



Conselho de Recursos Fiscais

**Processo nº 104.651.2012-1
Acórdão nº 402/2015
Recurso VOL/CRF-040/2014**

**1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
2ª Recorrente: ATACADÃO DE BEBIDAS QUEIROZ LTDA. EPP.
1ª Recorrida: ATACADÃO DE BEBIDAS QUEIROZ LTDA. EPP.
2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE
Autuante: CLÓVIS CHAVES FILHO
Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA.**

PRELIMINARES INÓCUAS. DIFERIMENTO - FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS GARANTIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Comprovado nos autos a inexistência de cerceamento do direito de defesa, bem como não se evidenciou a duplicidade de autuações alegadas pelo contribuinte.

Por descumprimento de cláusulas do instrumento de Termo de Acordo concedido à empresa autuada exige-se o recolhimento do ICMS- Diferido, Substituição tributária e Garantido.

Aquisições mercantis com notas fiscais não registradas nos assentamentos próprios do contribuinte deflagram a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, situação não elidida pela autuada.

Multa reduzida mediante aplicação retroativa de lei tributária posterior que estabelece penalidade menos severa, por força do Princípio da Retroatividade Benigna, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional – CTN.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos Recursos **HIERÁRQUICO**, por regular, e **VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO**, de ambos, para manter a decisão monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00001845/2012-00**, lavrado em 3/8/2012, contra a empresa **ATACADÃO DE BEBIDAS QUEIROZ LTDA. – EPP**, CCICMS nº 16.173.921-0, corrigindo o crédito tributário devido para o valor de **R\$ 3.489.287,26 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil, duzentos e oitenta e sete reais e vinte e seis centavos)**, sendo **R\$ 1.759.183,63 (um milhão, setecentos e cinquenta e nove mil, cento e oitenta e três reais e sessenta e três centavos)** de ICMS, por infração aos arts. 9º, § 2º; 158, I, 160, I com fulcro no art. 646; art. 391, 399; 3º, XV e 14, XII, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, bem como por descumprimento das cláusulas terceira, quarta, décima e décima primeira, do Termo de Acordo nº 2010.000098, e **R\$ 1.730.103,63 (um milhão, setecentos e trinta mil, cento e três reais e sessenta e três centavos)** de multa por infração nos termos do art. 82, II “e”, V “f”, “c” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 1.730.103,63**, a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de agosto de 2015.

Patrícia Márcia de Arruda Barbosa
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNIA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Assessora Jurídica



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

Recurso REC/VOL/CRF N.º 040/2014

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
2ª Recorrente: ATACADÃO DE BEBIDAS QUEIROZ LTDA. EPP.

1ª Recorrida: ATACADÃO DE BEBIDAS QUEIROZ LTDA. EPP.
2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE
Autuante: CLÓVIS CHAVES FILHO
Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA.

PRELIMINARES INÓCUAS. DIFERIMENTO - FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS GARANTIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Comprovado nos autos a inexistência de cerceamento do direito de defesa, bem como não se evidenciou a duplicidade de autuações alegadas pelo contribuinte.

Por descumprimento de cláusulas do instrumento de Termo de Acordo concedido à empresa autuada exige-se o recolhimento do ICMS- Diferido, Substituição tributária e Garantido.

Aquisições mercantis com notas fiscais não registradas nos assentamentos próprios do contribuinte deflagram a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, situação não elidida pela autuada.

Multa reduzida mediante aplicação retroativa de lei tributária posterior que estabelece penalidade menos severa, por força do Princípio da Retroatividade Benigna, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional – CTN.

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

RELATÓRIO

Constatou o libelo acusatório desta lide, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001845/2012-00, de 3/8/2012, as seguintes denúncias:

DIFERIMENTO - FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Contrariando dispositivos legais, o contribuinte adquiriu mercadorias com imposto diferido e não efetuou o seu recolhimento na operação subsequente.

NOTA EXPLICATIVA. Infringir Cláusula Décima Primeira do Termo de Acordo nº 2010.000098.

FALTA DE LANÇAMENTO DE N F DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. Aquisição de mercadorias com recursos advindos de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

NOTA EXPLICATIVA. Conforme planilha anexa de relação de notas fiscais de aquisição não lançadas.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA. Infringir as Cláusulas Terceira e Quarta do Termo de Acordo nº 2010.000098 referente à planilha de notas fiscais informadas e ICMS ST N/ Recolhido.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS GARANTIDO. Contrariando dispositivos legais, o contribuinte não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS Garantido.

NOTA EXPLICATIVA. Infringir Cláusula Sétima, Parágrafos § 1º e 4º com Cláusula Décima, Cláusula Décima Terceira, Cláusula Décima Quarta, II do Termo de Acordo nº 2010.000098.

Segundo o entendimento acima, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de **R\$ 5.219.390,90**, sendo **R\$ 1.759.183,63**, de **ICMS**, por infração aos arts. 9, § 2º; 158, I, 160, I c/fulcro no art. 646; arts. 391 e 399; art. 3º, XV, art. 14, XII, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 3.460.207,27** de multa por infração, arrimada no art. 82, II, “e”; V, “f”, V, “c” da Lei nº 6.379/96.

Cientificado do lançamento por Aviso Postal, em 13/9/2013, o contribuinte veio tempestivamente aos autos, em 28/9/2012, apresentar seu inconformismo, consoante documentos pensados às fls. 21/30, dos autos.

Aduz o autuado que firmou Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 2010.000098, com validade até 31.12.2015, ficando desobrigada do pagamento do ICMS de 17% conforme disposições ali dispostas

Informa que tem como atividade secundária o comércio atacadista de alimentos animais, e cujas operações são regidas pelo Dec. nº 33.178/2012, e que tais mercadorias ficam isentas do ICMS, nas saídas interestaduais e estaduais de acordo com a relação de municípios em situação de Emergência ou de Calamidade Pública.

Alega ainda que não foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva previsto na Portaria 178/GSER 2012. Bem como que não teve acesso às peças processuais, para que pudesse exercer seu direito de defesa conforme preceitua o art. 4º da mencionada Portaria.

Argui a existência de outras peças acusatórias, de nº 9330008.09.0001814/2012-40 que denúncia a falta de lançamento de notas fiscais cobrando apenas as penalidades, existindo assim a duplicidade de cobrança de penalidade, nos mesmos períodos.

Complementa que, por estas razões, a peça acusatória se encontra contaminada pelos vícios de ERRO, DOLO e ATO ILÍCITO, o que acarreta a nulidade do processo.

Diante do exposto requer: a) a improcedência do auto de infração por ERRO e DOLO; b) que fique caracterizado o ato ilícito por parte do fiscal tributário; c) que seja determinada, a invalidade do ato e conseqüentemente julgado, extinto e arquivado; d) que a empresa não abre mão de dar vistas aos autos, conforme preceitua o art. 117, § 2º da Lei nº 6.376/96; e) que finalmente seja julgado procedente o seu pedido como forma de aplicação da justiça.

Em contestação aos argumentos defensuais, compareceu às fls. 46/48, o autuante, rebatendo item a item as razões defensuais, assegurando que o feito fiscal foi concedido sob a estrita obediência ao TARE, à legislação fiscal e aos fatos neles inseridos, pelo que pede a manutenção do procedimento efetuado.

Conclusos, e sem informações de antecedentes fiscais, os autos aportaram no órgão julgador singular, de onde retornaram para cumprimento ao saneamento de fl. 52/53.

Em prossecução de julgamento, e novamente na instância singular, os autos foram distribuídos ao julgador, Anísio de Carvalho Costa Neto, que decidiu pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, conforme sentença de fls. 56/65, cuja ementa transcrevemos:

RECLAMAÇÃO DESPROVIDA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS GARANTIDO. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DA PENALIDADE PROPOSTA.

Evidenciadas as denúncias capituladas na inicial acusatória, não havendo sua desconstituição integral por meio de provas vocacionadas para tanto, o recolhimento do tributo e sanção pertinentes se fazem devidos com a observância de lei que confere tratamento mais benéfico relativo à penalidade proposta.

Reformadas as sanções aplicadas, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE

Com as alterações efetuadas, o crédito tributário passa a ser de **R\$ 3.489.287,26**, sendo **R\$ 1.759.183,63**, de **ICMS**, e **R\$ 1.730.103,63**, de multa por infração.

Com o crédito tributário cientificado por Aviso Postal, em 24/12/2013, fls.71, informando da sentença que lhe foi adversa, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 73/76.

De pronto, denota-se que as razões do recurso abordam os mesmos argumentos da peça defensiva. Como fato novo, alega a recursante o impedimento na realização de sua defesa, tendo em vista que o auditor fiscal, Paulo Cesar Coqueiro de Carvalho, encontra-se com sua documentação desde o dia 2 de setembro de 2013, não tendo por esta razão condições de ter acesso à ampla defesa e os meios a ela inerentes.

Argui ainda que não são verdadeiras as acusações postas no auto de infração, porque as notas fiscais foram lançadas, estando impedido de provar porque o auditor fiscal acima mencionado não devolveu os livros para que possa provar os lançamentos das notas fiscais.

Assevera que o fazendário contrariou a Constituição Federal, indo de encontro ao Código Civil Brasileiro, em seus arts. 138 a 141, que dispõem sobre erro anulável, quando concerne a identidade ou a qualidade essencial da pessoa a quem se refira na declaração de vontade, quando o motivo é falso, quando a declaração direta é uma transmissão errônea e o falso motivo só vicia a declaração.

Afirma a existência de outras peças acusatórias, os Autos de Infração de nºs: 83300008.0900001748/2013-90 e 93300008.09.00001749/2013-34, que exigem falta de lançamento das mesmas notas fiscais, de igual período e de recolhimento do ICMS Substituição e Garantido, tornando assim duplicidade de cobrança.

Prossegue trazendo a colação artigos da Constituição Federal, que tratam sobre dolo, invalidade do negócio, pedindo por fim, a imparcialidade do julgamento, a procedência de sua peça recursal com improcedência do Auto de Infração, trazendo assim a mais pura cristalina e certeza aos autos.

Em contra arrazoado, o autuante, às fls. 86/87, afirma que não consta no sistema AIDF, nos exercícios de 2010/2011, registros de homologação de livros fiscais. Acrescenta que o contribuinte estava enquadrado no regime de recolhimento normal no exercício de 2012, por força da Portaria nº 094/2010, que estabeleceu a obrigatoriedade da adoção dos registros nos livros fiscais digitais no sistema SPED, conforme disciplina o Decreto nº 30478/09, tendo descumprido essa imposição legal ao não proceder os registros na forma prevista.

Adita o fazendário que as alegações do contribuinte são meramente procrastinatórias evidenciando a fragilidade na sua argumentação quanto ao cerceamento de defesa, concluindo com a informação que por esse fato o contribuinte foi autuado por

embaraço a fiscalização (PAT 088.382.2012-3), na mesma ordem de serviço que originou a autuação em análise.

No mérito, aduz que fatos alegados, como: erro, dolo, invalidade do negócio e duplicidade de autuação, foram, na decisão da primeira instância, esmiuçados e abortados plenamente, e trazidos a segundo julgamento, desta feita no CRF, sem adição de elementos novos e condizentes que possam provocar uma possível reforma do feito fiscal, de forma que se mantem favorável à decisão da primeira instância, com objetivo de resguardar a obrigação decorrente de norma legal, rechaçando inteiramente o recurso voluntário apresentado.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora estes foram, a mim, distribuídos para apreciação e julgamento, seguindo normas regimentalmente previstas.

EIS O RELATÓRIO.

VOTO

A denúncia contida nessa lide decorre de Falta de Pagamento do Imposto Diferido, nos meses de abril e maio do exercício de 2012; Falta de Lançamento de N.F. de Aquisição nos Livros Próprios, nos meses de dezembro/2010, janeiro a agosto de 2011 e fevereiro a junho/2012; Falta de Recolhimento do ICMS-Substituição Tributária, nos meses de dezembro/2010, fevereiro a agosto/2011; outubro a dezembro/2011, janeiro, março, abril e maio/2012 e Falta de Recolhimento do ICMS-Garantido, nos meses de novembro/2010, janeiro e fevereiro/2011, agosto, novembro e dezembro/2011; fevereiro a abril/2012.

Inicialmente, impõe-se resolvermos os pontos preliminares levantados pela recorrente.

O primeiro decorre da existência de cerceamento do seu direito de defesa, tendo em vista que o auditor fiscal, Paulo Cesar Coqueiro de Carvalho, estaria de posse de sua documentação desde o dia 2 de setembro de 2013, estando impedido de provar os lançamentos das notas fiscais.

Para início de nossa interveniência impõe ressaltar que a ação fiscal que teve como autuante o auditor fiscal, Paulo Cesar Coqueiro de Carvalho, originou-se da Ordem de Serviço nº 93300008.012.00001732/2013. Na tentativa de averiguar o ocorrido esta relatoria entrou em contato com o mencionado fazendário e este por meio do documento de fl. 233, comprova que os livros foram entregues ao fazendário em data de 26.9.2013, porém foram devolvidos ao contribuinte em data de 13.6.2014, o que faz cair por terra as alegações recursais encimadas.

Ora, a ação fiscal objeto da autuação em apreço, teve início em data de 16.7.2012, quando se efetivou o recebimento pelo contribuinte, do Termo de Início de Fiscalização – fl. 8. Ato contínuo, houve a lavratura da peça acusatória, que ocorreu em 3.8.2012, como ciência efetiva em 13.9.2012. Pelo que se vê, passaram-se quase um ano

entre as duas ações fiscais, razão pela qual são inócuas as argumentações do autuado de que estaria impedido de comprovar o lançamento das notas fiscais cujo registro está sendo exigido nesta lide.

O fato é que o autuado exerceu plenamente seu direito de defesa, tanto é que interpôs peça defensiva e recursal, porém, não trouxe aos autos qualquer elemento que desconstituisse o feito fiscal.

No que diz respeito ao questionamento da recorrente da existência de outras duas peças acusatórias de nºs 93300008.09.000001748/2013-90 e 9330000008.09.000001749/2013-34, alegando estarem em duplicidade com a autuação *sub judice*, não procedem as alegações da recorrente. Com efeito, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001748/2013-90 (fls. 127) se refere às denúncias de Falta de Recolhimento do ICMS-ST e do ICMS-Garantido, nas competências de agosto a dezembro/2012, ao tempo em que o Auto de Infração de Estabelecimento nº 9330000008.09.000001749/2013-34, (203) de fato, se refere à Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Entradas, porém decorrente de uma obrigação acessória, exigência não contida no Auto de Infração ora analisado, e em períodos diferentes, já que as competências ali exigidas se reportam a julho a dezembro/2012.

Com relação à denúncia espontânea efetuada pela empresa, esta foi analisada pelo AFTE Juvenal de Souza Neto, Subgerente da RRCG, consoante informação posta à fl. 119, dos autos, nos seguintes termos: “*que a Medida provisória nº 225 (REFIS), de 28/4/2014, dispõe sobre a dispensa ou redução de juros, multa e demais acréscimos, bem como sobre a concessão de parcelamento de débito fiscal,*” recebida em 13/6/2014, pelo Sr. Marcelo Castelo Branco de Melo, que se trata da mesma pessoa que assina o documento de fl. 77, de entrega de livros e/ou documentos fiscais. Se havia interesse do recorrente de efetuar o parcelamento do crédito tributário reconhecido, deveria ter ido a Repartição Preparadora e efetuar o parcelamento gozando dos benefícios do REFIS.

Do exposto, não vislumbro os vícios de ERRO, DOLO e ATO ILÍCITO, suscitados pela recorrente.

Resolvida às questões incidentais, adentraremos no mérito da querela, na ordem em que as acusações estão dispostas na peça inicial.

DIFERIMENTO – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO.

Diferimento significa adiar o recebimento do imposto, a que o Estado tem direito, transferindo-o para uma etapa futura, quando o ICMS só é exigido posteriormente à ocorrência do fato gerador. Ou seja, o momento do pagamento é adiado e a responsabilidade é transferida para uma etapa posterior.

No caso do ICMS, ocorrerá o diferimento quando o lançamento e o pagamento do tributo incidente sobre determinada operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte ou comunicação forem transferidos para operação ou prestação posterior.

No caso em análise, no intuito de incentivar a atividade do contribuinte, foi firmado o Termo de Acordo de nº 2010.000098, que em, sua cláusula décima primeira veio a conceder o benefício do diferimento do ICMS incidente sobre a diferença de alíquota relativo às aquisições de bens destinado a integrar o ativo fixo do estabelecimento, mediante o cumprimento das condições ali previstas. Vejamos o dispositivo:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - *Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado, a EMPRESA terá o recolhimento do ICMS incidente sobre a diferença de alíquota diferido para o momento da operação subsequente, observado o disposto nos parágrafos abaixo:*

§ 1º - *Na hipótese desta Cláusula, serão observadas as seguintes condições:*

I - *o imposto devido será recolhido pelo adquirente quando da operação subsequente, esteja esta sujeita ou não ao pagamento do tributo, observado o § 2º;*

II - *a qualquer tempo, desde que fique comprovada destinação diversa do bem, o contribuinte deverá recolher o ICMS diferido acrescido de juros e atualização monetária, sem prejuízo das penalidades cabíveis.*

§ 2º - *Para efeito do inciso I, do § 1º, a base de cálculo do imposto é o valor de que decorrer à saída do bem, com redução de:*

I - *20% (vinte por cento) - após 1 (um) e até 2 (dois) anos de uso;*

II - *40% (quarenta por cento) - após 2 (dois) anos e até 3 (três) anos de uso;*

III - *60% (sessenta por cento) - após 3 (três) anos e até 4 (quatro) anos de uso;*

IV - *80% (oitenta por cento) - a partir do quarto ano de uso.*

Nos autos, às fls. 9, encontramos o Demonstrativo da Desincorporação do Ativo Fixo, que atesta o fato objeto da acusação posta na peça exordial. Sem apresentação de provas materiais, que comprovem o recolhimento do imposto devido, essa relatoria mantém a acusação posta no Auto de Infração.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.

A acusação supracitada decorre da falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada e tem por fundamento a presunção *juris tantum* (admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte) de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimento 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**, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).

Dessa maneira, são afrontados os arts. 158 I e 160, I, do supracitado regulamento, *in verbis*:

"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".

Neste diapasão, reitero que nesta denúncia capitulada na lide em comento, tem-se que a aplicação da presunção *juris tantum*, disposta legalmente no art. 646, do RICMS/PB, atinge não as operações presentes, não registradas, mas sim outras vendas-saídas pretéritas de mercadorias sem que o imposto tenha sido recolhido, visto que suas entradas não foram registradas, o que gera repercussão financeira para a aquisição de mercadorias sem o devido lançamento.

A acusação se materializa nas planilhas de fls. 10 a 13, pelo que se infere que muito embora a recorrente tenha alegado que seus livros fiscais se encontravam com um representante fazendário, estando, assim impedida de realizar a sua defesa, tal argumento não se configura, em face do que já foi discorrido nas preliminares desta fundamentação de voto.

Assim sendo, dou como certa a ação fiscal, em razão da ausência de contra prova pelo autuado.

Seguindo esta linha de pensamento, transcrevo Acórdão do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba que, por ocasião do julgamento de matéria semelhante, decidiu em idêntico sentido, conforme se depreende da ementa infra:

OMISSÃO DE VENDAS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PARCIALIDADE. PENALIDADE REDUZIDA. REFORMADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Aquisições mercantis com notas fiscais não registradas nos assentamentos próprios do contribuinte deflagram a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, situação elidida, em parte, pela autuada, ficando o saldo remanescente de operações sujeitas à tributação pelas saídas omitidas nos exercícios.

Redução da multa por infração, em face da vigência da Lei nº 10.008/2013.

Acórdão 032/2015. Recursos HIE/VOL/CRF-430/2013.

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA:

O fundamento utilizado para o lançamento indiciário reside no fato de que as relações tributárias atinentes ao ICMS/ST incidente sobre as operações em foco eram reguladas pelo Termo de Acordo nº 2010.000098 que, em suas disposições normativas, nas Cláusulas Terceira e Quarta, assim determinam:

CLÁUSULA TERCEIRA – A EMPRESA fica eleita como sujeito passivo por substituição tributária, na qualidade de substituto tributário, para efeito de retenção e recolhimento do ICMS por ocasião das ENTRADAS em seu estabelecimento comercial, de mercadorias constantes do Anexo 05 do RICMS/PB e demais mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com previsão em Convênios ou Protocolos, adquiridas no mercado nacional.

Parágrafo Único – Fica a EMPRESA autorizada a informar ao fornecedor ou industrial fabricante sobre os termos do presente instrumento, recomendando-lhes consignar nas notas fiscais a expressão: “OPERAÇÃO DISPENSADA DA RETENÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CONFORME TERMO DE ACORDO Nº 2010.000098”.

CLÁUSULA QUARTA – Para cálculo do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA de que trata a cláusula anterior, tomar-se-á como base de cálculo do imposto, o montante formado pelo preço praticado pelo remetente, acrescido o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto, seguros e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada à parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, da Taxa de Valor Agregado (TVA) definido no Anexo 05 do RICMS/PB, não sendo admitidos descontos condicionados ou não.

Conforme exegese das normas citadas, as operações interestaduais relacionadas pelo autuante às fl. 14/16, atribuem ao estabelecimento a responsabilidade

pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária sobre as saídas subsequentes dessas mercadorias (Cláusulas terceira e quarta).

Perscrutando as peças processuais, verifico não haver necessidade de me ater em vastos fundamentos para apontar o desfecho desta querela, visto que as provas da irregularidade acostadas nos autos, atrelada à falta de argumentos válidos, bem como a prova que o imposto exigido na peça exordial, tenha sido recolhido, por parte da recursante, nos impele a manter a acusação de falta de recolhimentos do ICMS – Substituição Tributária no período apontado na peça acusatória.

Nesse sentido, em recente decisão este Colegiado, já decidiu questão semelhante. conforme se verifica no Acórdão cuja ementa transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO FORMAL. FATO INFRINGENTE CONHECIDO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO PROVIDO EM PARTE.

A substituição tributária decorre de expressa disposição legal, atribuindo ao sujeito passivo a responsabilidade pela retenção do imposto em relação ao fato gerador futuro a que está vinculado. “**In casu**”, em se tratando de obrigação não cumprida pelo contribuinte substituto, remetente das mercadorias, recai sobre o contribuinte substituído à responsabilidade tributária de recolher o imposto devido nestas operações.

Multa por infração reduzida na forma disposta pela Lei nº 10.008/2013.

Acórdão nº 351/2015. Recurso HIE/CRF-296/2014

CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS GARANTIDO:

A autuação decorreu da falta de recolhimento do ICMS GARANTIDO, conforme evidenciado nas planilhas de fls. 17/18, dos autos, por infringência aos artigos 3º, XV e 14, XII do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, *in verbis*:

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

XV – da entrada, no território do Estado, de mercadorias ou bens relacionados em portaria do secretário de Estado da Receita, destinados a estabelecimentos comerciais;

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

XII – na hipótese do inciso XV do art. 3, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem, acrescido, se for o caso, do Imposto sobre Produtos Industrializados e de outras despesas cobradas ou debitadas ao destinatário.

Por sua vez, o Termo de Acordo concedido ao atuado estabelece a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS Garantido nos termos de sua Cláusula Décima, que assim dispõe:

CLÁUSULA DÉCIMA - A EMPRESA ficará sujeita ao recolhimento do ICMS GARANTIDO e ICMS ANTECIPADO, em percentual correspondente a **3% (três por cento)** sobre as mercadorias oriundas das regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo e de **2% (dois por cento)**, sobre as mercadorias procedentes das regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Assim sendo, sem oferecer contraprovas, da inexistência destas operações, nem a comprovação de que o imposto exigido na peça exordial, tenha sido recolhido, não nos resta outra alternativa, senão a manutenção da acusação.

No mais, resta-nos ratificar a decisão singular, em face da legitimidade dos lançamentos postos no auto de infração, ratificando a redução da penalidade aplicada pelo julgador singular, de conformidade com o art. 82, II, alínea “e” e V, alíneas “c” e “f”, advindas da Lei nº 10.008/2013, conforme demonstrativo abaixo:

DESCRIÇÃO	PERÍODO		ICMS	MULTA	TOTAL
DIFERIMENTO - FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO	01/04/2012	30/04/2012	8.160,00	4.080,00	12.240,00
DIFERIMENTO - FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO	01/05/2012	31/05/2012	10.200,00	5.100,00	15.300,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/12/2010	31/12/2010	2.894,40	2.894,40	5.788,80
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/02/2011	28/02/2011	56,32	56,32	112,64
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/03/2011	31/03/2011	7.696,35	7.696,35	15.392,70
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/04/2011	30/04/2011	7.681,77	7.681,77	15.363,54
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/05/2011	31/05/2011	42.423,28	42.423,28	84.846,56
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/06/2011	30/06/2011	11.553,02	11.553,02	23.106,04
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/07/2011	31/07/2011	39.543,77	39.543,77	79.087,54
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/08/2011	31/08/2011	43.235,57	43.235,57	86.471,14
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/10/2011	31/10/2011	19.970,28	19.970,28	39.940,56
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/11/2011	30/11/2011	62.350,87	62.350,87	124.701,74
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/12/2011	31/12/2011	41.760,10	41.760,10	83.520,20
FALTA DE RECOLHIMENTO DO	01/01/2012	31/01/2012	19.026,95	19.026,95	38.053,90

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA					
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/03/2012	31/03/2012	332,88	332,88	665,76
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/04/2012	30/04/2012	801,00	801,00	1.602,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/05/2012	31/05/2012	7.379,66	7.379,66	14.759,32
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/11/2010	30/11/2010	6.915,00	3.457,50	10.372,50
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/01/2011	31/01/2011	5.406,00	2.703,00	8.109,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/02/2011	28/02/2011	5.019,50	2.509,75	7.529,25
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/08/2011	31/08/2011	805,00	402,50	1.207,50
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/11/2011	30/11/2011	2.434,60	1.217,30	3.651,90
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/12/2011	31/12/2011	3.680,00	1.840,00	5.520,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/02/2012	28/02/2012	2.400,00	1.200,00	3.600,00
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/03/2012	31/03/2012	1.006,48	503,24	1.509,72
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	01/04/2012	30/04/2012	12.133,41	6.066,71	18.200,12
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/12/2010	31/12/2010	2.946,10	2.946,10	5.892,20
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2011	31/01/2011	15.463,41	15.463,41	30.926,82
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/02/2011	28/02/2011	421,28	421,28	842,56
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/03/2011	31/03/2011	19.940,22	19.940,22	39.880,44
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2011	30/04/2011	53,00	53,00	106,00
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/05/2011	31/05/2011	20.946,92	20.946,92	41.893,84
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/06/2011	30/06/2011	12.644,77	12.644,77	25.289,54
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/07/2011	31/07/2011	20.978,00	20.978,00	41.956,00
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/08/2011	31/08/2011	4.592,47	4.592,47	9.184,94
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/02/2012	28/02/2012	7.892,38	7.892,38	15.784,76
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/03/2012	31/03/2012	129.530,26	129.530,26	259.060,52
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2012	30/04/2012	452.874,64	452.874,64	905.749,28
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/05/2012	31/05/2012	184.027,25	184.027,25	368.054,50
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/06/2012	30/06/2012	522.006,72	522.006,72	1.044.013,44
TOTAIS			1.759.183,63	1.730.103,63	3.489.287,26

Isto exposto,

VOTO - pelo recebimento dos Recursos **HIERÁRQUICO**, por regular, e **VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO**, de ambos, para manter a decisão monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **9330008.09.00001845/2012-00**, lavrado em 3/8/2012, contra a empresa **ATACADÃO DE BEBIDAS QUEIROZ LTDA. – EPP**, CCICMS nº 16.173.921-0, corrigindo o crédito tributário devido para o valor de **R\$ 3.489.287,26 (três milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil, duzentos e oitenta e sete reais e vinte e seis centavos)**, sendo **R\$ 1.759.183,63 (um milhão, setecentos e cinquenta e nove mil, cento e oitenta e três reais e sessenta e três centavos)** de **ICMS**, por infração aos arts. 9º, § 2º; 158, I, 160, I com fulcro no art. 646; art. 391, 399; 3º, XV e 14, XII, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, bem como por descumprimento das cláusulas terceira, quarta, décima e décima primeira, do Termo de Acordo nº 2010.000098, e **R\$ 1.730.103,63 (um milhão, setecentos e trinta mil, cento e três reais e sessenta e três centavos)** de multa por infração nos termos do art. 82, II “e”, V “f”, “c” da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, **CANCELO**, por indevida, a quantia de **R\$ 1.730.103,63**, a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de agosto de 2015.

PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA
Conselheira Relatora