SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

RESOLUÇÃO Nº 133/2022
CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO	**: 47ª EM: 09/06/2022**
PROCESSO	**: 0053//2017**
INTERESSADO	**: SUPER GIRO DISTRIBUIDORA LTDA**
AUTO DE INFRAÇÃO	**: Nº. 013626/2017**
AUTUANTE	**: ELENILZO DE OLIVEIRA BONFIM**
RELATORA	**: SUELLEN CAMPOS DELIMA**

EMENTA: FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM APURADO ATRAVES DE LEVANTAMENTO FISCAL.– DECISÃO PRIMEIRA INSTANCIA PELA PROCEDENCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 013626/2017 – DECISÃO SEGUNDA INSTANCIA – JULGANDO IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 013626/2017 EM DESACORDO COM A PRIMEIRA INSTANCIA E PROCURADORIA DO ESTADO - DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

RELATÓRIO

Trata-se de processo que versa sobre o Auto de Infração nº. 013626/2017, processo sob o nº. 0053/2017, lavrado em 19/05/2017, em desfavor da empresa **SUPER GIRO DISTRIBUIDORA LTDA** sob o CNPJ nº 09.293.142/0001-69 e inscrição estadual nº 24.014895-5, no valor de **R$ 1.398.772,03 (um milhão, trezentos e noventa e oito mil, setecentos e setenta e dois reais e três centavos**), apontado com a "Falta de pagamento do ICMS normal sobre operações tributáveis não escrituradas e não declaradas em GIM, oriundas de receitas não declaradas, " referente ao exercício de 2015.

Como dispositivo infringido foi apontado o artigo 71, combinado com os artigos 856 e 859 do Regulamento do ICMS/RR, aprovado pelo Decreto nº 4335-E/2001. E aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso I, alínea "a" da Lei nº 59/93. Multa de 100% (cem

por cento) sobre o valor do imposto.

Foram juntados aos autos: Quadro demonstrativos de cálculos e de atualização monetária de valores a recolher (fl. 03); Relatório de Execução da Ordem de Serviço nº 000383/2017 (fls. 05/08); Anexo I Apuração de margem de valor agregado (fls. 09/22); Termo de início de fiscalização (fls. 23); Ordem de 000383/2017 (fls. 04); Pedido de autorização para prorrogação de ação fiscal (fls. 24/25); Planilha (fls. 26/31); Ficha de apuração (fls. 32); Intimação (fls. 33); Anexo I (fls. 34/50); Termo de conclusão de ordem de serviço e de cientificação (fls. 54) e Termo de encerramento de fiscalização (fls. 53).

Intimada regulamente a apresentar impugnação ou liquidação ao auto de infração, a autuada apresentou impugnação (fls. 59/71), alegando em síntese que Há dois erros, o primeiro a fiscalização coloca como valor de compras isentas, não tributadas já tributadas e outras, o importante de R$ 21.022.230,14, porém, verificado esse tipo de entrada no resumo das entradas do livro de registro de entradas, chegamos ao valor correto de R$ 21.380.400,98.

Assim, na planilha de apuração de saída presumida tributável e do imposto devido, o item I (CMV), deve ser corrigido para R$ 11.743.339,28.

Sem qualquer explicação e fundamento, o agente fiscal coloca como agregado legal da Impugnante o percentual de 84,99% o que está errado e desqualifica totalmente sua apuração.

O próprio agente fiscal fez uma planilha de apuração do lucro bruto e agregado sobre vendas tributáveis da impugnante, e encontrou um percentual de 42% que deveria ser o percentual utilizado no item 7 da planilha de apuração da saída presumida tributável e do imposto devido, o que foi feito pela SEFAZ/PORTARRIA/GAB nº 137/2015, o percentual seria ainda menor, qual seja de 30% (trinta por cento).

Por isso, totalmente descabido e sem fundamento o agregado utilizado no percentual de 84,99%.

Da multa confiscatória – entendimento do STF – A.D.I 551 e AGRE/RE nº 754.554. Multa de 100% totalmente desproporcional essa punição, cita jurisprudência. Deve a multa aplicada ser reduzida para 20% do valor do tributo.

Requer seja julgado improcedente o presente lançamento fiscal, sendo o mesmo totalmente cancelado.

Foi solicitada Diligencia Fiscal (fls. 75/76) para que seja analisada a documentação juntada. Caso a referida documentação tenha o condão de alterar o credito tributário.

Em resposta o Auditor Fiscal Autuante expôs em resumo (fls. 99/102) e anexos (fls. 77/80):

No que tange á reclamação de utilização de imagem de valor agregado no percentual de 84,99%, esclarece que esta foi a lucratividade do contribuinte auditado. Adotou este procedimento que conta demonstrado na planilha anexa ao relatório da OS (fls. 09/22), á exegese do § único, art. 860 do RICMS-RR.

Inclusive toda metodologia de trabalho aplicada no presente caso já tem reconhecimento por desse Conselho de Recursos Fiscais conforme Resolução nº 09/2019.

Esta fiscalização tem entendimento de que o levantamento fiscal está correto e deve ser mantido com o valor de operação isenta e não tributada que fora extraído da GIM conforme ao item 4.

A Impugnante foi intimada para se manifestar sobre juntados de novos documentos (fls. 82), respondeu o mesmo conteúdo que está na Impugnação acrescentado em resumo que (fls. 84/87):

Fazendo a mesma apuração sugerida pela fiscalização, mas utilizando o CMV e agregado corretos, verifica-se que não teria qualquer saída não declarada, logo, nenhum valor de ICMS normal a recolher, sendo totalmente improcedente o lançamento fiscal.

É em linhas gerais o sucinto relatório.

FUNDAMENTOS DE FATOS E DE DIREITO.

A presente autuação refere-se a "falta de pagamento do ICMS normal sobre operação tributáveis não escrituradas e não declaradas e não declara em GIM, oriundas de receitas não declaradas", referente ao exercício de 2015, nos termos dos artigos 71, combinado com os artigos 856 e 859 do Regulamento do ICMS/RR, aprovado pelo Decreto nº 4335-E/2001.

Tal apuração foi constatada em cumprimento á Ordem de Serviço n° 000383/2017 (fls.03), que determinava diligência fiscal junto ao estabelecimento com a finalidade de efetuar roteiros de fiscalização, entre outros a Verificação Analítica.

Feita as considerações iniciais passamos as alegações da impugnante que:

Há erros na fiscalização na apuração do imposto, argumento não tem como prosperar, pois os valores R$ 21.022.230,14 de entradas/isentas não tributadas estão declarados pela impugnante na GIM, conforme Resumo da GIM de 2015 (SIATE/SEFAZ) e também no livro registro de entrada (fls.28), consequentemente, a planilha de apuração da saída presumida tributável e do imposto devido realizado pelo Fisco, o item 1 (CMV), está correto, logo, não precisa ser corrigido.

Aduz que é descabido e sem fundamento o agregado utilizado no percentual de 84,99%.

Argumento inconsistente, o objeto dessa análise fiscal estavam disponibilizados no Sistema Informatizado da SEFAZ/RR(SIAT), através do arquivo SPED e dos arquivos XML das notas fiscais eletrônicas. De modo que, ao se utilizar da ferramenta Auditor Eletrônico e IDEA, foi possível extrair as informações necessárias, sobretudo, no que se referem a Margem de Valor Agregado da empresa, conforme Anexo I Apuração de Margem de Valor Agregado (fls.09/22).

Questiona que a multa de 100% é confiscatória, não há razão para impugnante, de acordo com o novo entendimento deste Conselho de Recursos Fiscais de acordo com a Resolução n° 63/2018, o percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto não é confiscatório, em consonância com o entendimento do STF no sentido da INVALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MJLTA QUE ULTRAPASSE O VALOR DO PRÓPRIO TRIBUTO – Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e recurso extraordinário n° 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011, e de acordo com o Parecer da Procuradoria do Estado, manifestando em sessão.

Portanto, diante dos documentos constantes nos autos, há elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a constituição do Crédito Tributário.

CONCLUSÃO FINAL

Diante do exposto, recebo a impugnação de (fls. 59/71), nego-lhe provimento para manter a constituição do Credito Tributário, julgo procedente o Auto de Infração nº 013626/2017, por ficar configurada a " infração de pagamento de ICMS normal sobre operações tributáveis não escrituradas e não declarada em GIM, oriundas de receitas não declaradas".

Intimada aparte, para conhecimento ao que estabelece o § 2º do artigo 54, e na forma prevista no artigo 34, da Lei 72, de 30 de junho de 1994, combinado com artigo 87, caput e § 5º e nos termos do artigo 45 Decreto Nº 856 de 10 de novembro de 1994.O sujeito passivo, depois de notificado da decisão, apresentou tempestivamente recurso voluntário, onde **SUPER GIRO DISTRIBUIDORA LTDA**, qualificada no processo 0053/2017 que apresenta recurso voluntário visando o cancelamento total da autuação pelas razões a seguir enumeradas:

1 - DA TEMPESTIVIDADE:

A recorrente foi notificada da decisão de primeira instância em 25 de novembro de 2020 tendo apresentado até 30 dias após a ciência da notificação o recurso protocolado posterior à atuação 28 de dezembro de 2020.

2 - DOS FATOS

Foi lavrado o presente auto de infração exigindo ICMS, no importe corrigido de 635.805,47, acrescido de multa de 100% e juros totalizando o importe de 1.398.772,03.

Alega fiscalização suposta falta de pagamento de ICMS normal, não escriturado e não declarado em GIM, apurada em duvidoso levantamento fiscal realizado.

A penalidade aplicada foi fundamentada no artigo 69, primeiro, alínea "G", da lei 059/93.

Apresentada impugnação, o julgador de primeira instância manteve integralmente autuação, utilizando-se de argumentos frágeis, não enfrentando as alegações e fundamentos da recorrente.

Inconformada com a decisão, vez que totalmente improcedente o lançamento fiscal, a recorrente apresenta o presente recurso, que certamente será provido por esse conceituado conselho de recursos fiscais.

3 - DA IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO FISCAL

Entendemos ser improcedente a apuração realizada, vez que contém DOIS erros graves, que desqualifica totalmente os valores apurados, conforme passaremos a demostrar. Fazendo-se a mesma apuração, apenas corrigindo os erros existentes, verá que não existe valor recolhido.

O primeiro erro está no valor constante no item 9 da planilha de apuração do custo das mercadorias tributárias vendidas.

A fiscalização colocar como valor de compras isentas não tributárias e outras importe R$21.022.230,14. Porém, verificando esse tipo de entrada, chegamos a R$21.380.400,98.

Corrigindo essa informação errada, e continuando com os mesmos cálculos do agente fiscal teremos um valor correto de custo de mercadorias tributárias vendidas - CMV, no importe de R$11.743.339,28, ou seja, um valor de R$358.170,84 menor do que erroneamente apurado.

Assim, totalmente descabido e sem fundamento o agregado utilizado no percentual de 84,99%.

O agregado deve ser o encontrado pela fiscalização em seus cálculos, ou seja, de 42%, ou sugerido pela legislação, qual seja, de 30%.

ASSIM, FAZENDO A MESMA APURAÇÃO SUGERIDA PELA FISCALIZAÇÃO, MAS UTILIZANDO O CMV E AGREGADO CORRETOS, VERIFICA-SE QUE NÃO TERIA QUALQUER SAÍDA NÃO DECLARADA, LOGO NENHUM VALOR DE ICMS NORMAL A RECOLHER, SENDO TOTALMENTE IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO FISCAL.

4 – DA MULTA CONFISCATÓRIA – ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A. D. I. E AGREG/RE N° 754.554.

Aplica-se uma multa no percentual de 100% do valor imposto corrigido, viola o artigo 150, IV, da Constituição Federal.

E, a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico.

Conforme entendimento pacífico no STF, é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte e suas obrigações tributárias.

5 – DO PEDIDO FINAL

Por todos os argumentos claramente demonstrado, e por ser de JUSTIÇA, solicitamos seja julgado totalmente procedente o presente recurso, sendo totalmente cancelado lançamento fiscal.

Em ato continuo, o processo foi encaminhado á Procuradoria Fiscal deste Contencioso, a qual emitiu o Parecer 153/2021/CONSULTORIA/PGE/RR, onde se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso apresentado pela empresa devedora, mantendo incólume a decisão guerreada.

É o relatório.

SUELLEN CAMPOS DELIMA
Conselheira Relatora

VOTO

Versa a autuação sobre "Falta de pagamento do ICMS normal sobre operações tributáveis não escrituradas e não declaradas em GIM, oriundas de receitas não declaradas, " referente ao exercício de 2015.

No caso em tela que se apresenta, em revisão aos argumentos em 1º grau é que, o nobre julgador pronunciou-se, foi lavrado o presente auto de infração exigindo ICMS, no importe corrigido de 635.805,47, acrescido de multa de 100% e juros totalizando o importe de 1.398.772,03.

Alega fiscalização suposta falta de pagamento de ICMS normal, não escriturado e não declarado em GIM, apurada em duvidoso levantamento fiscal realizado.

A penalidade aplicada foi fundamentada no artigo 69, primeiro, alínea "G", da lei 059/93.

Apresentada impugnação, o julgador de primeira instância manteve integralmente autuação, utilizando-se de argumentos frágeis, não enfrentando as alegações e fundamentos da recorrente.

Inconformada com a decisão, vez que totalmente improcedente o lançamento fiscal, a recorrente apresenta o presente recurso, que certamente será provido por esse conceituado conselho de recursos fiscais.

Na estrita observância das regras contidas na Lei 072/94 e do parágrafo único do artigo 102 do Decreto 856-E/94, como relatora deste processo manifesto o seguinte teor:

Nas páginas 105 a 118, apontam as seguintes alegações:

Para um possível erro na determinação do montante das operações de saídas chamadas de "Isentas, Não Tributadas e Outras Operações" no valor de R$ 358.170,84 onde reclama que o auditor não considerou, por ocasião do exame e dos levantamentos efetuados, esse pormenor.

Após examinar o processo e refazer os cálculos, entendo que não lhe assiste razão pois o auditor fez o auto de infração sob julgamento todo ele com base na escrituração fiscal apresentada pelo contribuinte no exercício examinado e, este valor que agora a defesa destaca, não foi apresentado para retificação, em tempo hábil;

No segundo questionamento ele alega que o executor do feito fiscal construiu dois índices de MVA – Margem de Valor Agregado, um de 84,98%, (vide pág. 09 a 22 do processo levantado pelo AFTE no bojo do seu trabalho em planilha específica e outro, de 42,00% em jogo de planilhas parte integrante também do seu trabalho-, que utilizou para a lavratura.

Da análise do trabalho pode se entender que o auditor carregou na planilha de Entradas de Mercadorias, a primeira de um jogo de 5, os valores constantes das escriturações e declarações do auditado no exercício sob exame;

Na segunda planilha, os valores das Saídas de Mercadorias tiveram a mesma origem, a declaração;

Validou os Inventários de 31/12/2016 (Estoque Inicial) e 31/12/2017 (Estoque Final);

Examinou e tornou válidos na terceira planilha os Créditos de ICMS a que o contribuinte, segundo seu trabalho, teve direito no exercício;

Na quarta planilha ele apurou o CMV - Custo das Mercadorias vendidas e também nesta, o Percentual de Agregado sobre as Vendas Tributáveis, ou seja, o MVA - Margem de Valor Agregado que contabilmente e nos aspectos fiscal e contábil é o índice utilizado para calcular - com base no valor das mercadorias adquiridas para revenda -, a estimativa da margem de lucro com o objetivo de aplicar a alíquota interna do ICMS. É, nada mais nada menos que a estimativa de lucro bruto sobre as aquisições de mercadorias para revenda.

Os valores das planilhas anteriores, são transportados para a planilha final do conjunto que é a chamada Ficha de Apuração, porém, nesta recorre aos 84,99%, índice apurado em separado e descarta os 42,00% apurado no jogo de planilhas que foi utilizado como base para a lavratura do auto de infração onde a defesa se pronuncia e pede que que sejamos atentos.

Observa-se que a planilha que o fiscal utiliza-se, para calcular o fator de 84,99% não apresenta outros campos onde se possa referenciar preços de entrada e preços de saída dos produtos selecionados para cálculo, vê-se nela: código, descrição, unidade e MVA. Ora, para tirar qualquer dúvida com relação à origem e servir de prova para determinar o MVA utilizado pelo contribuinte seria fundamental a exibição de tais valores, em vez disso ele apresentou dois indicadores, o de 84,99 e o de 42,00%, esse me parece mais plausível e afeito a realidade praticada pelo mercado em geral e não deixa dúvida sobre a sua obtenção, pois os valores necessários para sua apresenta estão evidentes nessas planilhas(soma total dos preços de entradas e das saídas do exercício. O fator de 84,99% que é o indicador analítico, pelo que se entende da sua apresentação, não tem os elementos necessários para fazer prova de sua materialidade.

A INTERPRETAÇÃO BENIGNA AO CONTRIBUINTE PREVISTA NO ART. 112 DO CTN

O argumento paradigmático que tem sido apresentado nas decisões judiciais invalidando posicionamentos dos órgãos administrativos de julgamento tributário, sobretudo dos CARF, é a norma abstrata prevista no artigo 112 do CTN. Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Trata-se, portanto do instituto do in dubio pro reo, adotado amplamente no direito penal, quando há incerteza acerca da punição do acusado.

Conclusão, por todo o exposto, voto por conhecer o Recurso Voluntário, para dar-lhe provimento e julgar improcedente, em desacordo com o Parecer 153/2021 da PGE o AI nº 13626/2017.

É como voto.

SUELLEN CAMPOS DELIMA
Conselheira Relatora

VOTO MINERVA

O objeto do voto é o processo iniciado com a lavratura do AI nº 13626/2017, integrante do processo 053/2017, lavrado em 15/09/2017 em desfavor do Sujeito Passivo SUPER GIRO DISTRIBUIDORA LTDA, o Fisco exige da empresa um Crédito Tributário no montante de R$ 1.398.772,03 (Um milhão, trezentos e noventa e oito mil, setecentos e setenta e dois reais e três centavos) decorrente da autuação pela "Falta de pagamento do ICMS Normal não escriturado e não declarado em GIM", apurado através de levantamento fiscal realizado no exercício de 2017,

Após julgado em primeiro grau de esfera administrativa deste Conselho e apreciado pela PGE conforme Parecer 153/2021 que opina pela manutenção integral do feito fiscal nos termos recomendados pela Primeira Instância, quando sob os votos dos conselheiros, restou empatado em 3 votos pela sua procedência, mantida a decisão de 1º Instância e o consequente parecer da Procuradoria Geral do Estado e, 3 votos contrários a sua manutenção.

Na estrita observância das regras contidas na Lei 072/94 e do parágrafo único do artigo 102 do Decreto 856-E/94, na qualidade de Presidente deste Egrégio Conselho me faço pronunciar:

É, sem dúvida nenhuma, meu dever – e o faço com muita satisfação - expressar altíssimo e elevado respeito aos julgamentos pretéritos deste feito e como já o fiz em situações anteriores, declino de fazer qualquer juízo deles, exceto o de manifestar respeito e admiração posto que foram, cada um no seu momento, feitos às convicções de cada apreciador e julgador e, todos, inclusive os membros deste douto colegiado, que divergiram

de forma republicana e na estrita observância da legislação aplicada, isso, é claro, após amplo debate.

Atento aos debates, razões e contrarrazões de cada conselheiro, também, com o mesmo sentimento e esmero e sob a luz da legislação aplicada, assim me manifesto.

As alegações da defesa nas págs. 105 a 118, apontam:

No primeiro questionamento para um possível erro na determinação do montante das operações de saídas chamadas de "Isentas, Não Tributadas e Outras Operações" no valor de R$ 358.170,84 onde reclama que o auditor não considerou, por ocasião do exame e dos levantamentos efetuados, esse pormenor.

Minhas Considerações;

Após examinar o processo e refazer os cálculos, entendo que não lhe assiste razão pois o auditor construiu a base do auto de infração sob julgamento todo ele com base na escrituração fiscal apresentada pelo contribuinte no exercício examinado e, este valor que agora a defesa destaca, não foi arguido para retificação de declaração em tempo anterior ao exame, ou seja, em tempo hábil;

No segundo questionamento ele alega que o executor do feito fiscal construiu dois índices de MVA – Margem de Valor Agregado, um de 84,98%, (vide pág. 09 a 22 do processo ora tratado) levantado pelo AFTE no bojo do seu trabalho em planilha específica e outro, de 42,00% em planilha integrante do jogo de planilhas - parte também do corpo do seu trabalho-, que desaguou no auto de infração sob apreciação.

Minhas Considerações;

Examinando detidamente o trabalho, percebo que o auditor teve o cuidado de trazer para a planilha de Entradas de Mercadorias, a primeira de um jogo de 5 planilhas, os valores constantes das escriturações e declarações do auditado no exercício sob exame;

Agiu da mesma forma na segunda planilha com relação as Saídas de Mercadorias que buscou na mesma origem;

Deu crédito aos Inventários de 31/12 de 2016 (Estoque Inicial) e 31/12/2017 (Estoque Final);

Examinou, saneou determinou e demonstrou na terceira planilha os Créditos de ICMS a que o contribuinte teve direito no exercício;

Na quarta planilha ele apurou o CMV - Custo das Mercadorias vendidas e também nesta, o Percentual de Agregado sobre as Vendas Tributáveis, ou seja, o MVA - Margem de Valor Agregado que conceitualmente nos aspectos fiscal e contábil é o índice utilizados pelas UF´s e DF para presumir -com base no valor das mercadorias adquiridas para revenda -, a estimativa da margem de lucro para fins de aplicação da alíquota interna do ICMS. É, portanto a presunção de lucro bruto sobre as aquisições de mercadorias para revenda.

Todos os valores das planilhas anteriores, são transportados para a planilha final do conjunto que é a chamada Ficha de Apuração, porém, nesta ele inova com a aplicação do índice apurado em separado que é o de 84,98% e não os 42,00% obtido na construção do jogo de planilhas que deu causa ao AI em comento que é o objeto de reclamação por parte da defesa.

Vale observar que a planilha de onde o fiscal, que acredito eu, tenha sido zeloso na análise, para extrair o índice de 84,99% não traz, na sua construção, os valores referentes aos preços de entrada e preços de saída dos produtos que ele selecionou para análise, traz apenas: código do produto, descrição, unidade e MVA. Ora, para emprestar clareza, substância e irrefutável prova de que esse era o verdadeiro MVA praticado pelo contribuinte era essencial a presença desses números. Também para garantir que a dúvida criada por ele mesmo quando de sua lavra produziu os dois indicadores se dissipasse, pois o segundo índice, 42,00%, não deixa qualquer dúvida quando da sua construção, pois brota da diferença encontrada entre o volume total das entradas (soma total dos preços de entradas do exercício) e o volume total das saídas (soma total dos preços de saídas do exercício). O índice de 84,98% que é o indicador analítico, pelo que se pode depreender da sua apresentação, não trouxe os elementos vitais para o que eu chamo de clara e irrefutável prova de sua veracidade.

Vejamos o que expressa o artigo 43 do Decreto 4335-E/01 –RICMS-RR;

> **Art. 43.** Na entrada de mercadoria trazida por contribuinte de outra unidade da Federação sem destinatário certo neste Estado, a base de cálculo será o valor constante do documento fiscal de origem, inclusive as parcelas

correspondentes ao IPI e às despesas acessórias, acrescido de 30% (trinta por cento), na inexistência de percentual de agregação específico

Na mesma direção, recomenda o artigo 73 do citado Decreto no seu §1º que recomenda fixação de MVA de 30% e, recomenda também no seu §4º que a aplicação de percentual diferente deve ocorrer "**em caso de fundada suspeita de que o documento fiscal apresentado não reflete o valor real da operação ou prestação**"

Ora, a "suspeita fundada" como o próprio nome já denuncia, carece da evidencia para fazer a prova inequívoca portanto, qualquer outro MVA deve vir a ser utilizado quando provado ser a expressão da verdade irrefutável, um exemplo disso seria apresentar a prova de que o preço praticado pelo contribuinte era diverso daquele exibido no seu documento fiscal de saída, tais como anúncios, folders, catálogos promocionais e, coisas do tipo. Neste caso, o executor do feito fiscal não teve o cuidado de demonstrar na sua tabela de evidências onde consta o índice de 84,99%, os valores que culminaram neste percentual.

Quando ele construiu a planilha nº 5 do seu levantamento ele se equivocou ao não fazer uso do MVA de 42,00% e opta por usar o MVA de 84,99%.

Nos seus cálculos a prova do MVA de 42% está evidente e por consequência claramente demonstrada no corpo do seu trabalho em que é a planilha nº 4 parte integrante do seu embasamento para o auto de infração, a planilha do índice de 84,99%, não carrega esses elementos de prova, os preços de entradas contra os preços de saídas.

Em que pese a divergência dos votos e os argumentos que culminaram na situação de empate entre os votantes penso eu que conforme apontam de todos os mandamentos legais em vigor no país, inclusive e principalmente a CF/88 do qual não podemos prescindir e, mais ainda, do Decreto 4335-E/01 – RICMS-RR, o ônus da prova é obrigação primeira de quem acusa, sob pena de impingir ao estado o pesado ônus da sucumbência e, a observância desse mandamento, também é obrigação dessa casa, como também o é zelar pela possibilidade trazer para os cofres do estado, aquilo que, por qualquer motivação, dolosa ou culposa, quais sejam, o quantum lhe fora negado ou subtraído.

Pretender que o acusado tenha que arcar com a prova que o fisco deixou de produzir ou a fez de forma insipiente, esclarecer dúvidas que o próprio fisco suscitou quando agiu de forma omissa, insuficiente ou talvez equivocada não encontra nem recomendação nem abrigo em nenhuma legislação vigente. Portanto na construção de

autos de infração. O ônus da prova inequívoca e materialmente demonstrada é intransferivelmente obrigação do autor.

Estes são os motivos pelos quais com segurança e no cumprimento do dever voto por conhecer o Recurso Voluntário, para dar-lhe provimento e julgar improcedente o AI nº 13626/2017, em desacordo com o Parecer 153/2021 da PGE.

É o voto.

Manoel Carlos Barbosa Almeida
Presidente

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é interessado: **SUPER GIRO DISTRIBUIDORA LTDA,**

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, por maioria de votos, conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, em desarcordo com a decisão de primeira instância, julgando improcedente o Auto de Infração Nº. 013626/2017,** em dissonância com o parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto da Exmª. Srª. Conselheira Suellen Campos de Lima, que proferiu o voto vencedor e foi designado para lavratura da resolução. Foram votos vencidos os Exmºs. Srs. Conselheiros Representantes Fazendários: Ricardo Peterlini Gonçalves, Adalberto Severo Alves Júnior e Vimar Lana Júnior, que entendiam pela procedência do auto de infração.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista-RR, 10 de junho de 2022.

MANOEL CARLOS BARBOSA ALMEIDA
Presidente

SUELLEN CAMPOS DE LIMA
Conselheira
Designada para Leitura

RICARDO PETERLINI GONÇALVES
Conselheiro

ADALBERTO SEVERO ALVES JÚNIOR
Conselheiro

VILMAR LANA JÚNIOR
Conselheiro

SÍLVIA SILVESTRE DOS SANTOS
Conselheira

FRANKLIN DA SILVA BRAID
Conselheiro

SANDRO BUENO DOS SANTOS
Procurador do Estado