



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo Nº048.619.204-0

Recurso VOL/CRF Nº190/2016

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: DISTRIBUIDORA ELETROSAURO LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

Preparadora: SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER.REG.DA TERCEIRA REGIÃO.

Autuante: JOSÉ JAIDIR DA SILVA.

Relatora: DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

FALTA DE ESTORNO. PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. TERMO DE ACORDO. PRELIMINARES REJEITADAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Deverá ser estornado o crédito decorrente das entradas de mercadorias no estabelecimento, quando for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Deixar de registrar as operações de entradas nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

O descumprimento de Termo de Acordo sujeita o contribuinte às sanções previstas no acordo.

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

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000594/2014-8, lavrado em 8/4/2014, contra a empresa DISTRIBUIDORA ELETROSAURO LTDA, inscrição estadual nº 16.118.366-2, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.325.805,60 (um milhão, trezentos e vinte e cinco mil, oitocentos e cinco reais e sessenta centavos), sendo R\$ 802.537,39 (oitocentos e dois mil, quinhentos e trinta e sete reais e trinta e nove centavos), de ICMS, por infringência ao art. 85, III; arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 523.268,21 (quinhentos e vinte e três mil, duzentos e sessenta e oito reais e vinte e um centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e” e V, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de novembro de 2017.

Doriclécio Nascimento Lima Pereira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, GILVIA DANTAS MACEDO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000594/2014-08, lavrado em 8/4/2014, contra a empresa, DISTRIBUIDORA ELETROSAURO LTDA, inscrição estadual nº 16.118.366-2, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2011 e 31/10/2013, constam as seguintes denúncias:

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS) >> Utilização Indevida de créditos fiscais decorrentes das saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

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.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE FEZ A APURAÇÃO DO ICMS CONFORME TERMO DE ACORDO, NO ENTANTO, ESTAVA DESCUMPRINDO CLÁUSULAS DO MESMO, FOI NOTIFICADO PARA RECOLHIMENTO, NÃO ATENDEU A NOTIFICAÇÃO, DAÍ DESCONSIDERAMOS O TERMO DE ACORDO E REFIZEMOS A APURAÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS QUE RESULTOU A DIFERENÇA A RECOLHER AQUI DEMONSTRADA.

Foram dados como infringidos o art. 85, III; arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; todos do RICMS-PB, com proposição das penalidades previstas no art. 82, II, “e” e V, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 1.325.805,60, sendo R\$ 802.537,39 de ICMS e R\$ 523.268,21, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 21/5/2014, AR (fl. 27), a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 20/6/2014 (fls. 31-43).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (fl. 126), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde o auditor jurídico, Ramiro Antonio Alves Araújo, fez retornar o processo para a Repartição Fiscal para que fosse notificado, o contribuinte, a apresentar instrumento de procuração em favor do advogado que assinou a peça reclamatória (fl. 144).

Cumprida a medida saneadora, os autos retornaram à GEJUP, onde foram juntados documentos referentes ao Termo de Acordo nº 2010.000118 (fls. 154-166), sendo, após, distribuídos para a julgadora, Rosely Tavares de Miranda, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal (fls. 167-182).

Cientificada da decisão de Primeira Instância, por via postal, em 27/5/2016, AR (fl. 185), a autuada apresentou recurso voluntário, em 27/6/2016 (fls. 186-194).

No seu recurso, requer, em preliminar, a nulidade do auto de infração em razão de a fiscalização ter estipulado prazo exíguo (72 horas) para apresentação dos livros e documentos fiscais referentes aos 5 (cinco) últimos exercícios.

Declara, ainda, que o Termo de Início de Fiscalização é omissivo quanto aos exercícios a serem fiscalizados, e que a fiscalização deveria ter sido acompanhada pelo seu representante legal.

No mérito, diz que juntou aos autos cópias dos livros fiscais devidamente autenticados, levantamento das Contas Mercadorias e ICMS, baseados nas informações declaradas em GIM e SPED fiscal e contábil, além de tudo acostado na apresentação da primeira defesa.

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

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000594/2014-08, lavrado em 8/4/2014, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminares

De início, cabe-nos considerar que o lançamento fiscal se procedeu conforme os requisitos do art. 142 do CTN, não se incluindo nos casos de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), *verbis*:

Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

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:*

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

De outra parte, não prosperam as alegações da recorrente sobre a exiguidade do prazo de (72 horas), estipulado pela fiscalização, para apresentação dos livros e documentos fiscais referentes aos 5 (cinco) últimos exercícios.

Neste sentido, a legislação tributária determina que a escrituração dos livros fiscais da empresa é de exclusiva responsabilidade do contribuinte, devendo os lançamentos correspondentes serem atualizados nos prazos nela estabelecidos, conforme disciplinam os arts. 101, 102, 267 e 269, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 101. O lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com a descrição da operação ou prestação realizada, na forma prevista neste Regulamento.

Art. 102. O lançamento a que se refere o artigo anterior é de exclusiva responsabilidade do contribuinte, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade administrativa.

Art. 267. Os contribuintes e demais pessoas obrigadas à inscrição deverão manter, em cada um dos estabelecimentos, os seguintes livros fiscais de conformidade com as operações que realizarem:

I - Registro de Entradas, modelo 1;

II - Registro de Entradas, modelo 1-A;

III - Registro de Saídas, modelo 2;

IV - Registro de Saídas, modelo 2-A;

V - Registro de Controle da Produção e do Estoque, modelo 3;

VI - Registro de Impressão de Documentos Fiscais, modelo 5;

VII - Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, modelo 6;

VIII - Registro de Inventário, modelo 7;

IX - Registro de Apuração do ICMS, modelo 9;

X - Livro de Movimentação de Combustíveis;

XI – Livro Caixa.

Art. 269. Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos à tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 05 (cinco) dias, ressalvados os livros com prazos especiais de escrituração.

Da mesma forma, veremos que não há sustentação para a alegação de que a fiscalização não foi acompanhada por representante da empresa e que o Termo de Início de Fiscalização é omissivo quanto aos exercícios a serem fiscalizados.

Com efeito, o Termo de Início de Fiscalização tem como objetivo limitar o início do procedimento de

fiscalização, com a intimação da empresa para apresentar os livros e documentos fiscais, e o convite para indicar um representante legal para acompanhar os trabalhos de fiscalização. Assim, estabelece o art. 694 do RICMS/PB:

Art. 694. Considera-se iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações a este Regulamento:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

Como se observa, a legislação não exige que deva constar do Termo de Início de Fiscalização o período abrangido pela fiscalização, tendo em vista que essa informação está determinado na Ordem de Serviço, que, no caso em exame, abrange os 5 (cinco) exercícios não fiscalizados (*fls. 03-05*).

Não é demais ressaltar que o Termo de Início foi assinado por preposto da empresa, que, contudo, não indicou representante para acompanhar os trabalhos de fiscalização.

Ademais, a empresa reconhece que foi notificada a proceder ao recolhimento espontâneo dos valores a recolher, bem como, foi devidamente notificada da lavratura do auto de infração e da sentença de primeira instância, onde foram obedecidos todos os prazos processuais e abertas as oportunidades para que apresentasse as razões e provas em sua defesa, o que foi efetivamente procedido pela recorrente, conforme consta neste processo.

Assim, afasto a preliminar por entender que o lançamento fiscal atendeu às formalidades da legislação em vigor, não se vislumbrando nenhum elemento que comprometa o direito de defesa da recorrente.

Falta de Estorno (Prejuízo Bruto com Mercadorias)

Trata-se de acusação de falta de estorno de crédito fiscal decorrente de prejuízo bruto apurado em Conta Mercadorias, na forma prevista no art. 85, III, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o

disposto no § 6º:

(...)

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Com efeito, a fiscalização, ao efetuar o levantamento da Conta Mercadorias Lucro Real, nos exercícios de 2011 e 2012 (*fl. 10 e 12*), detectou vendas de mercadorias tributáveis em valores inferiores aos custos de aquisição (prejuízo bruto), nos valores de R\$ 344.580,61 e R\$ 93.019,69, com um ICMS a exigir da ordem de R\$ 35.560,72 e 11.134,46, respectivamente.

Mantida a acusação na primeira instância, a recorrente alega que a fiscalização não considerou os valores dos estoques inicial e final, nos exercícios correspondentes, conforme constam dos livros de inventário anexados aos autos (*fls. 325-336*).

Assim, refez os levantamentos da Conta Mercadorias dos exercícios de 2011 e 2012 (*fls. 340-341*), tomando os seguintes valores: estoque inicial de 2011, R\$ 2.520.147,59, estoque final de 2011, R\$ 3.340.085,87, estoque inicial de 2012, R\$ 3.340.085,87, estoque final de 2012, R\$ 2.520.147,59, não mais apresentando prejuízo bruto.

No entanto, observa-se que os documentos apresentados pela recorrente são inservíveis como meio de prova perante o Fisco: i) a cópia do livro de inventário referente ao exercício de 2010 (*fls. 325-327*), apresenta visto da Repartição Fiscal, de 21/06/2016, portanto, com a data posterior à da lavratura do auto de infração e, por óbvio, também posterior ao Termo de Início de Fiscalização; ii) os livros de inventário, referentes aos demais exercícios (*fls. 328-336*), não apresentam qualquer visto ou autenticação da Repartição Fiscal.

Ressalte-se que, em consulta à base de dados da Secretaria, observou-se que não consta qualquer homologação de livro fiscal, para exercícios posteriores a 2010, o que torna inservíveis, como meio de prova, todos os livros fiscais apresentados pela recorrente.

No tocante às argumentações da recorrente de que não há tributação nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, é imperioso afirmar que essas operações têm como objetivo a circulação de mercadorias, pois tratam de transferências de mercadorias para revenda, cabendo a incidência do imposto nos termos dos arts 3º e 12, da Lei nº 6.379/96, como se segue:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Assim, ratifico os termos da decisão monocrática para considerar legítima a acusação.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização autuou o contribuinte por Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição, por este ter deixado de registrar, no livro Registro de Entradas, as notas fiscais referentes aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme demonstrativos (f/s. 16-19).

Com efeito, ao deixar de efetuar o registro das notas fiscais, referentes às aquisições do estabelecimento, presume-se que o contribuinte omitiu receitas pretéritas, caracterizando saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, impondo ao infrator o ônus da prova negativa da presunção, 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.)*

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa

escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

No caso em exame, o contribuinte, apenas alega que as Notas Fiscais foram devidamente declaradas, no entanto, não aponta em que livro fiscal ou contábil houve o registro dessas operações, ademais, como já visto, os Livros Fiscais apresentados não se prestam como meio de prova, por não estarem devidamente autorizados e homologados pela repartição fiscal.

Assim, sem que o sujeito passivo tenha conseguido ilidir o lançamento fiscal, através de provas ou argumentos convincentes, mantenho a infração na sua integralidade, ratificando os termos da decisão singular.

Falta de Recolhimento do ICMS

Nesta acusação, a fiscalização, ao constatar descumprimento de cláusula de Termo de Acordo, autuou o contribuinte, por falta de recolhimento do ICMS, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013, com base no art. 106 do RICMS/PB, após efetuar a reconstituição da Conta Gráfica do ICMS nos respectivos exercícios (*fls. 11, 13 e 15*).

Com efeito, o contribuinte sendo signatário do Termo de Acordo nº 2010.000118, que lhe outorgava o benefício de utilização de crédito presumido nas saídas

realizadas para contribuintes regularmente inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, ao descumprir a legislação tributária, ficou sujeito à aplicação das sanções previstas na Cláusula Décima do referido acordo.

CLÁUSULA DÉCIMA – A EMPRESA se obriga a cumprir as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba não excepcionadas no presente Termo de Acordo e, seu descumprimento, além do contido neste acordo, implicará no seu cancelamento, sem prejuízo da aplicação das sanções contidas na referida legislação, bem como no estorno do crédito presumido utilizado indevidamente nos meses em que as irregularidades foram cometidas. (g.n.).

No presente caso, foram apuradas duas infrações à legislação tributária, sendo, portanto, correta: i) a reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, desconsiderando os benefícios (créditos presumidos) concedidos no Termo de Acordo; ii) a cassação do referido pacto, com base na Cláusula Décima Terceira, parágrafo segundo, abaixo transcrita:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – Sem prejuízo do disposto na cláusula anterior, o presente Termo de Acordo terá validade até 31 de dezembro de 2015.

(...)

§2º - Se a qualquer tempo for constatado que a EMPRESA não atendeu às disposições acordadas, bem como à legislação tributária do Estado da Paraíba, o presente Termo de Acordo poderá ser cassado, observado o disposto no art. 790 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97. (g.n.).

Assim, ratifico a decisão da primeira instância em manter a acusação, por entender que o lançamento fiscal se procedeu conforme as disposições da legislação tributária em vigor.

Da Multa Aplicada

No tocante à penalidade, a fiscalização, corretamente, aplicou os percentuais dispostos no art. 82, II, “e” e V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96, como se segue:

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):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

No tocante à pretensão da recorrente para que seja reduzida a penalidade aplicada, argumentando que é exorbitante e de cunho confiscatório, cabe observar que não se inclui na competência dos órgãos julgadores declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55 da Lei nº 10.094/2013.

Dessa forma, ratifico integralmente a decisão da instância singular para manter intactos os termos do lançamento tributário.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000594/2014-8, lavrado em

8/4/2014, contra a empresa DISTRIBUIDORA ELETROSAURO LTDA, inscrição estadual nº 16.118.366-2, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.325.805,60 (um milhão, trezentos e vinte e cinco mil, oitocentos e cinco reais e sessenta centavos), sendo R\$ 802.537,39 (oitocentos e dois mil, quinhentos e trinta e sete reais e trinta e nove centavos), de ICMS, por infringência ao art. 85, III; arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 523.268,21 (quinhentos e vinte e três mil, duzentos e sessenta e oito reais e vinte e um centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e” e V, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de novembro de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora