembro de 2014, para a infração de falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas aquisições para o uso e/ou consumo do estabelecimento.

Neste sentido, tratando-se de imposto declarado e não recolhido, configurando o lançamento por homologação, o prazo decadencial deve ser contado à luz do art. 150, §4º, do CTN, 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. (g.n.).

No caso em exame, tendo o sujeito passivo tomado ciência do feito fiscal, em 19/10/2019, os fatos geradores ocorridos no mês de setembro de 2014 não eram mais passíveis de constituição pelo Fisco, eis que se operou a decadência.

Portanto, os valores apurados no referido período devem ser abatidos do crédito tributário apurado.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NAS AQUISIÇÕES DESTINADAS AO ATIVO FIXO

A acusação trata de falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota, nas operações interestaduais de aquisição de bens destinados ao ativo fixo da empresa, conforme demonstrativos (fls. 20-21), em desacordo com o art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º XIV, art. 14, X; todos do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

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

(...)

XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na hipótese do inciso XIV do art. 3º, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem;

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:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao 292 processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Assim, sendo constatada a falta de recolhimento do imposto, sujeita-se o contribuinte à penalidade prevista no art. 82, II “e”, da Lei nº 6.376/96, abaixo transcrito:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Em primeira instância, o julgador singular excluiu da base de cálculo o ICMS Difal relativo às Notas Fiscais, de nºs 2178, 2181 e 78705, por observar que eram oriundas do Estado de Pernambuco, com alíquota de 12% (doze por cento), assim, o ICMS Difal deveria ser calculado com base na alíquota de 5% (cinco por cento) e não de 10% (dez por cento) como efetuado pela fiscalização.

Período	Nº Nota	Emissão	Valor	Alíquota Difal	ICMS Difal	ICMS recolhido	ICMS a recolher
03/2015	2178	04/03/2018	21,96	5%	1,10	1,10	0,00
03/2015	2181	08/03/2015	184,53	5%	9,23	9,23	0,00

10/2015	78705	01/10/2015	5.188,33	5%	259,42	259,42	0,00
---------	-------	------------	----------	----	--------	--------	------

Também excluiu os valores referentes às Notas Fiscais, nºs 152902, 138842 e 96581, ao verificar que foram tributadas com alíquota de 4% (quatro por cento), assim, o ICMS Difal deveria ser calculado com alíquota de 13% (treze por cento), sendo os valores recolhidos, corretamente, através do DAR nº 3010512291.

Período	Nº Nota	Emissão	Valor	Alíquota Difal	ICMS Difal	ICMS recolhido	ICMS a recolher
12/2015	152902	25/08/2015	17.379,05	13%	2.259,28	2.259,28	0,00
12/2015	138842	29/01/2015	46.906,17	13%	6.097,80	6.097,79	0,01
12/2015	96581	31/10/2013	8.775,00	13%	1.140,75	1.140,75	0,00

Portanto, comprovado nos autos o recolhimento do tributo, venho a ratificar a decisão da instância monocrática para impropeder a acusação.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS
NAS AQUISIÇÕES DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO**

A acusação trata de falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota, nas operações interestaduais de aquisição de bens destinados ao uso e/ou consumo da empresa, conforme demonstrativos (fls. 22-28), em desacordo com o art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º XIV, art. 14, X; todos do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

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

(...)

XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na hipótese do inciso XIV do art. 3º, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem;

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:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao 292 processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Assim, sendo constatada a falta de recolhimento do imposto, sujeita-se o contribuinte à penalidade prevista no art. 82, II “e”, da Lei nº 6.376/96, abaixo transcrito:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Em primeira instância, o julgador singular excluiu da base de cálculo os valores apurados relativos ao mês de setembro de 2014, eis que alcançado pela decadência.

Também verificou que, no período de janeiro a dezembro de 2015, a auditoria cometeu lapso aplicando alíquota de 5% para as Notas Fiscais oriundas do Estado de São Paulo e 10% (dez por cento) para as Notas fiscais procedentes de Pernambuco.

Procedidos aos ajustes, resta subsistente o seguinte crédito tributário:

Período	Nº Nota	Emissão	UF	Valor	Alíquota Difal	ICMS Difal	ICMS recolhido	ICMS a recolher
09/2014	10059	30/07/2014	PE	145,00	5%	7,25	Decadente	0,00
09/2014	220	22/10/2013	PE	1.214,00	5%	9,23	Decadente	0,00
09/2014	220	22/10/2013	PE	3.594,84	5%	179,74	Decadente	0,00
01/2015	3344	27/01/2015	PE	2.608,00	5%	130,40	133,30	0,00
01/2015	3344	27/01/2015	PE	58,00	5%	2,90		0,00
01/2015	9320	26/11/2014	PE	701,00	5%	35,05	35,15	0,00
01/2015	93517	19/8/2014	SP	333,90	10%	33,39	33,39	0,00
02/2015	1184	30/1/2015	PE	628,00	5%	31,40	31,40	0,00
02/2015	1185	30/1/2015	PE	242,20	5%	12,11	12,11	0,00
02/2015	733	22/12/2014	PE	3.400,00	5%	170,00	170,00	0,00
02/2015	957	23/12/2014	PE	2.413,26	5%	120,66	120,66	0,00
02/2015	954	22/12/2014	PE	2.325,00	5%	116,25	116,25	0,00
02/2015	723	21/11/2014	PE	4.200,00	5%	210,00	210,00	0,00
02/2015	2167	26/2/2015	PE	184,53	5%	9,22	9,23	0,00
03/2015	2821	11/03/2015	PE	1.448,00	5%	72,40	127,90	0,00
03/2015	2821	11/03/2015	PE	1.110,00	5%	55,50		0,00
04/2015	3549	16/04/2015	PE	1.911,00	5%	95,50	95,55	0,00
06/2015	243	02/06/2015	PE	2.600,00	5%	130,00	130,00	0,00
07/2015	3011	07/07/2015	PE	104,00	5%	5,20	5,20	0,00
08/2015	73471	29/08/2015	SP	1.936,44	10%	193,65	193,65	0,00
08/2015	29561	19/08/2015	SP	1.381,15	10%	138,12	138,12	0,00
10/2015	3799	01/10/2015	PE	1.614,00	5%	80,70	80,70	0,00
11/2015	75930	04/11/2015	SP	1.802,60	10%	180,26	180,25	0,01
12/2015	76197	17/12/2015	SP	1.440,38	10%	144,03	0,00	144,03
12/2015	4066	21/10/2015	PE	3.661,44	5%	183,07	0,00	183,07

No que diz respeito ao período de julho e agosto de 2016, a autuada procedeu ao devido recolhimento, conforme comprova os DARs 3011828090 e 3011977377.

Assim, ratifico os termos da decisão de primeira instância, que se procedeu conforme as provas constantes dos autos e os termos da legislação de regência, para declarar devido o crédito tributário por ICMS no montante de R\$ 327,10, referentes ao diferencial de alíquota das aquisições para uso e/ou consumo da empresa, no mês de dezembro de 2015.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de ter omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2014, 2015 e 2016, ao apurar a ocorrência de compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 26-29).

Como se sabe, a falta de escrituração das operações de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

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. (g.n.).

Neste sentido, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a ausência do registro dessas Notas Fiscais denota a ocorrência de pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural, 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.

Configurado o fato gerador, fica o contribuinte sujeito à multa prevista no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrita:

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 ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

Em primeira instância, a julgadora singular afastou parte da acusação, excluindo da base de cálculo as operações sem dispêndio financeiro, por não configurar presunção de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis. Também excluiu as Notas fiscais, nºs 5247 e 601621, eis que devidamente escrituradas nos livros fiscais, mantendo a acusação para as demais operações, conforme demonstrativos (fls. 376-378).

Neste sentido, deve-se pontuar que, a despeito dos proclames da recorrente, a presunção alcança as operações isentas e/ou não tributadas que apresentem dispêndio financeiro, deixando de alcançar apenas as despidas de onerosidade, visto que estamos a falar das operações omitidas, cujos recursos foram utilizados para a aquisição das mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais não registradas.

Assim, soterra-se da mesma forma o argumento da recorrente de que a acusação trata de simples descumprimento de obrigação acessória.

Portanto, sem reparos a fazer ao procedimento da ilustre julgadora, venho a ratificar a referida decisão para declarar devido os valores ali fixados.

ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Quanto ao argumento da recorrente de que a penalidade é de cunho confiscatório, cabe esclarecer que foge da alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Nesta linha, assim, expressa o art. 72-A da Lei do PAT (Lei nº 10.094/2013):

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade,

ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo

Neste sentido, o percentual aplicado resulta de expressa disposição legal, prevista na legislação tributária do Estado da Paraíba, não podendo o auditor se eximir de aplicar o que está previsto em Lei.

Portanto, configurado que o fato denunciado caracteriza conduta típica e antijurídica, prevista na legislação, deve ser aplicada a penalidade nos termos da Lei tributária em vigor, não comportando análise da inconstitucionalidade na seara administrativa.

Outrossim, não é demais considerar que estamos a tratar de penalidade administrativa pela infração de uma obrigação fiscal definida em lei, e não de multa moratória por atraso no recolhimento do imposto. Em outras palavras, é a coerção objetiva que o Estado-Lei impõe ao contribuinte, pela violação de seu direito subjetivo, positivando o fato ilícito da relação tributária.

Neste sentido, deve-se registrar a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, em que graduou a multa punitiva, no percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

*“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, **assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%**, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”. (g.n.).*

ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA

No tocante à multa por reincidência, a fiscalização tomou como base o processo nº 145.614.2014-2, conforme cópia do Termo de Antecedentes Fiscais acostado pela julgadora singular (*fl. 291*), onde não consta o pagamento do respectivo crédito tributário, em 28/12/2018.

Portanto, considerando que as infrações cometidas no presente Processo Administrativo Tributário, ocorreram antes de 2018, confere-se ao sujeito passivo a condição de primário, por não se enquadrar em nenhum dos requisitos para a aplicação da recidiva previstos no art. 39 da Lei nº 10.094/13, abaixo reproduzido:

*Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos **contados da data do pagamento da infração**, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário*

não quitado ou não parcelado. (g.n.).

Assim, em divergência com o entendimento da julgadora singular, excluo do crédito tributário os valores referentes à multa recidiva.

Quanto à solicitação de intimação do Advogado da empresa, nega-se o pedido, com fundamento no artigo 4-A, da Lei 10.094/2013, c/c os artigos 1º, 2º e 4º, do Decreto nº 37.276/2017, visto que a empresa possui Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) e não habilitou o seu representante para receber notificações.

Por todo o exposto,

INFRAÇÃO	PERIODO		ICMS	MULTA	RECIDIVA
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/06/2014	30/06/2014			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/08/2014	31/08/2014			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/09/2014	30/09/2014	766,97	766,97	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/10/2014	31/10/2014			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/11/2014	30/11/2014	452,20	452,20	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/12/2014	31/12/2014			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/02/2015	28/02/2015	2,98	2,98	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/03/2015	31/03/2015			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2015	30/04/2015			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/06/2015	30/06/2015			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/07/2015	31/07/2015			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/08/2015	31/08/2015			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/10/2015	31/10/2015	472,62	472,62	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/11/2015	30/11/2015	150,79	150,79	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/12/2015	31/12/2015	56,12	56,12	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2016	31/01/2016			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/03/2016	31/03/2016	5.639,90	5.639,90	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2016	30/04/2016	409,09	409,09	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/05/2016	31/05/2016	286,36	286,36	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/06/2016	30/06/2016	709,52	709,52	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/07/2016	31/07/2016	19969,98	19969,98	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/08/2016	31/08/2016			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/09/2016	30/09/2016			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/10/2016	31/10/2016			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/11/2016	30/11/2016	8,32	8,32	
FALTA DE LANÇAMENTO DE N FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/12/2016	31/12/2016	96,48	96,48	

DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	01/09/2014	30/09/2014			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	01/01/2015	31/01/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	01/02/2015	28/02/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	01/03/2015	31/03/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/04/2015	30/04/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/06/2015	30/06/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/07/2015	31/07/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/10/2015	31/10/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/11/2015	30/11/2015			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/12/2015	31/12/2015	327,10	163,55	
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/07/2016	31/07/2016			
DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS – FALTAL DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC P/USO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.	01/08/2016	31/08/2016			
			28.348,43	29184,88	

VOTO pelo recebimento dos recursos, de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovemento do hierárquico, e provimento parcial do voluntário, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002921/2019-62, lavrado em 28/2/2014, contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.082.144-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 58,533,31 (cinquenta e oito mil, quinhentos e trinta e três reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 29.348,43 (vinte e nove mil, trezentos e quarenta e oito reais e quarenta e três centavos), de ICMS, nos termos do art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º XIV, art. 14, X; do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 29.184,88 (vinte e nove mil, cento e oitenta e quatro reais e oitenta e oito centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 384.184,93 (trezentos e oitenta e quatro mil, cento e oitenta e quatro reais e noventa e três centavos).

Segunda Câmara de Recursos Fiscais, Sessão realizada por meio de vídeo conferência, em 09 de dezembro de 2021.

ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR
 Conselheiro Relator