

PROCESSO Nº 1806072018-0

ACÓRDÃO Nº 0212/2022

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: EDILSON LUCAS ROSENO

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: HÉLIO GOMES CAVALCANTI FILHO

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - AUSÊNCIA DE PROVAS - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA CONFIGURADO - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Incorre em descumprimento de obrigação tributária principal o contribuinte que indica, como isentas ou não tributadas pelo ICMS, por ocasião das saídas, operações de vendas de produtos sujeitos ao imposto estadual, vez que este fato reduz o montante do tributo efetivamente devido, repercutindo no total a recolher em favor do Estado. In casu, a ausência de provas suficientes para embasar a denúncia descrita na inicial comprometeu o feito fiscal em sua integralidade, acarretando a improcedência da exigência fiscal.

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 do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão recorrida e julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002237/2018-08, lavrado em 1º de novembro de 2018 em desfavor da empresa EDILSON LUCAS ROSENO, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de abril de 2022.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1806072018-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: EDILSON LUCAS ROSENO
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: HÉLIO GOMES CAVALCANTI FILHO
Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - AUSÊNCIA DE PROVAS - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA CONFIGURADO - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Incorre em descumprimento de obrigação tributária principal o contribuinte que indica, como isentas ou não tributadas pelo ICMS, por ocasião das saídas, operações de vendas de produtos sujeitos ao imposto estadual, vez que este fato reduz o montante do tributo efetivamente devido, repercutindo no total a recolher em favor do Estado. In casu, a ausência de provas suficientes para embasar a denúncia descrita na inicial comprometeu o feito fiscal em sua integralidade, acarretando a improcedência da exigência fiscal.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002237/2018-08, lavrado em 1º de novembro de 2018, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00004983/2018-88 denuncia a empresa EDILSON LUCAS ROSENO, inscrição estadual nº 16.098.016-0, de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

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(s) 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:

O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO POR TER DEIXADO DE RECOLHER O ICMS DE VÁRIOS PRODUTOS CONFORME RELAÇÃO

ANEXA A ESTE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. HOUVE CLASSIFICAÇÃO INDEVIDA NOS ECFS, OU SEJA, PRODUTOS SUBMETIDOS A TRIBUTAÇÃO NORMAL FORAM CLASSIFICADOS COMO SENDO SUJEITOS AO INSTITUTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 106 c/c os artigos 52; 54; 2º; 3º; 60, I, “b” e III, “d” e “l”, todos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 24.451,67 (vinte e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e sessenta e sete centavos), sendo R\$ 13.972,35 (treze mil, novecentos e setenta e dois reais e trinta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 10.479,32 (dez mil, quatrocentos e setenta e nove reais e trinta e dois centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 10 a 85.

Depois de cientificada da autuação em 30 de novembro de 2018, a autuada protocolou, em 18 de dezembro de 2018, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) A autuação se deu de maneira indevida, pois, contra o contribuinte, pesa acusação desguarnecida de suporte legal;
- b) A única prova material de que se valeu a fiscalização para a acusar a empresa foi uma planilha elaborada pelo auditor fiscal responsável pela autuação na qual há referência, tão somente, aos meses fiscalizados, às mercadorias tributáveis com seus respectivos valores e aos números de cada equipamento EFC;
- c) O arcabouço probatório juntado pela auditoria não possui todas as informações necessárias para que o contribuinte possa identificar, com segurança, os números dos COO (contadores de ordens de operação) de cada equipamento.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Heitor Collett, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

AUTO DE INFRAÇÃO ANTERIOR NULO – NOVO FEITO FISCAL – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS (SUJEITAS AO ICMS-ST) MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS – MANUTENÇÃO DOS LANÇAMENTOS DE OFÍCIO.

- Realizado um novo feito fiscal, em substituição ao auto de infração anterior, julgado nulo por vício formal.
- Indicar como não tributadas pelo ICMS operações de saídas de mercadorias tributadas, resulta na falta de recolhimento do imposto em face da não oferta desses valores a débito na apuração mensal do imposto.

- Mantida a exação fiscal em face da ausência de provas capazes de ilidir o resultado da ação fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão proferida pela instância prima em 9 de março de 2021, o sujeito passivo interpôs, no dia 5 de abril de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio do qual advoga que:

- a) O julgador fiscal, ao proferir sua decisão pela procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002237/2018-08, não observou que, para constituir o novo feito fiscal, a autoridade que subscreve a peça acusatória se valeu das mesmas planilhas que foram elaboradas em 15/09/2016 para formalizar a acusação fiscal 0195 – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL, descrita no Auto de Infração nº 93300008.09.00001625/2016-00, que foi julgado nulo pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais;
- b) As planilhas apresentadas pela fiscalização não especificam (e não especificavam na ação fiscal julgada nula) os números dos COO (contadores de ordem de operação) dos equipamentos ECF, o que configura cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, pelo fato de o contribuinte não poder identificar quais as operações que originaram as diferenças tributáveis evidenciadas pelo Fisco.

Com fundamento nos argumentos apresentados, a recorrente requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração.

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 irregularidade, segundo consta na Nota Explicativa do Auto de Infração em análise, teria ocorrido em razão de o sujeito passivo haver deixado de recolher o imposto relativo a diversas operações com produtos sujeitos à tributação normal, pelo fato de tê-los classificados, nas vendas realizadas via equipamentos emissores de cupons fiscais - ECF, como mercadorias submetidas ao regramento da substituição tributária¹.

¹ Embora esta seja a informação contida na nota explicativa, observa-se que, nas provas juntadas pela fiscalização, há indicação, na coluna “Aliq”, que algumas operações teriam sido registradas pelo contribuinte como “I1” outras como “F1”, o que representa saídas isentas e sujeitas à substituição tributária, respectivamente.

De acordo com o auditor fiscal responsável pela autuação, o contribuinte, ao assim proceder, teria afrontado os artigos 2º; 3º; 52; 54; 60, I, “b” e III, “d” e “l” e 106, todos do RICMS/PB.

Como medida punitiva para a conduta infracional identificada, foi aplicada a penalidade insculpida no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96:

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

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

Após análise dos autos, o nobre julgador singular entendeu que os elementos de prova colacionados pela fiscalização eram suficientes para trazer a certeza e a liquidez necessárias à constituição do crédito tributário. Neste sentido, declarou a procedência da autuação.

Em que pesem os abalizados fundamentos assinalados na decisão recorrida, peço vênias para apresentar solução distinta para o caso.

É incontroverso que a situação descrita na nota explicativa configura infração à legislação tributária estadual, dado que a ausência de destaque do ICMS por ocasião da saída de produtos tributáveis resulta em falta de pagamento do imposto devido (descumprimento de obrigação tributária principal), vez que reduz o montante do tributo a ser recolhido aos cofres públicos.

Não obstante a classificação tributária incorreta dos produtos quando das vendas realizadas pela autuada por meio de seus equipamentos ECF haver motivado o lançamento de ofício, o fato é que as provas colacionadas para dar sustentação à denúncia não foram elaboradas de maneira a permitir que o contribuinte pudesse extrair os elementos suficientes e necessários para produzir sua defesa de forma plena.

Com efeito, na relação anexada às fls. 11 a 85, constam informações para os seguintes campos: *Ano/Mês, Descrição, SomaQuant, UNID, MédiaDeVLR UN, SomaDeVlr unit, Alíq e Nº DO ECF*.

Pois bem. Assiste razão à recorrente ao apontar a existência de inconsistências nas provas ofertadas pela fiscalização. Isto porque não se tem como precisar quais as operações que ensejaram a falta de recolhimento do ICMS, vez que sequer constam, no relatório produzido pela auditoria, as datas das operações objeto da autuação.

Ainda que se entenda que as informações estão contidas nos arquivos de escrituração fiscal digital – EFD enviados pela recorrente à SEFAZ/PB, a matéria tributável não foi corretamente delimitada, o que configura violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

De mais a mais, os dados foram agrupados “por ano/mês”, “por produto” e “por equipamento ECF”, de forma que, para identificação da base de cálculo do ICMS, foi considerada a média dos valores unitários dos itens, conforme se evidencia na coluna

“MédiaDeVLR UNF” da planilha juntada às fls. 11 a 85, procedimento este incompatível com a acusação ora em exame.

Ora, se a denúncia está relacionada a fatos precisos e identificáveis, não há que se recorrer à apuração da média dos valores das saídas, o que contaminou de incerteza e iliquidez o crédito tributário.

Diante deste cenário, a declaração/decretação da improcedência da autuação é medida que se impõe, porquanto configurada a precariedade das provas apresentadas que, além de não retratarem a realidade dos fatos que deram azo ao lançamento de ofício, também foram elaboradas de forma a não permitir a perfeita identificação das operações.

Segundo Carnelutti, “*O ônus de provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar*”². Assim, não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual (autor, réu, etc.), pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito (em razão do fato ocorrido), terá de provar sua veracidade. Daí, a regra adotada pelo direito brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que, ao réu, restará a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Este modelo também foi incorporado à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária, no âmbito do Estado da Receita da Paraíba. Observemos o art. 56 da referida Lei:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Em casos análogos, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba também se posicionou pela improcedência da autuação, a exemplo da decisão proferida por meio do Acórdão nº 412/2019, da lavra da ilustre Conselheira Dayse Annyedja Gonçalves Chaves, cuja ementa foi redigida nos seguintes moldes:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO NORMAL. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A constatação de aquisições de mercadorias tributáveis, sem o devido registro nos livros próprios, enseja a presunção de omissão de receitas tributadas, disciplinada pelo art. 646, do RICMS-PB, acarretando a cobrança do ICMS e multa. In casu, a recorrente efetuou a escrituração das notas fiscais conforme arquivo GIM entregue na competência 09/2016, anterior à lavratura do auto de infração e da ciência do

² CARNELUTTI, Francesco. Sistemas de direito processual civil, p. 22.

início do procedimento fiscal, devendo ser excluído do cálculo do crédito tributário as notas fiscais devidamente lançadas.

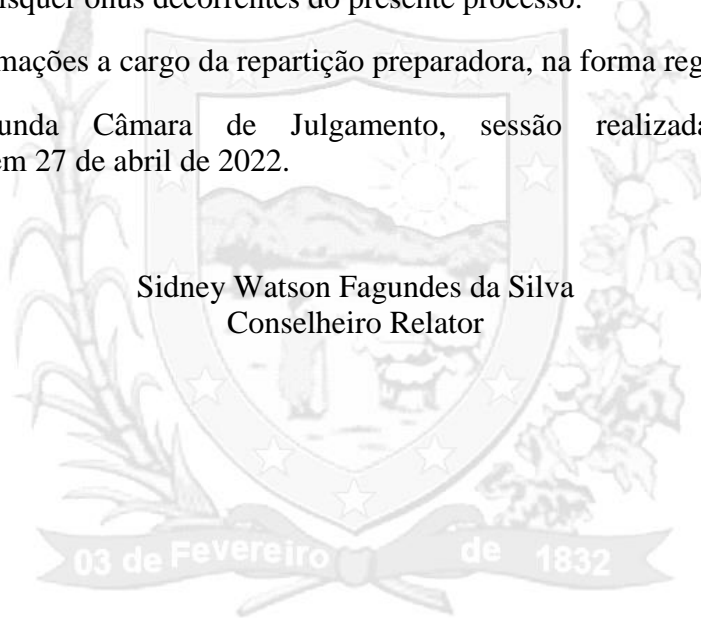
- Ausência de tributação do valor integral das operações de saídas de mercadorias tributadas, mediante a prática de escriturá-las e oferecê-las à tributação em desconformidade como registradas nos respectivos ECFs utilizados no estabelecimento, constitui infração fiscal. Correta a imposição tributária para exigir imposto e multa. Todavia, a ausência de elementos que proporcionem ao acusado ter pleno conhecimento da denúncia apresentada reveste a ação fiscal de incerteza e iliquidez, maculando o crédito tributário lavrado de ofício. (g. n.)

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão recorrida e julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002237/2018-08, lavrado em 1º de novembro de 2018 em desfavor da empresa EDILSON LUCAS ROSENO, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 27 de abril de 2022.



Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator