



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROTOCOLO: 441520/2008-1-SET
PROCESSO: 0068/2011-CRF
PAT: 0213/2008-1ª URT
RECORRENTE: SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO-SET
RECORRIDA: VÁ E VOLTE BEM PNEUS LTDA
RECURSO: *EX OFFICIO*
RELATORA: Cons. Jane Carmen Carneiro e Araújo

RELATÓRIO

1. Trata o presente Processo Administrativo Tributário do Auto de Infração n.º 19855, da 1ª URT, de 23/09/2008 (pp. 01 e 02), que aponta ter sido infringido pela a empresa em epígrafe, o disposto:

- no art. 150, incisos III e XIII do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, pela falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao período de 01/01/2003 a 31/12/2006, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto;
- no art. 150, inciso XIII c/c Art. 108 e o Art. 609 do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, pela falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, das notas fiscais de entrada, referente ao período de 2003 a 2006, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto;
- no Art. 150, inciso VII, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, pela falta de autenticação dos livros fiscais de entrada, saída e apuração do ICMS, referente ao período de 2003 a 2006, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto.

2. Para as infringências apontadas foram propostas as penalidade previstas no Art. 340, inciso I, alínea “g”, inciso III, alínea “f” e inciso V, alínea “a” do Decreto acima referido, e tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de R\$ 2.548.600,46 (dois milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, seiscentos reais e quarenta e seis centavos) e multa de R\$ 4.058.127,79 (quatro milhões, cinquenta e oito mil, cento e vinte sete reais e setenta e nove centavos).

3. Constatam dos autos, além do Auto de Infração citado (pp. 01 e 02) com o Termo de Intimação firmado pelo procurador Antonio Carlos Teixeira Neto, em 24/09/2008; a ORDEM DE SERVIÇO Nº 19.855 – 1ª URT (p. 03), de 16/03/2007, contendo a designação para “efetuar auditoria fiscal e contábil, com verificação dos créditos fiscais, retenção e recolhimento do ICMS substituto, recolhimento do ICMS normal, verificação dos registros fiscais com especial atenção ao relatório extraído do confronto SINTEGRA x DETNOT, aplicação do procedimento fiscal de fluxo de caixa, cumprimento das obrigações acessórias, demais procedimentos fiscais necessários ao desenrolar da ação fiscal, sendo que, o procedimento fiscal deverá alcançar matriz e filiais nos últimos 05 exercícios, com exceção dos já anteriormente fiscalizados, de acordo com o processo 8472/2007-9, e, em conformidade com o que determina o RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, na empresa abaixo discriminada” ; a “Consulta a Contribuinte, Base SIGAT (p. 04), datada de 31/03/2008, onde atesta várias informações do Recorrido, tais como o nome da firma, VÁ E VOLTE BEM PNEUS LTDA, CNPJ 04.849.344/0001-20, CNAE Fiscal Principal, 4530-7/05 – Comércio a varejo de pneumáticos e câmara-de-ar, CNAE Fiscal Secundário 45.20-0/06 – Serviços de borracharia para veículos automotores, início das atividades, 19/04/2002, situação, ATIVO, cadastro atualizado, em 12/06/2007, ocorrências fiscais, Usuário de Sistema Eletrônico Processamento Dados; a Consulta Base CPF (p. 05), onde constam que os CPFs dos sócios se encontram regular perante a Receita Federal do Brasil; o Termo de intimação fiscal (pp.06 e 07), datado de 02/07/2007, com ciência do Procurador Antonio Carlos Teixeira Neto, em 09/07/2007; a Procuração pública (p. 08); o Termo de intimação fiscal (pp. 09 e 10), datado de 02/07/2007, com ciência do Procurador Antonio Carlos Teixeira Neto, em 09/07/2007; o Termo de Constatação e Intimação Fiscal (p. 11), datado de 19/05/2008, com ciência do Procurador Antonio Carlos Teixeira Neto, em 21/05/2008; Termo de Intimação Fiscal (p. 12), datado de 10/07/2008, com ciência do Procurador Antonio Carlos Teixeira Neto, em 10/07/2008; a Notificação para recolhimento espontâneo (p. 13), datada de 22/08/2008, com ciência do Procurador Antonio Carlos Teixeira Neto, em 27/08/2008; o Demonstrativo da ocorrência 1 (p.14); o Demonstrativo das ocorrências 1, 2 e 3 (p. 15); os Documentos pertinentes a Atuação nº 1 (pp. 16 a 45); os Documentos pertinentes a Atuação nº 2 (pp. 46 a 54); os Documentos pertinentes a Atuação nº 3 (pp. 55 a 57); o Relatório de Auditoria Fiscal (pp. 58 e 59); a Consolidação dos Débitos Fiscais (pp. 60 a 62), com os valores atualizados até 26/09/2008; a tela de consulta no SIGAT “PAT POR INSCRIÇÃO” (p. 63), datada de 29/09/2008, indicando, quanto a inscrição 20.090.892-8, o seguinte: PAT 213/2008/1, Ativo; o Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais

(p. 64), certificando que a empresa “Não é reincidente”; o Termo de Juntada de Impugnação (p. 65), datado de 24/10/2008.

4. Em sua impugnação a autuada pugna preliminarmente, pela nulidade do feito, face vício formal na constituição do lançamento, uma vez que “verifica-se a plena falta de clareza e precisão na ocorrência que caracterizou a infração” (p.67).

5. Prossegue a autuada, quanto a preliminar arguida que “existe um vício formal gritante que torna incerto e ilícido o crédito tributário apurado uma vez que ninguém pode ser acusado sem conhecimentos pleno da natureza da infração ocorrida, diante da inexistência de liame entre os fatos apurados e descrição da ocorrência da falta tida como cometida. É cristalina a falta de nexos entre as peças que compõe os autos e a denúncia administrativa, indo de encontro ao princípio da ampla defesa e do contraditório pela concreta falta de vinculação da denúncia com a tipificação infracionária a ser alcançada” (pp. 67 e 68), finalizando, que “não há como vincular os demonstrativos anexados aos autos com as denúncias citadas na peça acusatória, vez que as planilhas não evidenciam correlação e citação de existência de uma suposta dissimulação de receita de origem não comprovada, como foi dissertada na primeira acusação, devendo, por dever de ofício, ser decretada a inconsistência do presente auto de infração, pelos vícios, erros e omissões que contém, acarretando na sua NULIDADE PLENA, na forma do art. 20, inciso III do RPAT/RN” (p. 68).

6. Quanto ao mérito da 1ª ocorrência a empresa aduz que a autuação foi baseada “na movimentação de retiradas, saques, débitos, pagamentos, compensações e outros lançamentos ocorridos em conta bancária da empresa, para efeito de incidência de CPMF, fato devidamente detalhado nas declarações apresentadas pelas instituições financeiras a Receita Federal do Brasil, porém não ocorreu uma análise dos livros contábeis – RAZÃO E DIÁRIO” (p. 69).

7. Argumentando que a autuação é uma consequência de uma “comparação esdrúxula destas informações financeiras, com base em presunção não existente na legislação tributária do Estado do Rio Grande do Norte” (p. 70), destacando que o procedimento teve-se apenas aos valores advindos do faturamento, o que não é acolhido pela doutrina pátria. Assevera, ainda a defendente que o autuante “esqueceu de analisar outros aspectos financeiros que estão inseridos na própria movimentação financeira, para que o método comparativo fosse justo e coerente” (p. 71), uma vez que tal movimentação “envolve não apenas, o fluxo de faturamento da empresa e sim os demais fluxos econômicos de uma empresa comercial” (p. 71).

- 8.** A autuada argumenta, também, ser impossível a utilização dos relatórios emitidos pela Receita Federal referente aos dados relativos a cobrança da CPMF para apuração do ICMS devido.
- 9.** Ademais, informa que “os pagamentos e recebimentos são ingressos via CAIXA GERAL, mesmo que as operações se procedam pela conta banco c/ movimento, diante da metodologia do plano de conta da empresa que centraliza todas as operações financeiras no FLUXO DE CAIXA GERENCIAL, para efeito de atendimento do princípio contábil da oportunidade” (p. 72), contudo, não foram considerados pelo autuante, os recursos tomados junto aos bancos a título de empréstimos e financiamentos bancários, que constam da DCPMF da Receita Federal, conforme extratos anexados pela defesa.
- 10.** Por isso entende a autuada que “carece de legitimidade todo o procedimento fiscal, diante da inconsistência de comparação dos dados da movimentação financeira da DCPMF com os dados colhidos do FATURAMENTO” (p. 72).
- 11.** Aduz a defendente, ainda quanto a 1ª ocorrência que o autuante desconsiderou a receita relativa a prestação de serviços, sujeitos a incidência do ISS, bem como, não realizou “uma proporcionalidade na suposta omissão de receitas com mercadorias tributáveis, para que o lançamento incidisse, apenas, sobre as operações comerciais com mercadorias normais sujeitas à incidência do ICMS nas saídas subsequentes por vendas, excluindo aquelas que já tiveram a carga tributária antecipado pela retenção na fonte, via SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” (p. 75).
- 12.** Finaliza a empresa quanto a 1ª ocorrência, pugnando por sua improcedência uma vez que “o lançamento NÃO GARANTE qualquer LISURA, VERACIDADE, LEGITIMIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, CERTEZA, LIQUIDEZ E EXEQUIBILIDADE do crédito tributário erário estadual potiguar, evitando, assim, ônus da sucumbência em possíveis demandas judiciais, caso este nefasto crédito tributário seja mantido pelas instâncias administrativas de julgamento” (p. 76).
- 13.** Tratando da 2ª ocorrência pugna a autuada pela improcedência, pois, “... todas as notas fiscais encontram-se devidamente lançadas pela empresa em seus livros fiscais, contemplando mercadorias sujeitas à retenção do ICMS na fonte, evidenciando a falta de repercussão tributária da infração” (p. 79).
- 14.** No sentido de robustecer sua alegação a autuada apresentou um demonstrativo com algumas notas fiscais indicadas no auto de infração, referente ao exercício 2006, e que se encontram escrituradas no livro registro de entradas, conforme documentos acostados aos autos (pp. 126 a 174).

15. Ao tratar da 3ª ocorrência, a defendente admite que deixou de autenticar os livros dos exercícios 2003, 2004 e 2005, excetuando os livros do exercício 2006, que foram autenticados no CIEF, conforme pp. 175 a 181 dos autos.

16. Contudo insurge-se, quanto a forma de cálculo da penalidade, pois, “neste caso ocorreu um engano a aplicar o montante de R\$ 1.080,00 de multa para cada exercício fiscalizado e para cada livro fiscal não autenticado, baseando-se, para isso, num PERÍODO MENSAL. Na verdade, a fiscalização entendeu que o período em espeque para autenticação seria mensal, porém é sabido por todos na área fiscal que militam com a legislação tributária que a autenticação dar-se-á sobre o exercício financeiro como um todo, ou seja, no PERÍODO ANUAL, já que o livro possui Termo de Abertura e Termo de Encerramento de cada exercício social, e não mensal como, indevidamente, entendeu a nobre fiscalização” (p. 80).

17. Finalizando sua impugnação a autuada requer a acolhida da preliminar de nulidade, porém no caso de não acolhimento desta, pugna pela improcedência das ocorrências 1 e 2 e pela retificação da multa imposta pela falta de autenticação dos livros fiscais, neste caso, reduzindo a penalidade ao valor de R\$ 540,00.

18. Instado a se manifestar, o autuante apresenta suas contrarrazões onde ao tratar da 1ª ocorrência assim se pronuncia “Na 1ª autuação, Receita de origem não comprovada, destacamos que foi utilizado o relatório da movimentação da CPMF, fornecida pela Receita Federal do Brasil e dos registros contábeis dos depósitos efetuados. Desta comparação restou uma diferença absurda entre os valores que ingressaram na empresa, direto como depósito bancário, e o que a empresa apresentou como faturamento. A tese de falta de análise das contas contábeis, caixa e empréstimos, não faz qualquer sentido, porque foi exatamente essa análise feita. Ao invés de alegar, caberia a defesa apresentar (documentos) ou comprovar (empréstimos, doações, integralização de capital) a origem dos R\$ 14.991.767,41” (p. 184).

19. Quanto a alegação da defesa de que os valores das diferenças estariam contaminados por débitos de taxas bancárias, juros de saldo negativo e amortização de empréstimos, o autuante se nega a tecer qualquer comentário, uma vez que para estes débitos a empresa não depositou dinheiro na conta.

20. Ainda quanto a 1ª ocorrência, ao tratar da proporcionalidade suscitada na defesa o autuante aduz “No mundo tributário não existe proporcionalidade, adivinhação ou mágica, para tributar receitas de origem não comprovadas. Observo que a empresa admite a irregularidade, mas poderia, talvez ter apresentado recibos avulsos de prestação de serviços que comprovassem a alegação. Não o fez” (p. 188).

21. Quanto ao argumento da defesa da falta de repercussão tributária, uma vez que as mercadorias comercializadas pela empresa são contempladas pela substituição tributária, o autuante diz “Mais uma vez a defendente reconhece a irregularidade. Discordo da alegação, simplesmente porque não pode a empresa provar que a receita foi advinda de venda de pneus ou outros produtos alcançados pela substituição tributária. A empresa não tinha estoque sobrando na empresa, não apresentou notas fiscais de compra destes produtos e comprovou o recolhimento pela substituição tributária, portanto alegação falha” (p. 188). Assim, quanto à 1ª ocorrência o autuante entende que não há qualquer modificação a ser efetuada.

22. Ao tratar da 2ª ocorrência, o autuante diante das alegações da defesa realizou uma nova análise e efetuou algumas correções reduzindo o valor da penalidade aplicada de R\$ 230.907,10 (duzentos e trinta mil, novecentos e sete reais e dez centavos) para R\$ 228.544,05 (duzentos e vinte oito mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e cinco centavos).

23. No tocante a 3ª ocorrência o autuante assevera “Reconhecemos a autenticação dos livros fiscais do exercício de 2006. Quanto a segunda alegação de que seria R\$ 60,00 por exercício, discordamos. Consideramos que o livro não autenticado, corresponde aos 12 meses do período irregular e mais o próprio livro, conforme o cálculo às fls. 57” (p. 189). Desta forma, exclui do cálculo da penalidade a multa referente aos livros do exercício 2006, mantendo apenas as penalidades dos exercícios 2003, 2004 e 2005, no valor de R\$ 3.240,00 (três mil, duzentos e quarenta reais).

24. Finalizando suas contrarrazões o autuante requer a manutenção do auto, por ser da mais clara interpretação da legislação vigente.

25. Remetidos os autos a COJUP, o Julgador Fiscal proferiu despacho (p.206) retornando os autos a repartição preparadora para realização de diligência no sentido do autuante trazer ao processo cópias do Livro Registro de Entrada da autuada do período fiscalizado; confirmar, se for o caso a escrituração das notas fiscais elaboradas no demonstrativo realizado pelo contribuinte às fls. 77 e 78 e refazer o demonstrativo de fls. 47 a 54, discriminando quais notas não foram escrituradas, uma vez constatada alguma nota fiscal escriturada. Solicita ainda o Julgador Fiscal, a juntada do relatório original SINTEGRA que subsidiou a autuação, no qual conste a indicação do CFOP das operações.

26. Em cumprimento a diligência da COJUP o autuante informa quanto a juntada do LRE, que intimou a empresa a apresentar os livros, contudo, mesmo diante das diversas “ligações e idas à residência do Sr. Antônio, mostrou-se infrutífero o recebimento dos

livros fiscais solicitados” (p. 208). Assim, diante da não apresentação dos livros fiscais solicitados na intimação e, na fiscalização, reconhece como válidas as cópias dos livros de registro de notas fiscais anexados ao processo, a partir das folhas 126.

27. Quanto a determinação para refazer o demonstrativo elaborado às fls. 47 a 54, assevera que “A planilha com os ajustes feitos, de acordo com as comprovações apresentadas na defesa, está na folha 204” (p. 208).

28. Por sua vez quanto ao relatório original do SINTEGRA, aduz que o mesmo consta do processo 8472/2007-9, encaminhado à SUFISE.

29. Retornando os autos à COJUP, o Julgador Singular proferiu novo despacho (p. 218) retornando os autos a 1ª Unidade Regional de Tributação, para juntada de cópia do processo 8472/2007-9 que se encontrava ali arquivado.

30. Em 15/03/2011, a unidade preparadora realiza a juntada aos autos da cópia do processo nº 8.472/2007 (pp. 218 a 274).

31. Retornando os autos a COJUP para análise e julgamento, ali chegando foram anexados ao processo comprovantes de inscrição junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica de diversos contribuintes (pp. 276 a 285).

32. Em seguida foi proferida a Decisão nº 15/2011-COJUP, onde o Julgador Monocrático inicialmente deixa de acolher a preliminar suscitada, uma vez que mesmo diante da alegação de falta de clareza na autuação, “a autuada apresentou argumentos precisos, lógicos e adequados de forma a defender-se perfeitamente da acusação” (p. 291).

33. Quanto ao mérito da 1ª ocorrência diz: “percebe-se que esta não merece prosperar em razão da falta de obediência aos critérios que regem a aplicação do arbitramento fiscal, dentre outros” (p. 291). Pois, “constata-se que o autuante utilizou o valor total da movimentação financeira de dados constantes na Declaração da Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira – DCPMF, emitida pela Receita Federal, subtraiu do valor relativo ao faturamento e sobre o saldo aplicou 17% e 30%, relativo ao suposto ICMS devido e a respectiva multa” (pp. 291 e 292). Contudo quanto ao fato gerador da CPMF é possível perceber diante do que dispõe o art. 2º da Lei nº 9.311/96, que “nem toda movimentação financeira, sujeita a tributação pela CPMF, decorre de operações de depósito e pagamentos relacionados a fatos geradores do ICMS, assim, considero que os dados constantes nos relatórios utilizados pelo autuante possam ser utilizados apenas de forma indiciária” (pp. 292 e 293).

34. Ainda argumenta o Julgador Singular que a autuada possui como atividade principal o Comércio a varejo de pneumáticos e câmaras de ar, e como atividade secundária a

prestação de Serviços de borracharia para veículos automotores, devendo, portanto, o autuante ao realizar o arbitramento ter abatido o percentual do imposto cobrado mediante a sistemática da substituição tributária, conforme preconiza o §2º do art. 352 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, ademais, entende que parte dos valores constantes da DCPMF fornecida pela Receita Federal, são referentes a prestação de serviços, não alcançada pela tributação do ICMS, apesar da afirmação do autuante de que o contribuinte não apresentou documentos comprobatórios da prestação de serviços alegada, contudo por sua vez o autuante não trouxe aos autos qualquer documento que comprove a não prestação de serviço pela autuada, reforçando o seu entendimento de que a base de cálculo utilizada para a exigência do imposto não está correta.

35. Ao analisar a 2ª ocorrência o Julgador Monocrático enfatiza que observou fica comprovado nos autos que autuada realiza habitualmente operações com os emitentes das notas fiscais não registradas, ademais a autuada em momento algum negou as aquisições, apenas afirmou, que as notas fiscais constantes do demonstrativo fiscal não foram apresentadas, pugnando por sua procedência, nos termos da alteração realizada pelo autuante que resultou na redução da penalidade para R\$ 228.544,05.

36. Quanto à 3ª ocorrência assim se pronuncia o Julgador Singular: “Em relação, a falta de autenticação de livros fiscais, a alteração na redação do art. 607, pelo Decreto nº 21.527, de 02 de fevereiro de 2010 fulminou essa ocorrência ao estabelecer que “*A utilização dos livros fiscais previstos nesta Seção independe de visto prévio pela repartição fiscal do domicílio fiscal do contribuinte*”. Assim, em consonância com a previsão do art. 971, parágrafo único, inciso II, alínea “b”, do RICMS, julgo tal ocorrência improcedente” (pp. 297 e 298).

37. Por fim o Julgador Fiscal julga o auto de infração procedente em parte, e recorre ao Conselho de Recursos Fiscais, em observância ao disposto no art. 114 do RPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.796/98.

38. Ainda consta nos autos o Encaminhamento de Cópias das Decisões (p. 303), as Cartas de Intimação (pp. 304, 306 e 308), os Termos de Juntada de AR (pp. 305, 307 e 309), Intimação por Edital, publicada no DOE de 08/06/2011 (p. 310), o Termo de Perempção (p. 311), o Termo de Conferência (p. 312), o relatório da Entrada de Processo para Distribuição (p. 313).

39. Ao final a douta Procuradoria Geral do Estado, através do eminente Procurador Caio Graco Pereira de Paula, fundamentado no art. 3º da Lei Estadual nº 4.136/72, apresenta DESPACHO (p. 314) no qual diz que “Tendo em vista a sobrecarga de tarefas impostas

ao subscritor” opta por produzir parecer oral quando da realização da sessão de julgamento do presente feito.

40. É o relatório

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal/RN, 06 de dezembro de 2011.

Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROTOCOLO: 441520/2008-1-SET
PROCESSO: 0068/2011-CRF
PAT: 0213/2008-1ª URT
RECORRENTE: SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO-SET
RECORRIDA: VÁ E VOLTE BEM PNEUS LTDA
RECURSO: *EX OFFICIO*
RELATORA: Cons. Jane Carmen Carneiro e Araújo

V O T O

1. Trata o presente Processo Administrativo Tributário do Auto de Infração n.º 19855, da 1ª URT, de 23/09/2008 (pp. 01 e 02), que aponta ter sido infringido pela a empresa em epígrafe, o disposto:

- no art. 150, incisos III e XIII do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, pela falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao período de 01/01/2003 a 31/12/2006, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto;
- no art. 150, inciso XIII c/c Art. 108 e o Art. 609 do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, pela falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, das notas fiscais de entrada, referente ao período de 2003 a 2006, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto;
- no Art. 150, inciso VII, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, pela falta de autenticação dos livros fiscais de entrada, saída e apuração do ICMS, referente ao período de 2003 a 2006, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto.

2. Para as infringências apontadas foram propostas as penalidade previstas no Art. 340, inciso I, alínea “g”, inciso III, alínea “f” e inciso V, alínea “a” do Decreto acima referido, e tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de R\$ 2.548.600,46 (dois milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, seiscentos reais e quarenta e seis centavos) e multa de

R\$ 4.058.127,79 (quatro milhões, cinquenta e oito mil, cento e vinte sete reais e setenta e nove centavos).

3. Analisando a decisão recorrida e tudo o que consta dos autos, percebe-se que não há qualquer mácula quanto ao não acolhimento da preliminar suscitada na defesa de Primeiro Grau, pois, naquela oportunidade a Recorrida se contrapôs a cada ponto da autuação, utilizando-se de argumentos precisos e adequados.

4. Quanto ao mérito da 1ª ocorrência, também tenho o mesmo entendimento do Julgador Fiscal de que não há como julgar a infração procedente, pois, de fato o autuante ao utilizar-se da DCPMF emitida pela Receita Federal do Brasil, como fator determinante para caracterizar a falta de recolhimento do ICMS pela omissão de receita, trouxe apenas indícios de que houve a infração. Ou seja, não trouxe aos autos provas assecuratórias de que as movimentações financeiras efetivamente se caracterizam como omissão de receitas alcançadas pela tributação do ICMS, especialmente se considerando que a Recorrida também exerce como atividade a Prestação de Serviços de borracharia para veículos automotores, que é tributada pelo ISS.

5. Aliado a isso, o autuante não observou o disposto no § 2º do art. 352 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, que estabelece na análise do fluxo de caixa o abatimento proporcionalmente, no percentual relativo às entradas das mercadorias sujeitas a substituição tributária, situação que vislumbramos no presente caso uma vez que a atividade principal da Recorrida é o Comércio a varejo de pneumáticos e câmara de ar, isto é, produtos cuja aquisição é sujeita a substituição tributária. Não prevalecendo, portanto, o entendimento do autuante de que não poderia aplicar tal proporcionalidade por não conseguir comprovar que as mercadorias comercializadas eram sujeitas a substituição tributária, contudo, não foram acostados aos autos comprovação de que tais operações não seriam sujeitas a substituição tributária.

6. Ademais, a simples alegação do autuante nas contrarrazões de que a prática da infração estaria corroborada pela Recorrida porque não apresentou documentos comprobatórios de empréstimos, doações ou integralização de capital, por si só não é suficiente que houve a prática da infração.

7. No sentido de sedimentar o entendimento firmado quanto à 1ª ocorrência, trago o ensinamento do professor Paulo Celso Bergstrom Bonilha no seu “DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO”, 2ª edição, DIALÉTICA, São Paulo, 1997, ao tratar na Segunda Parte – Da Teoria da Prova no Processo Administrativo Tributário que ao tratar do ônus da prova, que impera a necessidade da Fazenda Pública de “por a contraprova ou elementos amplamente esclarecedores de que a prova carreada

pelo impugnante não têm força para infirmar os fundamentos do lançamento” (p. 66), como também sobre o ônus da prova da ocorrência dos pressupostos do fato gerador da obrigação e da constituição do crédito, que cabe a Fazenda pública e da inexistência desses pressupostos ou da existência de fatores excludentes que cabe ao contribuinte, fatos que tornam a Fazenda como parte efetiva na relação processual, “nivelando-se para efeito ao impugnante” (p. 67), para afirmar que “o princípio que prevalece na fase contenciosa é o distribuição da justiça, que exige a descoberta da verdade em relação à suposta legitimidade do lançamento. O livre convencimento da autoridade julgadora a respeito dessa verdade dependerá, como vimos, dos elementos de prova e estes da atividade probatório exercida pelas partes’ (p. 67), assim, “são sujeitos da prova, tanto o contribuinte quanto a Fazenda, com o intuito de convencer a autoridade julgadora da veracidade dos fundamentos de suas opostas pretensões” (p. 67).

8. Ou seja, diante do ensinamento acima se depreende o entendimento que o ônus da prova não cabe apenas ao contribuinte, mas também a Fazenda Pública.

9. Tratando dos “*Meios de Prova no Lançamento a Partir de Movimentação Financeira*”, Luiz Antonio Arthuso e Edmundo Rondinelli Spolzino lecionam em “A PROVA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO”, 1ª edição, DIALÉTICA, São Paulo, 2010, que os procedimentos fiscais feitos a partir de movimentações financeiras devem ser realizados basicamente com provas adequadamente qualificadas e quantificadas, de forma a demonstrar que tais movimentações financeiras são de fato omissões de receitas, ou seja, “o lançamento com base na presunção legal deve, necessariamente, ser acompanhado das provas e também da demonstração detalhada de todo o trabalho de busca de provas realizado pela fiscalização, mesmo que algumas dessas provas, de forma justificada, acabem por não serem efetivamente produzidas. O uso exclusivo da presunção legal, sem um conjunto probatório efetivo ou mesmo uma demonstração clara do trabalho e da vontade da fiscalização em constituir essas provas, com certeza, diminuirá a precisão, a qualidade e aderência do auto de infração, conseqüentemente afetando negativamente o resultado do trabalho nos termos de julgamento” (p.162).

10. Desta forma, face do que consta nos autos confirmo, quanto a 1ª ocorrência, a decisão de Primeiro Grau.

11. No que se refere a segunda ocorrência, não se faz necessário maiores elucubrações, uma vez que a Recorrida em momento algum alegou não ter adquirido as mercadorias referente as notas fiscais não escrituradas, ao contrário, assume tal fato ao declarar que o demonstrativo por ela elaborado quanto a algumas notas do exercício 2006, na realidade comprovam que todas as notas fiscais foram escrituradas, ou seja, a Recorrida reconhece

a aquisição, porém não acostou aos autos, documentos bastante e suficientes que comprovassem a escrituração das notas dos exercícios 2003, 2004 e 2005, como fez com os documentos fiscais de 2006. Desta forma, mantenho na íntegra a decisão proferida em Primeira Instância quanto a 2ª ocorrência.

12. Quanto a 3ª ocorrência, como, o Julgador Singular, entendo que no caso em análise deve ser aplicado retroativamente, com fulcro no art. 971, parágrafo único, inciso II, alínea “b”, do RICMS, o disposto no art. 607 do mesmo diploma legal, ficando, portanto, mantida a Decisão Singular quanto a 3ª ocorrência.

13. Assim, diante do exposto e de tudo o que consta do processo, VOTO, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do Recurso *Ex officio*, para manter a decisão singular que julgou o feito PROCEDENTE EM PARTE.

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal/RN, 06 de dezembro de 2011.

Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

PROTOCOLO: 441520/2008-1-SET
PROCESSO: 0068/2011-CRF
PAT: 0213/2008-1ª URT
RECORRENTE: SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO-SET
RECORRIDA: VÁ E VOLTE BEM PNEUS LTDA
RECURSO: *EX OFFICIO*
RELATORA: Cons. Jane Carmen Carneiro e Araújo

ACÓRDÃO Nº 0112/2011

EMENTA: ICMS - OCORRÊNCIA 1 – OMISSÃO DE RECEITAS - Inexiste nos autos provas materiais da prática da infração à legislação tributária, prova meramente indiciária, tão somente não confirma a infringência. OCORRÊNCIA 2 – FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS –Escrituração de documentos fiscais de um exercício não tem o condão de comprovar que os documentos fiscais de outros exercícios foram escriturados. Infração configurada. OCORRÊNCIA 3 – FALTA DE AUTENTICAÇÃO DE LIVROS FISCAIS – Infração afastada, por força do art. 971, parágrafo único, inciso II, alínea “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97. RECURSO *EX OFFICIO* CONHECIDO E IMPROVIDO. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao Recurso *Ex officio*, para manter a decisão singular, que julgou o feito procedente em parte.

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal/RN, 06 de dezembro de 2011.

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Presidente

Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora