Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 060.431.2013-5
Recursos/HIE/VOL/CRF Nº 063/2016
1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.
1ª Recorrida: ALPARGATAS S.A.
2ª Recorrente: ALPARGATAS S.A.
2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.
Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE INGÁ.
Autuantes: MANAÍRA DO CARMO A. MELO E JAIMAR MEDEIROS DE SOUZA.
RELATORA: CONSª. NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

CRÉDITO INDEVIDO (USO E/OU CONSUMO). CRÉDITO INDEVIDO (DOCUMENTO INIDÔNEO). FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS. LAUDO REVISIONAL. DECADÊNCIA PARCIAL. REVISÃO DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Provas carreadas ao autos inviabilizaram a denúncia de Crédito Indevido (Uso e/ou Consumo).
A descrição da matéria tributável de forma imprecisa acarretou a nulidade da infração de Crédito Indevido (Documento Inidôneo).
Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.
Cabe o lançamento do imposto aos que deixarem de lançar as saídas realizadas nos livros próprios.
A técnica do levantamento do resultado industrial com operações de transferência de mercadorias se mostra inadequado para a apuração de omissão de vendas abaixo do custo.
Ajustes realizados e valores alcançados pela decadência levaram à parcial sucumbência do crédito tributário. Aplicada a redução da multa em virtude de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte.

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 do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovimento* do primeiro e *provimento parcial* do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000355/2013-69, lavrado em 26/3/2013, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.093.455-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 14.794,61 (quatorze mil, setecentos e noventa e quatro reais e sessenta e um centavos), sendo R$ 7.561,21 (sete mil,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

quinhentos e sessenta e um reais e vinte e um centavos) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 277 e parágrafos c/c art. 60, I e III; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97 e R$ 7.233,40 (sete mil, duzentos e trinta e três reais e quarenta centavos) de multa por infração ao artigo 82, II, “b”, e V, “f”, da Lei n° 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o valor de R$ 1.530.279,52 (um milhão, quinhentos e trinta mil, duzentos e setenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sendo R$ 515.518,16 (quinhentos e quinze mil, quinhentos e dezoito reais e dezesseis centavos), de ICMS, e R$ 1.022.322,57 (um milhão, vinte e dois mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e sete centavos), de multa por infração.

Ressalte-se que os valores desconstituídos em razão da nulidade da infração de crédito indevido (documento inidôneo), por vício formal, poderão ser recuperados, através de novo feito fiscal, na forma prevista no art. 173, II do CTN.

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 16 de dezembro de 2016.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000355/2013-69, lavrado em 26/3/2013, contra a empresa ALPARGATAS S.A., com ciência pessoal, em 20/5/2013, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2008 e 31/12/2011, constam as seguintes denúncias:

- CRÉDITO INDEVIDO (MERC. DESTINADAS AO USO /OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documentos fiscal(is), consignando mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

CRÉDITO INDEVIDO POR ENTRADA DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO.

- CRÉDITO INDEVIDO (DOCUMENTO INIDÔNEO) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou do ICMS destacado em nota(s) fiscal(is) considerada(s) inidônea(s), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

CRÉDITO FISCAL INDEVIDO REFERENTE A DOCUMENTO FISCAL NÃO COMPROVADO.

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

Nota Explicativa:

NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO REGISTRADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADA.

- NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros de Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis, conforme documentação fiscal.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Nota Explicativa:

NOTAS FISCAIS DE SAÍDA NÃO REGISTRADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDA.

- OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas vendas abaixo do preço de custo dos produtos acabados.

Nota Explicativa:

FOI CONSTATADO SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR INFERIOR AO CUSTO DOS PRODUTOS FABRICADOS.

Foram dados como infringidos os artigos 72, §1º, I; art. 77 e art, 82, X; art. 158, I e 160, I c/ fulcro art. 646; art. 277 e parágrafos, c/c art. 60, I e III; art. 645 §§1º e 2º; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição das penalidades previstas nos artigos 82, V, “h” e “f” e 82, II, “b”; todos da Lei n° 6.379/96. Sendo apurado um crédito tributário no valor de R$ 1.545.074,13, sendo R$ 515.518,16, de ICMS, e R$ 1.029.555,97, de multa por infração.

Inconformada com a autuação, a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 18/6/2013*(fls. 38-60)*, onde transcrevemos resumidamente os pontos contestados:

Requer a realização de diligência com finalidade de comprovar a regularidade dos procedimentos adotados.

Declara que, a fiscalização ignorou que a requerente estornou os créditos aproveitados referentes às entradas para uso e consumo.

Alega que os créditos aproveitados sem amparo documental foram devidos a erros na escrituração das Notas Fiscais.

Da mesma forma, alude que a falta de registro de notas fiscais de entradas e de saídas foi decorrente de erros cometidos no registro das Notas Fiscais.

Questiona a infração de omissão de saídas de produtos tributáveis, aludindo que a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

presunção de realização de vendas abaixo do custo não poderia ter acontecido em razão de a unidade de Ingá não realiza vendas, pois se trata de unidade de apoio à fábrica de Santa Rita.

Por fim, declara que as multas aplicadas são desproporcionais e de cunho confiscatório.

Deferido o pedido de diligência, foram designados os auditores fiscais, Antônio Andrade Lima, Mat. nº 145.924-4 e Gilberto Almeida Holanda, Mat. nº 145.976-7, para realizarem os trabalhos *(fl. 161)*, sendo recolhido o valor de R$ 2.524,90, referente a custas processuais *(fl. 162)*.

Cumprindo o que foi determinado, os revisores elaboraram relatório de diligência, onde concluíram pela exigência de um ICMS no valor de R$ 42.934,29 *(fls. 168-172)*.

Após a ciência da empresa do resultado da diligência, os autuantes se manifestaram em contestação, discordando dos valores levantados na diligência fiscal e defendendo a exigência de um crédito tributário no montante de R$ 505.101,35, *(fls. 184-189)*.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl.192)*, e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R$ 940.363,43, sendo R$ 470.345,62 de ICMS e R$ 470.017,81, de multa por infração, com indicativo de recurso de ofício nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013 *(fls. 194-215)*.

Cientificada, da decisão de primeira instância, por via postal, em 1/2/2016, conforme registro no sistema dos correio *(fl. 223)*, a autuada, através de advogados constituídos, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado em 24/2/2016 *(fls. 226-244)*.

De início, protesta pela intimação dos seus advogados para que possam fazer a sustentação oral de suas razões por ocasião da sessão de julgamento do presente recurso.

Em seguida, discorre sobre a tempestividade do recurso e logo após passa a expor os fatos e motivos que deram origem ao lançamento fiscal, para, prontamente, apresentar suas razões para reformar a decisão recorrida.

Argui a decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos antes de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

20.5.2008, defendendo a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, sob o argumento que houve princípio de pagamento para essas infrações.

Declara que não realiza vendas de mercadorias, suas operações são apenas de transferências de mercadorias para outras unidades da própria Alpargatas, portanto, fica inviabilizada a acusação baseada na exigência de que o valor das saídas sejam pelo menos igual ao custo dos produtos vendidos.

Diz que as autuações por falta de registro foram baseadas apenas em presunção, não havendo comprovação da materialidade das infrações imputadas.

Confronta as multas aplicadas, por entender que são desproporcionais e de caráter confiscatório, requerendo a sua redução a percentuais condizentes com o entendimento do STF.

Conclui, requerendo que seja conhecido e integralmente provido o presente recurso, com o reconhecimento da decadência dos valores relativos a fatos geradores ocorridos até 20/5/2008.

De outro modo, que seja cancelada i) a infração de omissão de receitas e ii) aos itens referentes à falta de registro de notas fiscais de aquisição e de saídas.

Ou, de outra forma, que sejam afastadas as multas aplicadas, em razão de sua inconstitucionalidade e a improcedência do tipo penal apontado na autuação, ou o reenquadramento da multa imposta com base no art. 82. V, “f” da Lei nº 6.379/96 para o art. 82, II, “b”.

Por fim, protesta pela intimação de seus advogados para que possam fazer a sustentação oral de suas razões por ocasião do julgamento do recurso.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

VOTO

Em exame os Recursos Hierárquico e Voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000355/2013-69, lavrado em 26/3/2013, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncias anteriormente relatadas.

DECADÊNCIA

Analisaremos, em primeiro lugar, a arguição da decadência dos créditos tributários, referentes a fatos geradores ocorridos até 20/5/2008.

Como se sabe a decadência, no direito tributário, é a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, em razão de decurso de prazo instituído em lei.

Neste sentido, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Por outro lado, a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por homologação, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa.

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita, por decurso do prazo legal, conforme estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Seguindo a linha do CTN, a legislação estadual da Paraíba, considerando que, com a entrega da declaração, o Fisco detém todas as informações do contribuinte de forma a proceder a homologação, estabeleceu, através da Lei nº 10.094/2013, que veio a introduzir modificações no Processo Administrativo Tributário, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, para os contribuintes que tivessem realizado a entrega da declaração ou recolhido a menor o imposto declarado, conforme prevê o art. 22, § 3º, que abaixo reproduzimos:

Art. 22. *Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação especifica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.*

§ 1º *A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.*

§ 2º *Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.*

§ 3° Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n.).

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada.

Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, o sujeito passivo, tendo prestado a devida declaração ao Fisco, foi autuado pela fiscalização por (1) CRÉDITO INDEVIDO (USO E/OU CONSUMO) e (2) CRÉDITO INDEVIDO (DOCUMENTO INIDÔNEO), em razão da apropriação incorreta de créditos fiscais, nos exercícios de 2008, 2009, 2010 e 2011, resultando no pagamento a menor do ICMS.

Assim, consubstanciando-se que a autuada prestou ao Fisco a devida declaração dos valores, por ela apurados, nos períodos elencados no auto de infração, aplica-se a regra do art. 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013, cabendo à fiscalização se pronunciar, sobre os valores declarados e recolhidos, nos prazos previstos na norma citada, providenciando de ofício o lançamento complementar.

Isto posto, a decadência aqui tratada alcança o lançamento fiscal efetuado com finalidade de recuperar o imposto não pago, em decorrência da dedução indevida de créditos fiscais na apuração dos valores referentes aos fatos geradores de cada período.

Destarte, tendo o Auto de Infração se consolidado em 20/5/2013, com a ciência da autuada, os fatos geradores ocorridos até 20/5/2008, para as infrações retro mencionadas, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do expresso nos artigos 150, §4º, do CTN e. 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013, supramencionados.

Reproduzimos, abaixo, decisão do STJ, sobre o assunto:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSOESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELAFAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTOCREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIAPACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DECONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

3. "[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário aponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.7. Agravo regimental não provido.

De forma distinta, as infrações (3) FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS, (4) NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS e (5) OMISSÂO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS, tratam de imposto não recolhido, em virtude de a autuada não ter efetuado a apuração correta do ICMS devido, omitindo assim os fatos geradores do imposto.

Nesses casos, não há que se falar em pagamento efetuado, como expôs a recorrente, pois sem o registro dessas operações nos livros fiscais, deixaram de ser computados, na apuração mensal do imposto, os valores referentes aos fatos geradores omitidos. Assim, não há o que se homologar, devendo, os valores omitidos, serem providenciados através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial, na forma do art. 173, I, do CTN, anteriormente transcrito.

Logo, considero que esses lançamentos não são passíveis de extinção pela decadência, pois esta só se operaria, para os fatos geradores ocorridos em 2008, em 1º de janeiro de 2014, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, dou como acertada a decisão de primeira instância que considerou extinto o crédito tributário apurado, referente à infração de (2) CRÉDITO INDEVIDO (DOCUMENTO INIDÔNEO), no período de **janeiro/2008**.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MÉRITO

Crédito Indevido

(Merc. Destinadas ao Uso/ou Consumo do Estabelecimento)

Trata-se de denúncia de utilização indevida de crédito fiscal, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, conforme demonstrativo *(fls. 12-13)*.

Antes de prosseguirmos, cabe ressaltar que a julgadora singular improcedeu a acusação com base no relatório de diligência fiscal *(fl. 169)*, onde consta que o contribuinte comprovou o estorno dos valores na apuração do ICMS mensal.

Há, ainda, que se destacar que a fiscalização não efetuou reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, como forma de apurar a liquidez e certeza do crédito tributário.

Portanto, considero acertada a decisão de primeira instância de tornar sem efeito o lançamento fiscal.

Crédito Indevido (Documento Inidôneo)

Nesta acusação, a empresa foi autuada por utilização indevida de créditos fiscais, em virtude de ter apropriado créditos do ICMS sem amparo documental, conforme demonstrativo *(fls. 13-15)*, tendo sido consignado, no auto de infração, infringência aos artigos 77 e 82, X, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 77. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do

imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da

documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos neste Regulamento.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 82. Não implicará crédito do imposto:

(...)

X - entradas de mercadorias acobertadas por documento fiscal inidôneo, nos termos do § 1º do art. 143;

Analisando as peças processuais, verifica-se que a denúncia fiscal trata de crédito indevido (documento inidôneo), enquanto a nota explicativa descreve a ocorrência de crédito fiscal indevido referente à documentação não comprovada, o que gera incerteza no entendimento do sujeito passivo do que está sendo acusado.

Andou bem a julgadora singular quando observou que "*a situação fática objeto da autuação foi decorrente da utilização indevida de créditos referente à documentação fiscal não comprovada*".

Destacando, em seguida, que "*a denúncia que melhor se ajustaria ao fato imponível seria a utilização de crédito inexistente, uma vez que o contribuinte utilizou-se de crédito do ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual*".

Como se observa, a denúncia se mostra incapaz de produzir efeitos no mundo jurídico, em razão de vício insanável, portanto, impõe-se a decretação de sua nulidade, nos termos dos artigos 16 e 17, II da Lei nº 10.094/2013, abaixo reproduzidos:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

(...)

II - à descrição dos fatos;

Ressalte-se que, por se tratar de vício formal, os valores anulados poderão ser recuperados, através de novo feito fiscal, conforme prevê o art. 173, II do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Portanto, ratifico a decisão de primeira instância, em decretar a nulidade da denúncia, por considerar equivocado o lançamento fiscal, em razão de erro na descrição do fato infringente.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta acusação, a reclamante foi autuada pela fiscalização por deixar de registrar, nos livros fiscais próprios, as notas fiscais de aquisição discriminadas nos autos *(fls. 15-21)*.

Nesta denúncia, presume-se que, ao deixar de efetuar o registro das notas fiscais de entradas de mercadorias nos livros próprios, o contribuinte omitiu saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, *verbis*:

Art. 646 – O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos 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.)**

Como se observa, a falta do registro das notas fiscais de entrada de mercadorias nos livros próprios da empresa impõe a transferência do ônus da prova negativa de aquisição, sob a razão de que foram realizadas compras sem utilização de receita legítima constante do caixa escritural.

Em primeira instância, o julgador singular reduziu o valor a exigir a um montante de R$ 7.522,93, com base em ajustes efetuados na diligência fiscal *(fls. 170-171)*.

No entanto, considero que, também, não devem ser computados os valores relativos às Notas Fiscais de transferência (CFOP'S 5.551, 5.552 e 5.557), emitidas por outras empresas do mesmo grupo, por configurarem operações sem repercussão financeira, elidindo a presunção de omissão de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Logo, permanecem os seguintes valores a exigir:

NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS

AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS

Nesta acusação, o contribuinte foi autuado em razão de ter deixado de escriturar as notas fiscais de saídas nos livros próprios, acarretando a falta de recolhimento do ICMS, conforme planilha anexada ao processo *(fl. 21)*.

Como se sabe, além da obrigação de emitir a respectiva Nota Fiscal, quando das saídas das mercadorias, cabe, também, ao contribuinte efetuar o devido registro nos livros próprios, com finalidade de se apurar o *quantum debeatur* do imposto, que deve ser recolhido ao final de cada período de apuração.

No caso, a empresa deixou de registrar as Notas Fiscais, referentes às saídas de mercadorias, nos livros de Registro de Saídas e Apuração do ICMS, deixando de apurar corretamente o valor do imposto a ser recolhido.

Assim, foi então autuada pela fiscalização por agir em desacordo com o art. 60, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 60. *Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:*

I - no Registro de Saídas:

a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;

b) o valor de outros débitos;

c) o valor dos estornos de créditos;

d) o valor total do débito do imposto;

e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;

f) o valor de outros créditos;

g) o valor dos estornos de débitos;

h) o valor total do crédito do imposto;

i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";

j) o valor das deduções previstas pela legislação;

l) o valor do imposto a recolher;

m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

Tendo em vista, os ajustes realizados pelos auditores responsáveis pela diligência fiscal e ratificados na instância singular, o valor da exigência fiscal ficou reduzido ao montante de R$ 655,62 *(fl. 171)*.

Assim, mantenho os valores fixados na primeira instância em razão das justificativas constantes do relatório da diligência fiscal.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS

(Resultado Industrial)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Nesta infração, a fiscalização apurou resultado industrial negativo, no exercício de 2008, no valor de R$ 1.234.761,01, e no exercício de 2011, no valor de R$ 1.486.868,76 *(fl. 25 e 35)*, tendo denunciado o contribuinte por Omissão de Saídas de Produtos Tributáveis, com base no art. 645, §§ 1º e 2º, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 645. Constituem elementos subsidiários para o cálculo da produção e correspondente pagamento do imposto dos estabelecimentos industriais o valor e quantidade de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, a mão-de-obra empregada, os gastos gerais de fabricação e os demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques.

§ 1º Apurada qualquer falta no confronto da produção, resultante do cálculo dos elementos constantes deste artigo com a registrada pelo estabelecimento, exigir-se-á o imposto correspondente.

§ 2º Para a exigência do imposto a que se refere o parágrafo anterior, ter-se-á em conta que ***o valor das saídas será pelo menos igual ao custo dos produtos vendidos****.* ***(g.n.)****.*

Com efeito, não se concebe a sobrevivência de uma empresa que opere com receitas de vendas abaixo de suas obrigações, assim, a legislação exige que as saídas do setor industrial sejam suficientes para, pelo menos, cobrir os custos de produção.

No caso em tela, o fato descrito no auto de infração relata que o contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas vendas abaixo do preço de custo dos produtos acabados, no entanto, foi informado, na diligência fiscal *(fl. 111)*, que a empresa autuada, por atuar como satélite da fábrica de Santa Rita, não realiza vendas, sendo, suas saídas, efetuadas apenas por transferências para outras empresas do grupo.

Ora, constatado, nos autos, que a empresa não realiza vendas, não há como se impor uma acusação com base no art. 645 do RICMS/PB, acima mencionado, quando a hipótese de incidência prevista na referida norma diz que **o valor das saídas será pelo menos igual ao custo dos produtos vendidos**.

Assim, não havendo como se subsumir o fato à norma, declaro improcedente a acusação por utilização de técnica inadequada.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

REDUÇÃO DA MULTA

No que diz respeito à multa aplicada, considerada exorbitante pela recorrente, veremos que não há sustentação para essas alegações:

Como se sabe, o princípio de vedação ao confisco no direito tributário é tratado na nossa Constituição no art. 150, IV. *In verbis*:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, ***é vedado*** *à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

[...]

IV – ***utilizar tributo com efeito de confisco****;" (****g.n****.)*

Neste norte, em que pese as multas, assim como os tributos, figurarem no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem, conforme definição de tributo extraída do artigo 3° do C.T.N. (Lei nº5.172/66), abaixo reproduzido:

"Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que ***não constitua sanção de ato ilícito****, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada." (****g.n****.)*

Assim, por não se configurarem tributos, mas sim penalidades, cuja principal função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízos ao Estado, as multas não estão limitadas ao preceito constitucional do não confisco, contido no art. 150, IV, da CF, portanto, a aplicação deste postulado tributário não deve a elas ser estendido.

Como se observa, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório, variando sua gradação varia conforme a gravidade da infração praticada. Logo, quanto mais grave for o ilícito praticado, maior deverá ser a penalidade aplicada.

Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa proposta na peça vestibular, em virtude de sua aplicação ser inerente aos poderes de império e de polícia do

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Estado, no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos.

Neste sentido, os fazendários nada mais fizeram do que cumprir os dispositivos contidos na Lei n° 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e no Regulamento do ICMS do Estado da Paraíba - RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97, que são instrumentos normativos que devem ser observados. Assim, desrespeitá-los, consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Ademais, a legislação do Estado da Paraíba impõe limites de competência na atuação dos tribunais administrativos, assim, não cabe a este Colegiado analisar a inconstitucionalidade das leis, conforme determina o art. 99 da Lei do ICMS da Paraíba (cujo texto é repetido no art. 687 do RICMS/PB):

“Art. 99. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

No entanto, não podemos deixar de reconhecer que, com o advento da Lei 10.008, de 05/06/2013, que começou a produzir efeitos a partir de 1° de setembro de 2013, as penalidades previstas no art. 82, da Lei 6.379/96 sofreram uma redução 50% (cinquenta por cento), passando o texto do art. 82, II, “b”, III e V, “f”, a vigorar com a seguinte redação:

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

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem nos livros fiscais próprios, as notas fiscais emitidas e deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

(...)

V – de 100% (cem por cento)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

No que diz respeito às ponderações da recorrente, requerendo o reenquadramento das multas aplicadas com base no art. 82, II, “b”, convém ressaltar que no caso da infração por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, há a presunção de saídas de mercadorias sem o pagamento do imposto, assim foi correta a aplicação da penalidade prevista no art. 82, V, “f”, pois se trata de caso de falta de recolhimento do imposto devido.

Neste caso, não deve ser aplicada a sanção prevista no art. 82, II, “b”, que é própria para os casos em o contribuinte deixa de registrar as notas fiscais por ele emitidas, como foi o caso da infração por falta de registro de notas fiscais de saída.

Diante do exposto, concluo por declarar devido o seguinte crédito tributário:

Por todo o exposto,

V O T O pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovimento* do primeiro e *provimento parcial* do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000355/2013-69, lavrado em 26/3/2013, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.093.455-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 14.794,61 (quatorze mil, setecentos e noventa e quatro reais e sessenta e um centavos), sendo R$ 7.561,21 (sete mil, quinhentos e sessenta e um reais e vinte e um centavos) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 277 e parágrafos c/c art. 60, I e III; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97 e R$ 7.233,40 (sete mil, duzentos e trinta e três reais e quarenta centavos) de multa por infração ao artigo 82, II, “b”, e V, “f”, da Lei n° 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o valor de R$ 1.530.279,52 (um milhão, quinhentos e trinta mil, duzentos e setenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sendo R$ 515.518,16 (quinhentos e quinze mil, quinhentos e dezoito reais e dezesseis centavos), de ICMS, e R$ 1.022.322,57 (um milhão, vinte e dois mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e sete centavos), de multa por infração.

Ressalte-se que os valores desconstituídos em razão da nulidade da infração de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

crédito indevido (documento inidôneo), por vício formal, poderão ser recuperados, através de novo feito fiscal, na forma prevista no art. 173, II do CTN.

Além das intimações de praxe, referentes ao presente processo, notificar os advogados Sérgio Farina Filho, OAB/SP nº 75.410, e-mail: sfarina@pn.com.br, tel. (11) 32478557 e Fabio Avelino Rodrigues Tarandach, OAB/SP nº 297.178, e-mail: ftarandach@pn.com.br, tel. (11) 3247 6365, no endereço do escritório Pinheiro Neto Advogados, situado na Rua Hungria, 1.100, CEP 01.455-906, Jardim Europa, São Paulo/SP, Telefones (11) 3247-8400 e (11) 3247-8600.

Sala das Sessões Presidente Gildemar Macedo, em 16 de dezembro de 2016.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora

Phoca PDF