



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº1517882013-4

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuante: JOSE BARBOSA DE SOUSA FILHO/SOSTHEMAR PEDROSA BEZERRA

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

NULIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. PERÍCIA E/OU DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIAS. INFRAÇÕES DIVERSAS. CRÉDITO INDEVIDO. ICMS FRETE MODALIDADE CIF SEM O DESTAQUE NO CORPO DA NOTA FISCAL. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO. CRÉDITO INEXISTENTE. CARACTERIZADO. CRÉDITO INDEVIDO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DOCUMENTO INIDÔNEO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. MERCADORIA PARA USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SAÍDAS DE PRESERVATIVOS. RETORNO DE MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONserto OU REPARO. OPERAÇÕES INTERNAS E INTERESTADUAIS. AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL. CRÉDITO INDEVIDO. ENTRADAS DE EMBALAGENS. PARCELA A MAIOR EM RELAÇÃO AO VALOR DO IMPOSTO EFETIVAMENTE DESTACADO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL À REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. PAGAMENTO EXTRA CAIXA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Preliminares de nulidade - alegação de cerceamento de defesa e ao contraditório, iliquidez e incerteza do crédito tributário, ausência de provas, carência de precisão no momento do apontamento das infrações – não acolhidas.

Desnecessária a solicitação de diligência diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente acerca das infrações constatadas.

Os aproveitamentos de créditos fiscais referentes às aquisições da empresa devem obedecer aos parâmetros exigidos na legislação do ICMS do Estado da Paraíba, sob pena de serem considerados indevidos, e ainda inexistentes, se não houver documentação de suas origens.

Ausência de débito fiscal ou seu lançamento a menor referente às operações de saídas, uso de créditos fiscais indevidamente pelas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo, ICMS-ST, decorrentes de documentos inidôneos, remessa de mercadorias para conserto sem comprovação de seus respectivos retornos, uso de outros créditos sem comprovação de origem, repercutiram na falta de recolhimento do imposto estadual.

A condição de isenção em operações com preservativos prevista na legislação de regência estabelece que o contribuinte está obrigado a indicar, nos documentos fiscais, o valor correspondente ao ICMS dispensado, o que não ocorreu no caso concreto. A não observância dessa regra condicionante, leva à eclosão da exigência fiscal.

Devido o recolhimento do ICMS- Diferencial de Alíquota, em operações sobre as entradas de produtos destinados ao uso/consumo referentes a embalagens entregues aos clientes como

cortesia.

Evidenciados lançamentos nos livros próprios de notas fiscais de entradas com valor total a menor do que os declarados nos documentos de aquisição, indicando, por presunção legal juris tantum, pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. Ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal por pagamento extra caixa.

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 do relator, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para *manter a sentença exarada na instância monocrática* e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001489/2013-05, lavrado em 11 de setembro de 2013, contra a empresa CARREFOUR COMERCIO E INDÚSTRIA LTDA., acima qualificada, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 3.685.114,94 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e quatorze reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 1.851.554,41 (um milhão oitocentos e cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e um centavos), de ICMS, por infringência ao art. 72, §2º, II, c/c art. 106, II, “a”; art. 72, §1º, I; art. 72 e 73 c/c art. 77; art. 407; art. 77 e art. 82, X; art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro art. 646; art. 106; art. 54, c/c art. 101, art. 102 e art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” c/fulcro art. 106; art. 106; art. 85, I; art. 158, I, art. 160, I. c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, complementados pelas normas apontadas nas “Notas Explicativas” supracitadas, e R\$ 1.833.560,53 (um milhão, oitocentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta reais e cinquenta e três centavos), de multa por infração, arimada no art. 82, V, “h”, “f”, “a” e art. 82, II, “e”, todos da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de junho de 2018.

Petrônio Rodrigues Lima
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, GÍLVIA DANTAS MACEDO, JULIANA JUSCELINO QUEIROGA LACERDA (SUPLENTE), REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA. Ausência justificada da Cons.^a MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto contra decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001489/2013-05, lavrado em 11 de setembro de 2013, onde a autuada, CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., é acusada das irregularidades que adiante transcrevo, juntamente com as notas explicativas que as seguem:

1 -CRÉDITO INDEVIDO (ICMS FRETE MODALIDADE CIF) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou do ICMS relativo a prestação de serviço de transporte, modalidade CIF, sem que houvesse o respectivo destaque no corpo da(s) nota(s) fiscal(is) correspondente(s), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

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

Nota Explicativa: UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO REF. ENTRADAS DE MATERIAL DE USO/CONSUMO (EMBALAGENS ENTREGUES AOS CLIENTES COMO CORTESIA) NO PERÍODO DE 03/2009 A 12/2011 E NOS VALORES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR, APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, IGUALMENTE ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

3 -CRÉDITO INEXISTENTE >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou crédito(s) de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

01. “UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INEXISTENTE (ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS OS ARTS. 60, II, E 77 AMBOS DO RICMS/PB) REF. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS LANÇADAS EM DUPLICIDADE NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, NO PERÍODO DE 01/2009 a 12/2010 E NOS VALORES CONSTANTES DE DEMONSTRATIVO ANEXO E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, IGUALMENTE ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO (VER DEMONSTRATIVOS DE NÚMEROS 01-A E 01-B).”

02. “UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO (ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS OS ART. 77 E 84, AMBOS DO RICMS/PB) REF. VALOR LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS, 12/2010, A TÍTULO DE OUTROS CRÉDITOS, CRÉDITO ICMS DEVIDO REGIME ST INTERFACE GOLF, NO VALOR DE R\$ 108.941,90, CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA PELO CONTRIBUINTE, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO (VER DEMONSTRATIVO N. 02)”.

03. “UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO (ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS OS ART. 77 E 84, AMBOS DO RICMS/PB) REF. VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS, 05/2009 A 12/2011, À TÍTULO DE OUTROS CRÉDITOS, ANULAÇÕES/DEVOLUÇÕES DUPLICIDADE, CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA PELO CONTRIBUINTE, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO (VER DEMONSTRATIVO N. 02)”.

4-CRÉDITO INDEVIDO (ICMS Substituição Tributária) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou indevidamente do ICMS Substituição Tributária, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

“EQUIVOCADAMENTE O CONTRIBUINTE APUROU EM 03/2012 O CRÉDITO PRESUMIDO PREVISTO NA CLÁSULA NONA DO TERMO DE ACORDO Nº 2005.000109 (ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA) NUM PERÍODO EM QUE A VIGÊNCIA DO REFERIDO TERMO JÁ HAVIA EXPIRADO (EXPIROU EM 02/2012), RESULTANDO NA UTILIZAÇÃO DE UM CRÉDITO INDEVIDO”.

5-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:

“UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO (ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS OS ARTS. 73, I E 88, I E §2º, AMBOS DO RICMS/PB) REF. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS EMITIDAS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE COM O CFOP 1.202 (DEVOLUÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIRO), SEM OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES ESTABELECIDAS PELO RICMS/PB, NO PERÍODO DE 08/2009 A 12/2011 E NOS VALORES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, IGUALMENTE ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO”.

6- DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO A PARTIR DE 07.03.02) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher ICMS-diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCÇA DE ALÍQUOTAS DEVIDO SOBRE AS ENTRADAS DE PRODUTOS DESTINADOS AO USO/CONSUMO (EMBALAGENS ENTREGUES AOS CLIENTES COMO CORTESIA) NO PERÍODO DE 01/2011 A 12/2011 E NOS VALROES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO”.

7- 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:

“ACRESCENTE-SE QUE A FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS

LIVROS PRÓPRIOS FOI CONSTATADA EM OPERAÇÕES INTERNAS E INTERESTADUAIS, CONFORME DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO”.

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

Nota Explicativa:

“SAÍDAS DE PRESERVATIVOS COM ISENÇÃO DE ICMS SEM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PARA A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO NO § 22 DO ART. 6º, DO RICMS/PB, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS COM APURAÇÃO NO PERÍODO DE 01/2010 A 12/2011”.

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

Nota Explicativa: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DECORRENTE DA INEXISTÊNCIA DE RETORNO DAS MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONSERTO/REPARO EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM SUSPENSÃO DO IMPOSTO, CONSTATADA ATRAVES DO COTEJO ENTRE AS REMESSAS DE MERCADORIAS OU BENS PARA CONSERTO OU REPARO (CFOP 6.915) E AS ENTRADAS EM RETORNO DE MERCADORIAS OU BENS REMETIDOS PARA CONSERTO OU REPARO (CFOP 2.916), EM PROCEDIMENTO FUNDAMENTADO NO ART. 8º, I, § 1º DO RICMS/PB, CORRESPONDENTE AO PERÍODO DE 01.01.2009 A 30.06.2011 E NOS VALORES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

10- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte não ter destacado no(s) documento(s) fiscal(is) o respectivo imposto.

Nota Explicativa:

“EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DÉBITO DE ICMS, SEJA PELA AUSÊNCIA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL, SEJA PELA AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DO DESTAQUE NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS, NO PERÍODO DE 04/2009 A 12/2011 E NOS VALORES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. ACRESCENTE-SE QUE POR FORÇA DA CLÁUSULA NONA DO TERMOS DE ACORDO Nº 2005.000109, AS OPERAÇÕES

COM MERCADORIAS INCLUÍDAS NO ANEXO 05 DO RICMS/PB SÃO REALIZADAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL NO PERÍODO CONSIDERADO”.

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

Nota Explicativa:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DECORRENTE DA INEXISTÊNCIA DE RETORNO DE PARTE DAS MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONserto/REPARO EM OPERAÇÕES INTERNAS SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, CONSTATADA ATRAVÉS DO COTEJO ENTRE AS REMESSAS DE MERCADORIAS OU BENS PARA CONserto OU REPARO (CFOP 5.915) E AS ENTRADAS EM RETORNO DE MERCADORIAS OU BENS REMETIDOS PARA CONserto OU REPARO (CFOP 1.916), EM PROCEDIMENTO FUNDAMENTADO NO ART. 4º, XII, § 5º DO RICMS/PB, CORRESPONDENTE AO PERÍODO DE 01.01.2009 A 30.06.2011 E NOS VALORES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO”.

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

Nota Explicativa:

01. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO REF. ENTRADAS DE EMBALAGENS UTILIZADAS NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS PREPARADOS PELA EMPRESA (PANIFICAÇÃO), CUJO APROVEITAMENTO DE CRÉDITO SE ENCONTRA VEDADO PELOS DECRETOS 21.728/01 (ARTS. 2º, § 2º E 10, § 5º, VIGÊNCIA ATÉ 30.06.2010) E 31.382/10 (ART. 10, VIGÊNCIA A PARTIR DE 01.07.2010), NO PERÍODO DE 03/2009 A 12/2011 E NOS VALORES CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXOS E INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, IGUALMENTE ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO (VER DEMONSTRATIVOS DE NÚMEROS 03-A, 03-B, 03-C).

02. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO REF. PARCELA À MAIOR EM RELAÇÃO AO VALOR DO IMPOSTO EFETIVAMENTE DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL DE ORIGEM (ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS OS ARTS. 60, II E 72, I, AMBOS DO RICMS/PB), NOS VALORES E PERÍODOS CONSTANTES EM DEMONSTRATIVOS ANEXO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MESMO VALOR APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, ANEXA E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO (VER DEMOSNTRATIVO N. 04).

13-FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL (POR REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS) >> *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte não efetuou o estorno do crédito fiscal relativo às mercadorias adquiridas c/ tributação normal e que foram objeto de saídas com redução de base de cálculo, resultando em utilização indevida de crédito fiscal e consequente falta de recolhimento do imposto.*

Nota Explicativa:

“O CONTRIBUINTE DEIXOU DE PROCEDER AO ESTORNO DE CRÉDITO PROPORCIONAL À REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO UTILIZADA POR OCASIÃO DE SAÍDAS INTERNAS DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA E AUTOMAÇÃO RELACIONADOS NO ANEXO 13 DO RICMS/PB, CONFORME DETERMINAÇÃO DO ART. 85, I, DO MESMO DIPLIMA LEGAL, CONFORME DETALHADO EM DEMONSTRATIVO ANEXO E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, IGUALMENTE ANEXA E INTEGRANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO”.

14- PAGAMENTO EXTRA-CAIXA >> *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamento(s) com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis s/ o pagamento do imposto.*

Nota Explicativa:

“LANÇAMENTO, NOS LIVROS PRÓPRIOS, DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS COM VALOR TOTAL À MENOR, CONFORME DEMONSTRATIVO ANEXO E INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, AUTORIZANDO A PRESUNÇÃO LEGAL DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, NO VALOR CORRESPONDENTE À DIFERENÇA À MENOR”.

De acordo com a referida peça acusatória, a autuada ficou sujeita ao recolhimento do crédito total de R\$ 3.685.114,94 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e quatorze reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 1.851.554,41 (um milhão oitocentos e cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e um centavos), de ICMS, por infringência ao art. 72, §2º, II, c/c art. 106, II, “a”; art. 72, §1º, I; art. 72 e 73 c/c art. 77; art. 407; art. 77 e art. 82, X; art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro art. 646; art. 106; art. 54, c/c art. 101, art. 102 e art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” c/fulcro art. 106; art. 106; art. 85, I; art. 158, I, art. 160, I, c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, complementados pelas normas apontadas nas “Notas Explicativas” supracitadas, e R\$ 1.833.560,53 (um milhão, oitocentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta reais e cinquenta e

três centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “h”, “f”, “a” e art. 82, II, “e”, todos da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam anexados à exordial, fls. 19-452, do libelo.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, em 8.11.2013, pessoalmente, através de advogado habilitado, conforme ciência do Auto de Infração, fl.15, a autuada apresentou defesa tempestiva, em 9.12.2013, fls. 464-596, onde, em breve introdução, alega a tempestividade da reclamação e procede a diversos argumentos requerendo que seja decretada a nulidade ou mesmo a improcedência do auto de infração, que sejam reduzidas as multa aplicadas, que seja cancelada a representação fiscal para fins penais, no caso de reconhecida a insubsistência da referida peça acusatória, que se interprete a norma jurídica de forma mais favorável à reclamante, em caso de dúvida, além de protestar por todos os meios de prova admitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal/contábil, assim como vistoria, inspeção e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima justiça.

Por fim, informa que todas as publicações, intimações e demais notificações de estilo sejam realizadas, exclusivamente e independentemente de outro causídico ter realizado algum ato processual nestes autos, em nome dos advogados constantes a peça defensiva, explicitados em reclamação, fl. 1406 dos autos, assim discriminados: advogados URBANO VITALINO DE MELO NETO, inscrito na OAB/PE sob o nº 17.700, e ALEXANDRE GOIS DE VICTOR, inscrito na OAB/PE sob o nº 16.379, com seus respectivos endereços, constantes do timbre da peça.

Em contestação, fls. 598-664, os autores do feito compareceram aos autos, pugnando pela procedência do auto de infração.

Com informação de antecedentes fiscais, fl.666, todavia sem reincidência, os autos foram conclusos, fl. 667, e aportados na instância “a quo”, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que em seu julgamento decidiu pela *procedência* do auto de infração, fls. 668-705, conforme sentença assim ementada:

“PRELIMINARES REJEITADAS. PEÇA ACUSATÓRIA NOS DITAMES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. DIVERSAS ACUSAÇÕES. CRÉDITO INDEVIDO. ICMS FRETE MODALIDADE CIF SEM O DESTAQUE NO CORPO DA NOTA FISCAL. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DOCUMENTO INIDÔNIO. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. EMBALAGENS CONSUMIDAS NA PANIFICAÇÃO. CRÉDITO INEXISTENTE SEM AMPARO DOCUMENTAL. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO EM LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. SAÍDA DE PRODUTOS COM ISENÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO LEGAL. PERDA DO

BENEFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE RETORNO DE MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONserto OU REPARO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA COM AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL OU LANÇADO A MENOR. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO A MAIOR EM RELAÇÃO AO VALOR DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL DE ORIGEM. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL À REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS. PAGAMENTO EXTRA CAIXA. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS. AUSÊNCIA DE CONTRAPROVAS QUE PUDESSEM FAZER SUCUMBIR O CRÉDITO LANÇADO NA INICIAL.

Não acolhimento de preliminares arguidas diante da inexistência de vícios procedimentais cometidos pela fiscalização, havendo perfeita sintonia aos princípios que regem o contencioso tributário do Estado da Paraíba, não ocorrendo o cerceamento a ampla defesa e ao contraditório.

Não há que prosperar o pedido de diligência quando os documentos contidos nos autos são suficientes para a elucidação da contenda. As declarações prestadas pelo próprio contribuinte fazem prova contra ele próprio.

Confirmadas as irregularidades de apropriação de crédito indevido e inexistente, visto que a apropriação de créditos deve ocorrer de acordo com as determinações contidas na legislação de regência.

A ausência de débito fiscal ou seu lançamento a menor referente às operações de saídas, uso de créditos fiscais indevidamente pelas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo, ICMS-ST, decorrentes de documentos inidôneos, remessa de mercadorias para conserto sem comprovação de seus respectivos retornos, uso de outros créditos sem comprovação de origem, repercutiram na falta de recolhimento do imposto estadual.

Devido o recolhimento do ICMS-DIFAL em operações de entradas de produtos destinados ao uso/consumo do estabelecimento.

Caracterizada a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através da constatação de falta de lançamento de notas fiscais de entrada nos livros fiscais próprios.

A isenção do ICMS relativo às operações com preservativos está condicionada à obrigação de indicar expressamente na nota fiscal o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção. In casu, constatou-se a não observância desta condição pela autuada, levando a falta do recolhimento do ICMS em virtude da não satisfação dos requisitos para efeito de fruição do benefício da isenção.

Constatado que o contribuinte deixou de estornar o crédito fiscal referente às operações com produtos de informática onde as saídas subsequentes foram efetivadas em valor inferior às operações de entrada.

O Lançamento nos livros próprios de notas fiscais de entradas com valor total a menor do que os declarados nos documentos de aquisição enseja a presunção legal juris tantum de que ocorreram pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. Inexistindo contraprovas nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal por pagamento extra caixa.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE”

Seguindo os trâmites processuais, deu-se à autuada regular ciência da decisão monocrática, por Aviso de Recebimento, em 24/1/2017 (fl. 708), notificação acostada à fl. 707, a qual recorre tempestivamente a esta Corte de Julgamento (peça recursal de fls. 709-747), apresentando as seguintes razões de sua irresignação, quanto aos itens, que seguem, resumidamente, a seguir relatados.

Discorre sobre a tempestividade do *recurso voluntário* e faz um relato sobre o julgamento da instância “a quo”.

Repisa alegações constantes da reclamação, irregularidade do lançamento, afronta à ampla defesa e ao contraditório, pois os autos carecem da necessária precisão no apontamento das supostas infrações cometidas, além disso suscita a iliquidez e incerteza do crédito tributário, informando que a fiscalização, quando do cálculo do montante do crédito tributário apontado, não apresentou o período autuado de cada infração, as bases de cálculo utilizadas em cada período de cada infração, as respectivas alíquotas e o valor unitário de cada infração, falta de sequencia lógica entre os fatos geradores/ enquadramento legal e o cálculo do crédito tributário/ termo inicial, carência de provas para consubstanciar as denúncias, razão pela qual pugna pela nulidade do auto de infração.

No que diz respeito às razões de mérito argumenta a improcedência das infrações, repisando todas as alegações que foram apresentadas e relatadas na reclamação.

Aduz, ainda, a necessidade de correção da capitulação da multa disposta na *infração 6 – falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquota na entrada de produtos destinados ao uso/consumo do estabelecimento* (embalagens entregues aos clientes como cortesia), assim como a ilicitude referente ao percentual de multa, por se tratar de aplicação de multa de caráter confiscatório, eis que ultrapassariam o limite da razoabilidade.

Requer *realização de perícia e/ou diligência fiscal*, não obstante ter sido indeferida pelo julgador de primeira instância, ocasião em que já coloca questões a serem dirimidas em caso de deferimento, para confirmar os argumentos de defesa.

Diante do exposto, requer que seja decretada a nulidade/ improcedência do lançamento tributário.

Por fim, requer que todas as publicações, intimações e demais notificações de estilo sejam realizadas, exclusivamente e independentemente de outro causídico ter realizado algum ato processual nestes autos, em nome dos advogados constantes à peça defensiva, explicitados à folha

746 do processo, advogados URBANO VITALINO DE MELO NETO, inscrito na OAB/PE sob o nº 17.700, e ALEXANDRE GOIS DE VICTOR, inscrito na OAB/PE sob o nº16.379, com seus respectivos endereços, constantes do timbre da peça, fl.710, dos autos.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta infracional da autuada, CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., já qualificada nos autos, que teria consistido no cometimento de diversas infrações, conforme acima relatadas.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme deduz-se dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.”

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão, devidamente, transcritos e analisados na análise do mérito, e ainda, foram oportunizados ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Inicialmente, necessário se faz examinar os questionamentos dispostos no *recurso voluntário*, fls. 710-747, acerca de posicionamento explícito para reforma da decisão, senão vejamos:

1. *Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por irregularidades do lançamento – afronta à ampla defesa e ao contraditório.*

A empresa inicia sua intervenção pugnando pela **nulidade do feito fiscal** em razão de o auto de infração carecer de necessária precisão no apontamento das supostas infrações cometidas, justificando-se da seguinte forma: “*é que a indicação genérica e a vagueza do texto do objeto dos lançamentos não possibilitam o conhecimento correto e completo das infrações que teriam sido cometidas, o que inviabiliza, conseqüentemente e obviamente, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Em suma: só se consegue deduzir argumentações e considerações em face daquilo que se conhece.*”

Em razão do exposto, alega que o direito à ampla defesa não foi resguardado no presente auto de infração, pela ausência nítida de dados suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e os consectários, nos termos do art. 692, do RICMS/PB.

Prosseguindo alega que o fiscal, na autuação, deixou de seguir uma sequência lógica entre os fatos geradores/enquadramento legal e o cálculo do crédito tributário/termo inicial das imputações feitas.

Pois bem. Conforme já relatado, **em nota explicativa**, pormenorizam-se as acusações e os valores correspondentes a cada uma delas, respaldando os princípios da legalidade e da ampla defesa, utilizando-se técnicas de fiscalização seguindo padrões lógicos, concebendo o arcabouço com elementos formais essenciais à validade da peça vestibular, não configurando assim cerceamento de defesa.

É de surpreender as alegações de nulidade do lançamento de ofício por **cerceamento de defesa**, justo porque são de clareza meridiana que todos os elementos inseridos no auto de infração, conforme acima exposto, estão presentes e prontos a fornecer ao acusado todas as condições para o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, de forma que é de se estranhar a alegação em contrário feita pelo acusado. Não devendo prosperar, portanto.

Logo, reiteramos a regularidade formal do Auto de Infração, não nos sendo possível acatar tal preliminar analisada.

2. *Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por iliquidez e incerteza do crédito tributário.*

Prosseguindo a autuada suscita *nulidade por iliquidez e incerteza* do crédito tributário, em razão de o

auto de infração não apresentar as disposições contidas na legislação de regência, além disso, de não terem sido apresentadas no “demonstrativo anexo” as bases de cálculo utilizadas em cada período de cada infração, inclusive o tipo de operação considerada, se interna ou interestadual, a respectiva alíquota e o regime de cada mercadoria, com redução de base de cálculo, isenção, sujeita à substituição tributária, o crédito tributário tornou-se ilíquido e incerto, pugnando-se pela nulidade do auto de infração.

Como já mencionado acima, um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. Vejamos o que aduz do artigo 41 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, *in verbis*:

“Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

(...)

§ 3º O Auto de Infração e a Representação Fiscal serão lavrados observado o disposto no art. 3º desta Lei, podendo ser inteiramente impressos ou emitidos por processamento eletrônico, seguindo os moldes e as palavras usuais, devidamente numerados, preenchidos à mão, datilografados ou

digitalizados, e inutilizadas as partes em branco ou os claros existentes, por quem os lavrar.
§ 4º O Auto de Infração e a Representação Fiscal reportam-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e regem-se pela legislação tributária então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.
(...)”

Perscrutando o auto de infração e os documentos probatórios anexos, pode-se constatar que não existe qualquer desrespeito aos artigos acima transcritos. A descrição do fato gerador, consubstanciada com o complemento, as notas explicativas, que integra a própria peça de acusação e os demonstrativos relacionados a cada acusação – estes compreendem partes integrantes dos autos, buscando esclarecer perfeitamente todo o procedimento fiscal e reúne elementos que afastam qualquer possibilidade de acolhimento da tese de cerceamento de defesa.

Conforme observado pela própria fiscalização, em contestação, todas as infrações são apontadas no Auto de Infração por totalizadores mensais, a base de cálculo e as respectivas alíquotas encontram-se registradas nos demonstrativos próprios tornando descabida a arguição por iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Desta forma, discordo veementemente das arguições suscitadas pela recorrente aos artigos utilizados na acusação, no enquadramento legal, além do fato de terem sido apresentadas todas estas informações descritas com precisão para cada infração, em notas explicativas e nos demonstrativos acostados ao libelo acusatório.

Portanto, verificamos que não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, haja vista que, diferentemente do que aventa o recurso, presentes estão os requisitos legais, inclusive e especialmente aquele que diz respeito à descrição das acusações (art. 692, V do RICMS/PB), não sendo possível acatar tal preliminar analisada.

3. Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por carência de provas para consubstanciar as denúncias.

Ainda em preliminar, o contribuinte assevera que não foram trazidas, aos autos, provas suficientes para respaldar as supostas infrações e pede pela nulidade da ação fiscal, particularizando em relação a algumas das infrações que lhe são imputadas, especificamente no que diz respeito às infrações 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11,12 e 13, fls. 719-722, do libelo.

Neste ponto, trata-se de reclamação quanto às provas apresentadas, portanto, são questões meritórias, que serão avaliadas adiante, nas análises pormenorizadas de cada denúncia posta na inicial.

No entanto, em análise preliminar dos autos, é de bom alvitre ressaltar, em síntese, no que diz

respeito ao debate sobre as provas existem situações em que elas não se revelam no documento fiscal em si, a exemplo da acusação de *crédito inexistente por repetição de lançamento de notas fiscais de entradas* (demonstrativos de fls. 74-86), bem como na acusação de irregularidades nas *operações de remessa para conserto/reparo* (demonstrativos de fls. 337-346), casos em que a infração se materializa pela inexistência de um documento fiscal (retorno) associado àquele lançado pelo contribuinte em sua escrituração (remessa).

Suscita, ainda, que está sendo imposta a inversão do ônus da prova à empresa, cabendo o poder dever de provar ao fisco, tendo que fazer prova do que alega, demonstrando à empresa que dispositivos legais foram infringidos, e não ao contribuinte, mormente quando o art. 142 do CTN não autoriza este entendimento.

Buscando respaldar as afirmações aqui relatadas, deve-se observar que, especificamente no caso da acusação de *falta de lançamento de notas fiscais de entradas*, as notas que se referem a operações interestaduais foram integralmente juntadas aos autos, exceto as notas fiscais eletrônicas identificadas pelas respectivas chaves de acesso ou eventualmente pelos respectivos DANFE's, fls. 237-306. Em relação às operações internas consta o demonstrativo de todas as notas fiscais, identificadas no Sistema ATF desta Secretaria, conforme espelhos apresentados pela fiscalização, não cabendo neste caso conceber a ausência de cópias das notas como elemento de prova da acusação.

Neste ínterim, cabe a este Colegiado ponderar que não mais se faz necessário estar presente nos autos cópia de cada uma dessas notas- eletrônicas- correlacionadas nas planilhas para efeito de prova material. É possível, utilizando-se desses dados, buscar cada uma delas no sistema ATF ou no sistema nacional da nota fiscal eletrônica- NF-e.

Estamos diante de uma nova realidade, em que os documentos são eletrônicos, digitais, com a introdução do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica, instituto oficial de fiscalização tributária, em vigor desde a publicação do Ajuste SINIEF 07/2005 pelo CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária) pelo Secretário da Receita Federal do Brasil. A partir de então, vários protocolos foram sendo celebrados a fim de se implantar, paulatinamente, a obrigatoriedade da Nota Fiscal Eletrônica, como exemplificativamente os Protocolos ICMS 10/2007 e 42/2009. Este último teve o objetivo de escalonar a ampliação da obrigatoriedade de uso da NF-e de forma que, até o final de 2010, estejam alcançados por esta obrigatoriedade todos os contribuintes do ICMS que desenvolvam atividade industrial, atividade de comércio atacadista ou de distribuição, no qual se enquadra a recorrente, promovam saídas de mercadorias com destino à outra unidade da Federação e que forneçam mercadorias para a Administração Pública.

Neste caso, estamos falando de uma grande quantidade de documentos fiscais e de documentos que são inequivocamente de conhecimento e guarda do contribuinte, bem como lançados nos livros próprios, conforme informações prestadas à fiscalização, e postos em demonstrativos presentes nos autos.

Pedido de Produção de Prova Pericial/Diligência

Na sequência, urge também, adentrar no proclame da recorrente, quando advoga ***pedido de produção de prova pericial/diligência***, fl. 746, do libelo.

Neste campo, quanto ao referido tema, corroboro com as razões apresentadas pela instância “a quo” quanto à não aceitação do pedido formulado, sendo firmada em razão da desnecessidade, tendo em vista que todos os elementos probatórios, necessários à clara delimitação da lide, encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado, consubstanciado por meio dos documentos acostados.

Esta razão se infere, uma vez que as matérias de fato postas no libelo acusatório podem ser plenamente esclarecidas e se exaurem no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, nos termos da denúncia. Estas informações consolidadas já se encontram nos autos, nos demonstrativos elaborados pelos autores do feito e nos documentos acusatórios, motivo por que se torna desnecessária a produção de prova pericial para a correta apreciação do feito.

Bem verdade que a legislação mantém em vigor dispositivo que prevê a realização de *diligência para produção de provas*, conforme disciplinado no art. 59, § 1º, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, *in verbis*:

“Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§ 1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.”.

Portanto, no caso em exame, os pontos contestados pela recorrente, na peça impugnatória, estão claramente dispostos nos autos, sendo mais que suficientes para a elucidação da controvérsia, não havendo, portanto, a necessidade de realização de diligência para identificá-los. Ademais, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, poderia tê-la juntado aos autos, nos momentos oportunizados pela lei processual.

Assim sendo, considero acertada a decisão da julgadora singular em indeferir o pedido da recorrente para produção de provas ou realização de diligência para esclarecimento de qualquer matéria posta

neste juízo, inclusive pelo fato que a autuada não demonstrou qualquer vício ou incerteza na apuração realizada que viesse a implicar na necessidade de melhor esclarecimento dos fatos postos, tendo sido **concedidas todas as oportunidades de apresentar contraprovas ao libelo**, o qual, assim sendo, por todas as considerações acima expendidas, mais transparece um artifício procrastinatório.

Deve-se ressaltar que, quanto à prova pericial, inexistente previsão legal em nosso ordenamento jurídico. No que diz respeito à revisão processual, este instituto foi excluído do nosso arcabouço legal, em razão de os artigos 650 a 652, do RICMS/PB, terem sido revogados pelo Decreto nº 32.718 de 25/1/2012. Portanto, não me cabe analisar tal pleito. Diante do que, denego o pedido da recorrente.

Dirimidas as preliminares suscitadas, passo à análise individualizada do mérito de cada acusação.

Razões Meritórias

Acusação 1: Crédito Indevido (ICMS frete modalidade cif) (período a partir de 07.03.02)

In casu, trata-se de um *descumprimento de uma obrigação principal*, em que o contribuinte é acusado de ter se creditado do ICMS relativo à prestação de serviço de transporte, modalidade CIF, sem que houvesse o respectivo destaque no corpo da(s) nota(s) fiscal(is) correspondente(s), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual, demonstrativos acostados às fls. 82 a 97, dos autos.

Especificamente, esta acusação retrata o descumprimento de obrigação principal, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS, obrigação prevista pormenorizadamente no art. 72 do RICMS/PB, in verbis:

“Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§ 2º O imposto incidente sobre o frete será creditado:

I - pelo destinatário, quando a operação de origem for FOB e o transportador for contratado por ele;

*II - pelo remetente, quando a operação de circulação for CIF, o transportador for contratado por ele e a respectiva base de cálculo incluir o preço do serviço, **desde que este esteja destacado no corpo da nota fiscal.**(g.n.)*

§ 3º Para os efeitos do parágrafo anterior, entende-se por:

(...)

II - preço CIF, aquele em que as despesas de frete e seguro estejam incluídas no preço da mercadoria.”

Como se observa do dispositivo acima transcrito, para a regularidade da utilização dos créditos, não basta a simples emissão da nota fiscal e o respectivo recolhimento do imposto como afirma a recorrente em suas razões, pois o creditamento fica condicionado ao *destaque do imposto no corpo da nota fiscal*.

Constituindo, assim, garantia à observância ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, sistemática que evita a oneração excessiva do imposto, fazendo-o incidir, apenas, sobre o valor acrescido em cada fase da cadeia produtiva e de distribuição, conforme disposto no artigo 155 da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;”

Não sendo satisfeitas as condições pela empresa recorrente, motiva-se a glosa do crédito, com ensejo da eclosão do fato gerador do ICMS, devendo o crédito tributário ser considerado devido.

Portanto, com relação a esta acusação, estão dispensadas maiores incursões sobre o assunto, configurando-se realmente que a indicação deixou de ser feita pela empresa, pressuposto de eficácia para o creditamento. Assim sendo, caracterizada está a infração.

Razão porque, impõe-se, tão-somente, reconhecer a regularidade da exigência, posto que corretamente assentada nos elementos de instrução suficientes para evidenciar a ocorrência da prática irregular, conforme fundamento nos artigos acusados. Logo, reputamos, pois, por legítima a acusação.

Acusação 2: Crédito Indevido (merc. destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento) – (embalagens entregues aos clientes como cortesia).

No presente caso, a acusação argui falta de recolhimento do imposto em razão de o contribuinte ter se creditado do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), consignando mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, período de 3/2009 a 12/2011, no mesmo valor após reconstituição da conta corrente do ICMS, valores constantes em demonstrativos anexos e integrantes do presente auto de infração.

A recorrente repele a acusação, por entender que se trata de insumos, imprescindíveis a atividade-fim da empresa, cujo custo compõe o preço da mercadoria comercializada, não sendo comercializadas ou vendidas separadamente, tratadas como **embalagens entregues aos clientes como cortesia**.

No caso específico, esta relatoria entende que as sacolas plásticas, não são objeto de venda aos consumidores finais (clientes). Em verdade, é sabido que as sacolas plásticas em questão se prestam somente para o transporte da mercadoria adquirida pelos clientes e não se caracterizam como embalagem (no caso de processo industrial), não ensejando, portanto, saída de mercadorias para revenda. Também não se confundem com embalagens para acondicionamento de produtos aos quais não se integram, mas é, *apenas, uma facilidade oferecida para o transporte das mercadorias*.

Não obstante a insurgência da recorrente, quanto a serem, esses materiais, tributados nas saídas, porquanto o seu preço estaria embutido no valor dos produtos vendidos/adquiridos pelos clientes do estabelecimento, o certo é que as operações de aquisição de sacolas plásticas se caracterizam como elemento de consumo e não de mercancia, além das seguintes características principais

abaixo:

§ Não se destinam a posterior saída tributada, pois não são objeto de revenda;

§ Não se equiparam às aquisições de material de embalagem destinado a indústria, para fins de creditamento do ICMS sobre as entradas;

§ São fornecidos aos clientes como meio de facilitar a acomodação dos produtos adquiridos ao estabelecimento;

§ Prestam-se como meio de divulgação da marca ou do estabelecimento;

§ Seu preço apenas integra o custo operacional da empresa.

Por todos esses motivos e, principalmente, por se tratarem de materiais ou bens cujas saídas ocorrem a título de fornecimento não oneroso aos clientes que opcionalmente decidam deles se servirem quando das aquisições de outros produtos, tem-se, por inarredável, que a aquisição de sacolas e sacos plásticos, efetuadas pela recorrente, ocorreu com destino a uso e/ou consumo do estabelecimento.

Razão por que, *não lhe assiste o direito a créditos fiscais quando das aquisições desses materiais*, por ela realizadas. Aplicação do art. 72, § 1º, I, do RICMS/PB.

“Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (g.n.).

Assim, corroboro com a decisão prolatada na instância “a quo”, sobre a *legitimidade da acusação*.

Acusação 3: **Crédito Inexistente** – falta de recolhimento do imposto estadual pela utilização de crédito(s) de ICMS sem amparo documental.

*Nota Explicativa 1 - Quanto ao Crédito **Inexistente** ref. repetição de registro de notas fiscais de entradas.*

Essa infração, tal qual descrita na nota explicativa, advém da falta de recolhimento do imposto estadual pela utilização de crédito(s) de ICMS referente a *notas fiscais de entradas lançadas em duplicidade no Livro Registro de Entradas*, no período de abril, maio, junho, agosto e dezembro de 2009, março, agosto e setembro de 2010, fls. 74-86, resultando na falta de recolhimento do imposto no mesmo valor após reconstituição da conta corrente do ICMS, cujas provas foram acostadas, quais sejam, demonstrativos e as cópias dos Livros, constando a identificação dos documentos fiscais pelos respectivos números, acrescidos do CNPJ e da UF do emitente e, ainda, de seus valores monetários, nos moldes previstos nos arts. 72, 73, 60, II e 77, todos do RICMS/PB, adiante transcrito:

“Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;

(...)

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

(...)

Art. 73. Fica ainda assegurado o direito ao crédito quando as mercadorias, anteriormente oneradas pelo imposto, forem objeto de:

I - devolução por consumidor final, na forma e nos prazos previstos no art. 88;

II - retorno, por não terem sido negociadas no comércio ambulante e por não ter ocorrido a tradição real, conforme disposto no art. 89.

(...)

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.

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

(...)

II - no Registro de Entradas:

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 crédito do imposto e o valor total do respectivo imposto creditado;

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

d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem crédito do imposto;" (g. n.)

Neste caso a infração *não se materializa no documento fiscal*, quando a juntada de outros documentos fiscais se presta para representar a prática infracional, não necessitando a apresentação em totalidade de todos os documentos acusados, bastando cópia dos livros, confirmando os lançamentos em duplicidade, considerando, inclusive que os livros são de conhecimento e posse da autuada, não havendo, portanto, carência de provas alegadas pela recorrente em preliminar, afastando sua pretensão de nulidade da acusação.

Analisando as provas acostadas, o Demonstrativo e as cópias dos Livros, observa-se a identificação dos documentos fiscais, identificados pelos respectivos números, acrescidos do CNPJ e da UF do emitente e, ainda, de seus valores monetários.

Observa-se, assim, que as notas fiscais foram escrituradas no livro próprio, onde, algumas notas fiscais de entrada são lançadas mais de uma vez, com seu respectivo imposto destacado.

Para tanto, a autuada informa em recurso, que algumas notas fiscais não foram declaradas em duplicidade, relacionando-as, entretanto não carrearou aos autos provas, nas oportunidades em que comparece aos autos, tanto em defesa como em grau de recurso, para justificar a existência das incongruências nas informações prestadas em relação aos lançamentos que não comungou.

Entretanto, analisando as cópias dos Livros de Registro de Entrada, acostados pela fiscalização, observam-se os lançamentos em duplicidade das respectivas notas fiscais, que confirmam a

denúncia.

Assim sendo, o deslinde da questão em tela não comporta maiores discussões, em que analiso a situação alegada com base nas provas e fatos trazidos pela fiscalização e convalidados nas informações contidas nos autos.

Razão, pela qual, *considero correto o procedimento da auditoria*, em glosar os créditos, apropriados pela empresa.

*Nota Explicativa 2 - Crédito **indevido** ref. apropriação irregular de “outros créditos” no livro registro de apuração do icms, mês 12/2010*

In casu, essa infração, conforme nota explicativa, advém da falta de recolhimento do imposto estadual referente a valor lançado no livro registro de apuração do ICMS 12/2010, a título de outros créditos, crédito de ICMS devido regime ST INTERFACE GOLD, cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte, no mesmo valor após reconstituição da conta corrente do ICMS, fl.88, nos moldes previstos nos arts. 72, 73, 77, acima já citados, e art. 84, adiante transcrito, todos do RICMS/PB:

Art. 84. Também não é admitido o crédito fiscal destacado em documento que não tenha sido escriturado no Registro de Entradas, no prazo fixado neste Regulamento, exceto se:

I - houver comunicação escrita do contribuinte à repartição fiscal de seu domicílio, narrando as causas determinantes do lançamento extemporâneo, consignada na coluna “Observações” do Registro de Entradas;

II - for feita pelo Fisco a reconstituição da escrita.

Conforme relatado pela fiscalização a empresa se apropria de créditos fiscais lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, sob o título de “outros créditos” sem nenhuma demonstração de sua origem, seja do ponto de sua previsão legal, seja em relação à formação do respectivo montante.

A recusante alega tratar-se de crédito extemporâneo por erro de interface, informando que os valores dispostos na coluna “outros créditos” representam recuperação de ICMS, no mês de dez/2010, relativo à substituição tributária, embasado em Tare, cuja utilização extemporânea se deu justamente por defeito ou não suporte de interface na época em que deveria ter sido aproveitado, solicitando juntada posterior de provas.

Ocorre que qualquer crédito de ICMS, não pode ser apropriado sem a comprovação de sua legalidade. O contribuinte em relação ao assunto, não acostou aos autos provas capazes de justificar os créditos glosados. Inicialmente aponta utilização extemporânea de crédito por defeito ou não suporte de “interface”, o qual não foi objeto da autuação, cuja regularidade estaria

comprometida, conforme aduz o disposto no art. 84 do RICMS/PB.

Ressalve-se que, em 27/8/2013, via Notificação, fl.89, a empresa foi notificada para comprovar a regularidade dos créditos sob o título - CRÉDITO ICMS DEVIDO ST INTERFACE GOLD, entretanto, não foram apresentadas justificativas ou comprovação, que pudesse elidir o lançamento.

Assim sendo, o deslinde da questão em tela não comporta maiores discussões, analiso a situação alegada com base nas provas e fatos trazidos pela fiscalização e convalidados nas informações contidas nos autos. Portanto, tendo em vista as condicionantes previstas na legislação para usufruto do benefício de utilização do crédito, considero correto o procedimento da auditoria, em glosar os créditos, apropriados pela empresa, mantendo os valores lançados pela auditoria e ratificando a decisão da instância singular.

Nota Explicativa 3 – Crédito Indevido ref. apropriação irregular de “outros créditos” no livro registro de apuração do ICMS, a título de “anulações/devoluções/duplicidade”.

Trata-se de delação sobre utilização de créditos de ICMS referente a valores lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, maio/2009 a dezembro/2011, a título de outros créditos, anulações/devoluções/duplicidade, cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte, resultando na falta de recolhimento do imposto no mesmo valor após reconstituição da conta corrente do ICMS, fls.87-133, do libelo.

A recorrente alega tratar-se de crédito utilizado concernente a devoluções de clientes ocorridas na loja, em que as respectivas notas fiscais emitidas em determinado período não puderam ser lançadas no mesmo período fiscal, em função de erro ou não suporte de interface, razão pela qual a diferença de crédito era lançada em outro período fiscal, solicitando juntada posterior de provas.

Conforme relatado anteriormente, qualquer crédito de ICMS não pode ser *apropriado sem a comprovação de sua legalidade*. O contribuinte em relação ao assunto, não consegue acostar aos autos provas, capaz de justificar os créditos glosados, apontando erros, cuja regularidade estaria comprometida conforme aduz o disposto no art. 84 do RICMS/PB, supracitado.

Observa-se que, em 27/8/2013, via Notificação, fls.89, a empresa foi notificada para comprovar a regularidade dos créditos sob o título - “anulações/devoluções/duplicidade”, entretanto não foram apresentadas justificativas ou comprovação, de que pudesse justificar o lançamento.

Assim sendo, o deslinde da questão em tela não comporta maiores discussões, onde analiso a situação alegada com base nas provas e fatos trazidos pela fiscalização e convalidados nas informações contidas nos autos, e tendo em vista as condicionantes previstas na legislação para usufruto do benefício de utilização do crédito, considero correto o procedimento da auditoria, em glosar os créditos, apropriados pela empresa, mantendo os valores lançados pela auditoria e ratificando a decisão da instância singular.

Acusação 4: Crédito Indevido (ICMS Substituição Tributária)

Relata a fiscalização que, equivocadamente, o contribuinte apurou em março/2012 o crédito presumido previsto na Cláusula Nona do Termo de Acordo n.º 2005.000109 (ICMS substituição tributária) num período em que a vigência do referido termo já havia expirado (2/2012), resultando na utilização de um crédito indevido.

Acosta ao libelo, fls. 134-136, Registros de Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias da recorrente, período 3/2012 e a Resenha nº 16/2012, informando a cassação do Regime Especial do Carrefour Comércio e Indústria LTDA, em 24. 2.2012, publicada no D.O.E em 25.2.2012.

Conforme descrito em Nota Explicativa, esta advém, respectivamente, de crédito indevido pela entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, exegese do art. 391, §6º c/c art. 407, ambos do RICMS-PB, cuja transcrição se segue:

“Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao (Lei nº 7.334/03):

(...)

§ 6º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V, VI e VII.”

“Art. 407. O imposto recolhido por substituição tributária, salvo exceções expressas, não se constituirá em crédito fiscal do contribuinte adquirente, sendo vedado o seu aproveitamento.”

Ocorre que, diante da acusação de utilização de benefício fiscal em período posterior à cassação do instrumento legal que o amparava, o contribuinte argui a falta de competência da fiscalização para a auditoria do Tare no exercício de 2012, após o final da vigência do Tare n.º 2005.000109.

Na oportunidade, fl. 720, do recurso voluntário, a autuada faz uma vinculação entre a Ordem de Serviço e o Termo de Início e arremata, com uma informação, dizendo que na Ordem de Serviço, especificamente, no campo “Especificação”, dispõe que a autorização para fiscalizar está adstrita ao período de referência de 7/11/2008 a 31/12/2011”, fl. 20, dos autos.

Com relação a esta afirmação, analisando o Termo de Início de Fiscalização acostado às fls. 19 e 20, no campo “Especificação”, consta solicitação de documentação fiscal referente ao período de 7/11/2008 a 31/12/2011, e no que diz respeito à Ordem de Serviço, consulta ao sistema ATF-Fiscalização observa-se que não existe referência especificando o período a ser fiscalizado.

Assim sendo, de forma equivocada, a empresa entende que lhe era lícito apurar, no mês em questão, o crédito presumido previsto na Cláusula Nona do Termo de Acordo n.º 2005.000109, abaixo transcrito, quando este instrumento havia sido cassado no mês anterior, conforme publicação no Diário Oficial do Estado em 25. 2.2012, fls. 134-136, dos autos.

“Cláusula Nona – Os Estabelecimentos, na qualidade de contribuintes substituídos nas operações de aquisição de mercadorias, sujeitas ao regime da substituição tributária (atualmente previsto no Anexo 5 do RICMS/PB), terão direito ao crédito do ICMS Normal e ao crédito referente ao ICMS-ST pago na operação anterior.”

A própria autuada reconhece nos autos que era beneficiária do Termo de Acordo até fevereiro de 2012, entretanto, acrescenta que o crédito presumido glosado pela fiscalização refere-se ao mês de fevereiro, o que não corresponde, pois a acusação se refere à apuração de março, conforme comprova a cópia do Livro Registro de Apuração juntada aos autos.

Assim entendo, pois, estar devidamente fundamentada a acusação de utilização de crédito indevido referente ao ICMS Substituição Tributária no mês 3/2012.

Acusação 5: Crédito Indevido (documento inidôneo)

Trata-se de delação sobre utilização de créditos de ICMS, efetuadas a partir de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, com CFOP 1.202 (devolução de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiros) sem que, não obstante, o autuado promovesse a comprovação das respectivas devoluções, ou seja, *“sem a apresentação de qualquer documentação fiscal que justificasse a sua emissão”*, o que levou a fiscalização a considerá-las inidôneas, bem como indevido, portanto, o crédito fiscal, com base nelas, apropriado, consoante se observa nos demonstrativos juntados aos autos, às fls. 137-211, período de 8/2009 a 12/2011, valores constantes

em demonstrativos.

O deslinde da questão nos remete às disposições legais que regulam o creditamento do ICMS, em casos de devolução de venda de mercadorias, haja vista que o contribuinte é acusado de se apropriar de créditos de ICMS a partir de *notas fiscais de entradas por devoluções*, emitindo notas fiscais, sem qualquer possibilidade de vinculação com as operações de saídas que teriam antecedido as devoluções e, especialmente, ignorando as prescrições estabelecidas pelo RICMS/PB.

Pois bem. O RICMS-PB reconhece o direito de crédito fiscal relativo a mercadorias devolvidas por consumidor final, que tiveram sido oneradas pelo imposto quando da saída anterior, porém condicionada à observância da forma e prazos previstos no art. 88 do referido diploma legal, *in verbis*:

“Art. 73. Fica ainda assegurado o direito ao crédito quando as mercadorias, anteriormente oneradas pelo imposto, forem objeto de:

I - devolução por consumidor final, na forma e nos prazos previstos no art. 88;” (grifo nosso)

“Art. 88. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia ou troca, mercadoria devolvida por pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada a emissão de documentos fiscais, poderá se creditar do imposto pago por ocasião da saída da mercadoria, desde que:

I – haja prova cabal da devolução, sendo a mercadoria identificável pela marca, modelo, numeração e demais elementos que a individualizem;

II – a devolução se verifique:

a) dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de saída da mercadoria, quando se tratar de devolução para troca;

b) dentro do prazo determinado no documento respectivo, quando se tratar de devolução em virtude de garantia.

§ 2º. Para o disposto neste artigo, o estabelecimento recebedor da devolução deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada, mencionando:

a) quando se tratar de nota fiscal, número, série e subsérie, data e valor do documento fiscal anteriormente emitido;

b) quando se tratar de cupom fiscal, número seqüencial do ECF e do contador de ordem de operação COO;

II - obter declaração, na nota fiscal emitida ou em documento em separado, da pessoa física ou

jurídica que promover a devolução, mencionando na oportunidade, seu endereço, número da identidade e do CPF ou CGC, quando for o caso;

IV - manter em arquivo, separadamente, os documentos fiscais relativos a devoluções”.

Como se observa do dispositivo acima transcrito, para a regularidade do crédito fiscal oriundo de devolução de mercadorias *em virtude de garantia ou troca*, não basta a simples emissão da nota fiscal de entrada pelo estabelecimento receptor. Necessário que a emissão se dê com observância dos requisitos legais, *tanto no que confere ao prazo quanto à forma* e, ainda, que se faça acompanhar de documentação comprobatória da devolução.

Observa-se, pois, nos autos, na oportunidade do recurso, a empresa esclarece informando se tratar de suposta insuficiência de informações no preenchimento da nota fiscal de devolução, o que não impede o uso do crédito pela recorrente, cabendo no máximo a multa por descumprimento por obrigação acessória.

Analisando o conjunto documental acostado pela recorrente, em momento algum a empresa acosta prova para justificar o referido crédito, valendo-se, exclusivamente das provas acostadas pela fiscalização, onde se observam, demonstrativos listando os dados básicos que identificam as notas acusadas, cópias de DANFES, com as respectivas chaves de acesso, todavia nos documentos acostados pela fiscalização para convalidar a acusação, não foi possível vislumbrar os requisitos estabelecidos no art. 88, I, § 2º, acima transcrito.

Donde se conclui que este não se presta para socorrer a recorrente no seu intento de respaldar as notas fiscais que serviram de base à apropriação dos créditos fiscais censurados pela Fiscalização, ante a falta de comprovação da ocorrência do fato motivador da sua emissão, nos termos estabelecidos na norma legal supracitada.

No mais, deve-se observar, no caso em análise, que a falta de cumprimento dos requisitos previstos na norma tributária acima corrompeu o direito à fruição do benefício de aproveitamento do crédito, situação que não pode ser interpretada como mero *descumprimento de obrigação acessória*, não tendo o efeito de impedir o aproveitamento do crédito, como alegado pela recorrente.

Diante do exposto, mantenho inalterada a decisão prolatada no juízo singular, que declarou procedente a ação fiscal.

Acusação 6: Diferencial de Alíquota – falta de recolhimento do ICMS (merc. p/o uso e/ou consumo

do estab.) (período a partir de 7.3.2002)

A acusação se reporta à falta de recolhimento de ICMS - diferencial de alíquota devida sobre as entradas de produtos destinados ao uso/consumo (embalagens entregues aos clientes como cortesia) no período de 1º/2011 a 12/2011 e nos valores constantes em demonstrativos anexos e integrantes do presente auto de infração.

Trata-se de uma consequência da irregularidade anteriormente referida, *acusação 2*. Com efeito, a própria recorrente afirmou que o preço desses materiais compõe o valor dos produtos disponibilizados a venda no seu estabelecimento, e que estes (sacos e sacolas plásticas) também são disponibilizados graciosamente aos clientes que deles decidam se servir para acomodar os produtos adquiridos.

Tais assertivas confirmam as características das aquisições desses produtos, as quais foram relacionadas no deslinde da acusação 2, razão por que, *não há dúvidas de que se destinam ao uso e/ou consumo do estabelecimento*.

Nessas circunstâncias, é **devido o ICMS- Diferencial de Alíquota** sobre as aquisições dos mesmos, efetuadas em outras unidades da Federação. Ilação do art. 2º, § 1º, IV, art. 3º, XIV, c/c os arts. 14, X e 106, II, “c”, § 1º, todos do RICMS/PB.

Corroborando com o presente entendimento, pacífico nesta Corte de Justiça Fiscal, extraio o Acórdão, *in verbis*:

“Processo nº 0636252008-4

Acórdão 320/2012

Recurso HIE/VOL/CRF- nº 066/2011

RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA.

INFRAÇÕES DIVERSAS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. SUCUMBÊNCIA DE PARTE DAS ACUSAÇÕES. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A SENTENÇA SINGULAR.

- Confirmada a apropriação indevida de créditos fiscais oriundos de aquisição de materiais para uso e/ou consumo do estabelecimento, bem como baseados em notas fiscais de devolução de

mercadorias emitidas pelo próprio contribuinte, sem comprovação do fato motivador, e advindos ainda de pagamento do ICMS efetuado posteriormente à apropriação e apoiados em documento fiscal cancelado.

- Considera-se regular a exação do ICMS Diferença de Alíquotas incidente sobre a aquisição de materiais para uso e/ou consumo, caracterizado mediante a sua disponibilização gratuita aos clientes do estabelecimento.

- Confirmadas em parte as aquisições de mercadorias com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas mediante a falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima parcialmente a exigência fiscal.

- Quanto às saídas de mercadorias para depósito fechado sem comprovação do posterior retorno ao estabelecimento de origem, e a falta de estorno de crédito fiscal correspondente à entrada de mercadoria cuja saída foi beneficiada com isenção, justifica-se a exigência fiscal diante da confirmação das irregularidades fiscais.

*- A acusação de falta de entrega de arquivos magnéticos requisitados mediante notificação, quando preexistentes duas autuações sobre o mesmo período, bem como as delações de falta de estorno de crédito fiscal em estabelecimento industrial, relativamente a aquisições de energia elétrica consumida em processo industrial e a matérias primas utilizadas no processo produtivo de mercadorias com saídas não tributadas, restou evidenciada a imprecisão quanto à natureza da infração, acarretando, **ipso facto**, a nulidade dos respectivos lançamentos de ofício, face ao vício formal.”*

“DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – Aquisição de mercadorias para consumo.

É norma da legislação tributária o pagamento do diferencial de alíquota nas operações interestaduais de mercadorias destinados ao uso, consumo, ou ativo fixo do contribuinte. Expurgadas do levantamento efetuado as notas fiscais pagas conforme documentação apensada aos autos, dá-se a procedência parcial da autuação. Reformada a decisão recorrida.” (Acórdão nº 248/2004 – Relator: Cons. José de Assis Lima)

Diante do exposto, mantenho inalterada a decisão prolatada no juízo singular, considerando-se regular a exação do ICMS-Diferencial de Alíquota incidente sobre a aquisição de materiais para uso e/ou consumo, caracterizada mediante a sua disponibilização gratuita aos clientes do estabelecimento.

Acusação 7: Falta de lançamento de n.f. de aquisição nos livros próprios

A acusação em análise decorre da falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em

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

"Art. 646. *O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimimento a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).*

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

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias".

"Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias".

Conforme demonstrativos acostados, fls. 212-306, a acusação se reporta a notas fiscais declaradas por terceiros, notas fiscais de entrada, op. internas e op. interestaduais, que não foram registradas nos livros próprios, no período de 2/2009 a 12/2011.

Fazendo uso do direito de provar a improcedência da presunção de que as correspondentes aquisições não se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, a autuada vem aos autos, argumentando que algumas notas fiscais elencadas na planilha "Notas Fiscais de Entradas Não Registradas – Resumo Mensal Ref. Operações Internas e Interestaduais", fls. 213 e 214, foram registradas no Livro Registro de Entrada, *cuja juntada posterior a recorrente pediu naquela oportunidade, não sendo apresentado nos prazos regulamentares.*

Prosseguindo, informa que, *quanto às demais notas fiscais*, a recorrente não registrou nos livros fiscais, em razão de as mercadorias ali dispostas não terem ingressado no seu estabelecimento, retornando ao remetente sem a entrega ao destinatário. Argumentando que em situações como essas no que dispõe o Regulamento do Estado da Paraíba, a recorrente não está obrigada a registrar no seu Livro de Entrada a Nota Fiscal que acompanha o produto não entregue. Subsídia-se

por analogia ao Acórdão 212/2013.

Deve-se ressaltar que, nesses casos, não importa a situação da tributação das mercadorias constantes das Notas Fiscais, pois a presunção é de que o pagamento de despesas sem o devido registro na escrita fiscal/contábil se verificou em decorrência de saídas pretéritas sem emissão de nota fiscal.

Da mesma forma, a simples negativa do registro, sem provas que a contemplem, em razão de que as demais notas fiscais acusadas não terem sido registradas, em função de as mercadorias ali dispostas não terem ingressado no seu estabelecimento, retornando ao remetente sem a entrega ao destinatário, não sucumbe a exigência do crédito.

Quando da análise do Acórdão 212/2013, utilizado por analogia em relação à decisão que rejeitou a cobrança de ICMS - Garantido, em razão da não ocorrência da operação que constituiria o fato gerador, tendo as mercadorias retornado ao estabelecimento emitente por não corresponder ao pedido, descaracterizando a obrigação do contribuinte referente ao recolhimento do imposto, ocorre que quando da análise, fls. 733, o julgador baseou-se em provas acostadas aos autos, segundo trecho constante do voto: *In casu, a empresa trouxe aos autos (fls. 16), provas materiais que comprovam que as mercadorias não foram recepcionadas pelo autuado (destinatário), retornando a sua origem em decorrência de está fora da especificação do pedido, tendo a destinatária das mercadorias realizado o procedimento disciplinado no RICMS/PB, qual seja: informando no verso da nota o motivo do retorno, data e assinatura.*

Ressalvamos que a ratificação da falta de registro de nota fiscal de aquisição de mercadoria nos livros próprios *enseja a presunção legal de que o dispêndio foi realizado com receitas marginais oriundas de omissão de vendas pretéritas, não se vinculando a tipo de operação, a qual as mercadorias estejam submetidas.* Desta forma, sem provas das alegações da recorrente, mantenho a acusação em epígrafe.

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisões recentes acerca desta matéria, no sentido de ser necessária a apresentação de provas materiais para respaldar a verdade material e a segurança jurídica dos julgados:

“RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ÔNUS DA PROVA DA INEXISTÊNCIA DO FATO ATRIBUÍDO AO CONTRIBUINTE. RECONHECIMENTO DE PARTE DA EXAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO. NÃO ELIDIDA A PRESUNÇÃO SOBRE O REMANESCENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

Confirmadas as aquisições de mercadorias com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas mediante a falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente a contraprova nos

autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

Acórdão 367/2012

Relatora: Maria das Graças D. O. Lima

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. ALTERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A constatação de notas fiscais de aquisição sem a devida contabilização nos livros próprios evidencia a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Essa presunção admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte. No presente caso, o autuado exerceu o direito de provar a inexistência da presunção, alegando fatos em sua defesa, porém, não acostando aos autos as provas cabais capazes de elidir a acusação. Aplicam-se ao presente julgamento as disposições contidas na Lei nº 10.008/2013-PB, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento.

Acórdão 084/2014

Relator: Roberto Farias de Araújo”

Assim sendo, não foram carreadas aos autos provas capazes de provar a improcedência das correspondentes aquisições. Neste caso, reputa-se legítima a exigência fiscal, ficando o crédito tributário constituído conforme planilha adiante.

Acusação 8: Falta de Recolhimento do ICMS - saídas de preservativos sem observância dos requisitos legais.

Especificamente, esta acusação retrata o descumprimento de obrigação principal, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS, obrigações previstas pormenorizadamente no art. 106, do RICMS/PB, e nos termos do § 22 do art. 6º, do mesmo documento normativo, in verbis:

“Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)”

“Art. 6º São isentas do imposto:

(...)

XXIII - até 30 de abril de 2007, as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH, observado o disposto nos §§ 22 e 29 (Convênio ICMS 116/98 e 119/03);

§ 22. O benefício fiscal previsto no inciso XXIII, fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Convênio ICMS 116/98). (grifo nosso)”

Como se observa do dispositivo acima transcrito, para a regularidade da isenção das operações com preservativos, não basta a simples emissão da nota fiscal com a indicação da isenção, esta fica **condicionada** a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, *indicando expressamente no documento fiscal*.

Deve-se ressaltar que as regras regulamentares epigrafadas encontram respaldo na lei ordinária que disciplina a matéria sobre as isenções e suas implicações, conforme se observa os artigos 5º e 6º, ambos da Lei nº 6.379/96, infra:

“Art. 5º As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto serão concedidos ou revogados mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Parágrafo único. O regulamento indicará os benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu.

“Art. 6º Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou a prestação. (g.n.).”

As isenções condicionadas, e, por analogia, a suspensão da incidência do imposto, são benefícios fiscais condicionados, possuindo caráter contratual, somente produzindo seus efeitos quando cumprida a condição imposta pela legislação, situação prevista como necessária e suficiente para a caracterização do benefício.

Não sendo satisfeitas as condições pela empresa recorrente, motiva-se a perda do benefício, com ensejo da eclosão do fato gerador do ICMS, devendo o imposto dispensado ser considerado devido.

Observa-se, pois, nos autos, que na oportunidade do exame fiscal das documentações do contribuinte, a fiscalização detectou a não indicação nos documentos fiscais da dedução do valor correspondente ao ICMS dispensado na operação, prevista no RICMS/PB, reputando descaracterizada a isenção, exigindo, por conseguinte, o ICMS, fls. 1182 a 1188.

Em suas razões, a recorrente reitera os argumentos aduzidos na reclamação, afirmando: *“Claro está, portanto, que, uma vez atendido o aspecto substancial ou material (pressuposto integrativo), o aspecto processual ou formal,..., mero pressuposto de eficácia do benefício – sempre poderá ser demonstrado,..., ainda que, no cupom fiscal, o contribuinte não tenha observado, a tempo e a hora, os requisitos formais legislativamente previstos.”*

Com relação a esta acusação, estão dispensadas maiores incursões sobre o assunto, porquanto a recorrente **reconheceu a legitimidade da exação fiscal**, configurando-se realmente que a indicação deixou de ser feita pela empresa, pressuposto de eficácia do benefício. Assim sendo, estando comprometida a eficácia do benefício, caracterizada está a infração.

Razão por que, impõe-se, tão-somente, reconhecer a regularidade da exigência, posto que corretamente assentada nos elementos de instrução suficientes para evidenciar a ocorrência dessas práticas irregulares, conforme fundamento nos artigos acusados. Logo, reputamos, pois, por legítima a descaracterização da isenção.

Acusações 9 e 11: Falta de Recolhimento do ICMS – Falta de recolhimento do imposto estadual – inexistência de retorno de mercadorias remetidas para conserto/reparo.

Trata-se de delação sobre a falta de recolhimento de ICMS, efetuada a partir de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, em operações interestaduais, constatada através do cotejo entre as remessas de mercadorias ou bens para conserto ou reparo (CFOP 6.915) e as entradas em retorno de mercadorias ou bens remetidos para conserto ou reparo (CFOP 2.916), em procedimento fundamentado no art. 8º, I, § 1º do RICMS/PB, bem como em operações internas sem incidência do imposto, constatada através do cotejo entre as remessas de mercadorias ou bens para conserto ou reparo (CFOP 5.915) e as entradas em retorno de mercadorias ou bens remetidos para conserto ou reparo (CFOP 1.916) em procedimento fundamentado no art. 4º, XII, § 5º, do RICMS/PB sem que, não obstante, o autuado promovesse a comprovação das respectivas devoluções, correspondente ao período de 1/2009 a 6/2011, demonstrativos acostados às fls. 318-346, do libelo acusatório.

Em outras palavras, a denúncia resultado da emissão de notas fiscais de remessa para conserto de bens diversos, **em operações internas e interestaduais** e estes não retornaram ao

estabelecimento de origem, conforme disposição regulamentar. Em razão do exposto, o contribuinte, nas operações internas e interestaduais, incorreu respectivamente no descumprimento do que preceitua o §5º, do art. 4º e o §1º, do art. 8º do RICMS, aprovado pelo decreto nº 18.930/97, a seguir:

“Art. 4º O imposto não incide sobre:

(...)

XII - operações com mercadorias, nas saídas internas, destinadas a conserto, reparo ou industrialização, exceto sucatas e produtos primários de origem animal ou vegetal;

(...)

§ 5º As mercadorias referidas no inciso XII, deverão retornar ao estabelecimento de origem no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data das respectivas saídas, prorrogável por igual prazo, a critério da Secretaria de Estado da Receita.”

“Art. 8º A incidência do imposto será suspensa:

I - nas remessas interestaduais de mercadorias destinadas a conserto, reparo ou industrialização, exceto sucatas e produtos primários de origem animal e vegetal (Convênios AE 15/74, ICM 32/78, 25/81, 35/82, ICMS 34/90 e 151/94);

(...)

§ 1º As mercadorias referidas neste artigo deverão retornar ao estabelecimento de origem no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data das respectivas saídas, prorrogável por até 180 (cento e oitenta) dias, a critério da Secretaria de Estado da Receita, findo o qual, não tendo retornado ao estabelecimento remetente, as saídas se consideram definitivas para fins de tributação.”(g.n.)

Diante da infração acima suscitada, vislumbro terem sido apurados os valores dos créditos tributários, cujas notas fiscais foram relacionadas nos demonstrativos.

Ocorre que a autuada, buscando demonstrar que não ocorreu falta de cumprimento da condição prevista na norma tributária acima descrita, informa que “em alguns casos houve sim o registro fiscal no respectivo Livro Registro de Entradas, os quais não foram observados pelo Fiscal Autuante e, portanto, devem ser considerados para todos os efeitos.”, solicitando a juntada a posterior de provas.

No mais, aborda questão em que faz referência à hipótese em que, “sendo imprestáveis as mercadorias enviadas para conserto, não há o efetivo retorno, mas sim o seu descarte, o que não pode ser considerado como venda posterior”. Especificamente a este caso, reiteramos a informação de que a legislação que rege a matéria não prevê a hipótese que em sendo imprestáveis as mercadorias teriam o caso de sucata, cujas operações são disciplinadas nos arts. 481 a 484, ou até de devolução em garantia – disciplinada no art. 88 do RICMS/PB.

Deve-se observar, no caso em análise, que a falta de cumprimento da condição prevista na norma tributária corrompeu o direito à fruição do benefício da suspensão, situação que não pode ser interpretada como mero descumprimento de obrigação acessória, não tendo o efeito de impedir o aproveitamento do benefício fiscal.

A exigência regulamentar exprime o dever que o contribuinte tem de fazer, para que a fruição do benefício fiscal ocorra, ou seja, que as mercadorias referidas, cujas notas foram elencadas no Anexo I, retornem ao estabelecimento de origem no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data das respectivas saídas, prorrogável por igual período, a critério da Secretaria de Estado da Receita, findo o qual, não tendo retornado ao estabelecimento remetente, as saídas se consideram definitivas para fins de tributação.

Nota-se que, para fruição do benefício, de que tratam os artigos apontados, o contribuinte deverá apresentar as notas fiscais de retorno, objeto das notas de remessa para conserto. Não sendo satisfeitas as condições pela empresa recorrente, motiva-se a perda da suspensão, com ensejo da eclosão do fato gerador do ICMS, devendo o imposto dispensado ser considerado devido.

Deve-se ressaltar, ainda, que as regras regulamentares epigrafadas encontram respaldo na lei ordinária que disciplina a matéria sobre as isenções e suas implicações, conforme se observa os artigos 5º c/c 6º, ambos da Lei nº 6.379/96, infra:

“Art. 5º As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto serão concedidos ou revogados mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Parágrafo único. O regulamento indicará os benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu.

“Art. 6º Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou a prestação. (g.n.).”

Vejamos decisões, desta casa, sobre casos correlatos:

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. REMESSA PARA REPARO OU CONserto. RECOLHIMENTO EFETUADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

É devida a exigência do ICMS sobre as remessas interestaduais para reparo ou conserto, ao abrigo da suspensão do imposto, quando não ocorrer a comprovação de retorno das mercadorias no prazo especificado pela legislação de regência. Provas carreadas aos autos atestam a parcialidade da acusação fiscal com reconhecimento e recolhimento do crédito remanescente.

Acórdão nº 378/2011

Cons. João Lincoln Diniz Borges

INFRAÇÕES DIVERSAS. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. DECADÊNCIA ACATADA PARCIALMENTE. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CONFIRMAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONserto OU REPARO, SEM RETORNO NO PRAZO LEGAL. SAÍDAS DEFINITIVAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INFRAÇÃO CONFIGURADA PARCIALMENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A empresa alega vícios insanáveis que ensejariam a insubsistência da autuação. No que concerne a esse aspecto, o auto de infração lavrado reputa-se plenamente válido. Preliminar de nulidade afastada.

No que diz respeito à acusação de omissão de saídas pretéritas, no mês de janeiro de 2006, ficou demonstrado nos autos, que parte do crédito tributário, ter-se-á contado o prazo decadencial, para efeito do lançamento de ofício, segundo a regra trazida pelo art. 150, § 4º do CTN, em que se tem como termo inicial a data da ocorrência dos fatos geradores, o que fez perecer parcela do crédito tributário.

A falta de recolhimento do ICMS, resultado da remessa para conserto de bens diversos, em operações internas e interestaduais, sem a devida escrituração do retorno ao estabelecimento de origem, incorre em razão do descumprimento do que preceitua a norma de regência. As alegações da autuada lastreadas em provas acostadas aos autos fez desconstituir parcialmente o crédito tributário em tela.

Aplicam-se ao presente julgamento as disposições da Lei nº 10.008/2013, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento das infrações em comento.

Acórdão nº 010/2016

Cons. Francisco Gomes De Lima Netto

Diante disso, sendo verificada a ausência das notas fiscais de retorno, conforme consta da informação em nota explicativa, dos autos, sem que o acusado traga elementos probantes para desconstituir a acusação, ou seja, a falta de elementos formais que a legislação cogente determina, deve-se manter incólume a acusação.

Acusação 10: Falta de Recolhimento do ICMS (ausência de débito fiscal)

A presente acusação refere-se à falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte não ter destacado no(s) documento(s) fiscal(is) o respectivo imposto.

Neste contexto, a fiscalização acusa a emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis sem débito de ICMS, pela ausência do lançamento do destaque no livro Registro de Saídas, no período de 4/2009 a 12/2011 e nos valores constantes em demonstrativos anexos, fls. 322-336, dos autos.

Ressalte-se que, conforme relatado pela auditoria, por força da cláusula nona do Termo de Acordo nº 2005.000109, as operações com mercadorias incluídas no anexo 05 do RICMS, nos demonstrativos acostados foram realizadas como tributação normal no período considerado.

O lançamento do imposto nos documentos e nos livros fiscais é de exclusiva responsabilidade do contribuinte, e constitui uma das obrigações acessórias prevista no art. 119, VIII, do RICMS/97, *in verbis*:

"Art. 119. São obrigações do contribuinte:

(...)

VIII – escriturar os livros e documentos fiscais, observadas as disposições dos capítulos próprios deste Regulamento;"

In casu, o fato imponível que fez surgir a obrigação acessória de lançar o imposto no livro Registro de Saídas foi a *saída de mercadorias do estabelecimento*.

A eclosão do fato gerador, caracterizado pela saída de mercadorias do estabelecimento, faz nascer para o contribuinte responsável as obrigações acessórias de emitir o documento fiscal preenchido de conformidade com o estabelecido nos incisos do art. 159 do RICMS/PB, e lançar o imposto correspondente no livro Registro de Saídas, conforme determina o art. 277, do RICMS/97, abaixo:

“Art. 277. O Registro de Saídas, modelo 2 ou 2-A, Anexos 28 e 29, destina-se à escrituração do movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, e de prestações de serviços de transporte e de comunicação.”

Tais obrigações são estabelecidas para garantir o cumprimento da obrigação principal – pagamento do tributo.

No caso em comento, o cumprimento da obrigação principal ficou prejudicado pela informação errônea lançada no livro Registro de Saídas, que indica o registro sem débito de notas fiscais de saídas, conforme demonstrativos anexos.

Quanto ao não registro do destaque do imposto, alega a recorrente que o imposto foi devidamente destacado nas notas fiscais, e recolhido, além do fato que, caso a fiscalização demonstrasse que não houve o destaque caberia multa por descumprimento de obrigação acessória.

Conforme relatado anteriormente, a ausência de destaque do imposto no documento fiscal implica na inexistência de débito no lançamento do respectivo documento no livro Registro de Saídas. Entretanto, explicando o equívoco da autuada, é de conhecimento que a ausência de um determinado débito no livro supra – havendo ou não o destaque no documento fiscal – configura redução do valor total levado a débito na apuração mensal, e essa infração pode ser levada à cabo mesmo em relação a uma nota fiscal com débito.

Com efeito, as operações referentes à acusação de saídas de mercadorias se tratam de operações tributáveis, razão por que não se justifica a falta de destaque do imposto nas notas fiscais, bem assim, o não lançamento do mesmo nos livros próprios. Afinal, o imposto incide sobre as operações de circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares (art. 3º, I, do RICMS/PB). Equipara-se à saída a transmissão da propriedade de mercadoria, decorrente de alienação onerosa ou gratuita de título que a represente, ou a sua transferência, mesmo que não haja circulação física (§ 4º, inciso I, do art. 3º, regulamentado).

Quanto às saídas de mercadorias adstritas ao regime da substituição tributária, andou bem o trabalho de auditoria, quando observou que na época dos fatos geradores em questão a recorrente era detentora de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, sob nº 2005.000109, onde se observa que na cláusula nona e no § 1º, do mencionado Termo de Acordo, ficou acordado que “os estabelecimentos, na qualidade de contribuintes substituídos nas operações de aquisição de

mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (atualmente previsto no Anexo 05 do RICMS/PB), terão direito ao crédito do ICMS Normal e ao crédito referente ao ICMS-ST pago na operação anterior” Continuando, o § 1º da citada cláusula reza que “as saídas realizadas pelos estabelecimentos serão tributadas normalmente, sem a incidência do ICMS-ST”.

Donde se conclui pela necessidade do débito fiscal pelas saídas de mercadorias, ainda que sujeitas ao regime da substituição tributária em decorrência dos créditos apropriados pelas entradas dessas mercadorias.

Portanto, não há como atribuir razão à recorrente, mormente considerando que esta desperdiçou tantas oportunidades para demonstrar o alegado.

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisões recentes acerca desta matéria:

“Processo nº 0636232008-5

Acórdão 184/2012

Recurso VOL/CRF nº 169/2011

RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ÔNUS DA PROVA DA INEXSITÊNCIA DO FATO ATRIBUÍDO AO CONTRIBUINTE. NÃO DESINCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO DO FEITO FISCAL. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO A DÉBITO DO IMPOSTO NOS LIVROS PRÓPRIOS. INEXISTÊNCIA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.

Confirmadas as aquisições de mercadorias com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas mediante a falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

*Quanto às saídas de mercadorias sem débito fiscal do imposto nos documentos fiscais emitidos e, por consequência, sem o lançamento do imposto a débito nos livros próprios, acarretando, **ipso facto**, falta de recolhimento do tributo ao Erário, justifica-se a exigência fiscal ainda que se trate de produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, haja vista o creditamento do imposto pelas entradas. Acusação não elidida. Mantida a decisão da Instância “a quo”.*

Em face dessas razões, mantenho a decisão “a quo”, que procedeu a acusação fiscal em tela.

Acusação 12: Falta de Recolhimento do Imposto Estadual

*Nota Explicativa –1. “**Utilização de crédito indevido referente a entradas de embalagens utilizadas na comercialização de produtos preparados pela empresa (panificação)**, cujo aproveitamento de crédito se encontra vedado pelos Decretos nºs 21.728/01 (arts. 2º, § 2º e 10, § 5º com vigência até 30.06.2010) e 31.382/10 (art. 10 com vigência a partir de 01.07.2010) no período de 01/2008 a 12/2011 e nos valores constantes em demonstrativos anexos e integrantes do presente auto de infração, **resultando na falta de recolhimento do imposto** no mesmo valor após reconstituição da conta corrente do ICMS, igualmente anexa e integrante do presente auto de infração...” Demonstrativos fls. 347-369, dos autos.*

No presente caso, a acusação argui falta de recolhimento do imposto em razão de o contribuinte ter se creditado do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), consignando mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo (embalagens).

A recorrente repele a acusação, por entender ***inexistência de vedação ao crédito do imposto pago na aquisição, para revenda, de embalagens, no momento em que afirma que:*** “*não se pode confundir as operações de aquisição de trigo em grão e farinha de trigo, onde o valor do imposto pago alusivo inclusive às despesas vinculadas, como, por exemplo, o frete, não deverão se creditados na saída do produto acabado (pão , biscoitos etc.), com as operações de aquisição de embalagens..., que virão, entre outros, para acondicionar o produto acabado.*”

“Além do que,..., a recorrente adquire onerosamente sacos e sacos plásticos, ou mesmo de papel, entre outros insumos, de empresas contribuintes do ICMS e os repassa aos seus clientes, embutindo-os no preço dos produtos que comercializa,...”

Assim sendo, a tese recursal baseia-se no fato de que o crédito tomado se trata de insumos, consumidos nos setores produtivos da empresa (padaria), tendo a recorrente se manifestado pela legitimidade no aproveitamento desses créditos, conforme estabelecem os artigos 52 e 72, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

“Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85.”

No mais, **a atividade de panificação, realizada por estabelecimento comercial**, não se caracteriza como processo de industrialização conforme argumentos já tratados, uma vez que seus produtos são vendidos diretamente a **consumidor final** e acondicionados em **embalagem de transporte**, como bem fundamenta a norma, jurisprudência e a realidade fática dos procedimentos comerciais realizados pela recorrente que são de conhecimento comum.

No caso específico, conforme entendimento já manifestado na acusação 2, esta relatoria entende que as sacolas plásticas, não são objeto de venda aos consumidores finais (clientes). Em verdade, é sabido que as sacolas plásticas em questão se prestam somente para o transporte da mercadoria adquirida pelos clientes e não se caracterizam como embalagem (no caso de processo industrial), não ensejando, portanto, saída de mercadorias para revenda, mas sim, **apenas, uma facilidade oferecida para o transporte das mercadorias**.

Por todos esses motivos e, principalmente, por se tratarem de materiais ou bens cujas saídas ocorrem a título de fornecimento não oneroso aos clientes que opcionalmente decidam deles se servirem quando das aquisições de outros produtos, tem-se, por inarredável, que a aquisição de sacolas e sacos plásticos, efetuadas pela recorrente, ocorreu com destino a uso e/ou consumo do estabelecimento.

Razão por que, **não lhe assiste o direito a créditos fiscais quando das aquisições desses materiais**, cujo direito à utilização dos créditos somente se dará em 1/1/2020, como prevê o art. 72, §1º, I, do RICMS/PB, anteriormente citado.

Assim, corroboro com a decisão prolatada na instância a quo, sobre a legitimidade da acusação.

Nota Explicativa –2. “Utilização de crédito indevido referente à parcela a maior em relação ao valor

do imposto efetivamente destacado no documento fiscal de origem,..., nos valores e períodos constantes em demonstrativo anexo, resultando na falta de recolhimento do imposto no mesmo valor após reconstituição da conta corrente do ICMS, anexa e integrante do presente auto de infração...”. Demonstrativos fls. 370-375, dos autos.

Especificamente, esta acusação retrata o descumprimento de obrigação principal, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS, obrigações previstas pormenorizadamente no art. 106, c/ fulcro nos arts. 72, I e 60, II, todos do RICMS/PB.

Ocorre que, a fim de descrever melhor o ilícito, as autoridades autuantes complementaram sua fundamentação em nota explicativa, nos moldes previstos, adiante transcritos:

“Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85; (...)

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1o de janeiro de 2020;

(...)

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

(...)

II - no Registro de Entradas:

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 crédito do imposto e o valor total do respectivo imposto creditado;

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

d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem crédito do imposto;” (g.n.)

Conforme relatado pela fiscalização a autuada utilizou-se de crédito em valor superior ao destacado na nota fiscal de origem e até mesmo em relação à nota fiscal sem destaque de ICMS, conforme demonstrativos acostados.

No que tange à conduta de se creditar de notas cujo imposto não veio destacado, a autuada assume que procedeu a tal creditamento, alegando que: *“algumas notas fiscais enviadas pelos fornecedores, apesar de se referirem a mercadorias tributadas, não vieram com o respectivo destaque do ICMS,*

razão pela qual a Recorrente procedeu o referido destaque nos livros fiscais para apuração de crédito e, conseqüentemente, para sua utilização na saída subsequente.”

No presente caso, a tese de acusação se acosta no art.75 do RICMS/PB, abaixo transcrito, que dispõe sobre a impossibilidade de utilização dos créditos arrolados na acusação, salvo disposição expressa em contrário ou após autorização da Administração Fazendária, mediante requerimento devidamente fundamentado, hipóteses que não se configuram no presente caso.

“Art. 75. Salvo disposição expressa em contrário, não será admitida a dedução do imposto não destacado na nota fiscal ou calculado em desacordo com as normas da legislação vigente.

§ 1º Na hipótese do imposto destacado a menor, o contribuinte poderá creditar-se, apenas, do valor destacado na primeira via da nota fiscal emitida pelo vendedor ou prestador de serviço, observado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 2º A utilização de crédito fiscal não destacado na nota fiscal ou a diferença relativa a crédito destacado a menor, na hipótese do parágrafo anterior, somente será admitida após autorização da Diretoria de Administração Tributária exarada em processo devidamente instruído com a prova documental de que o imposto foi recolhido pelo estabelecimento remetente.”

Assim, nestes casos, não tem base sólida a conduta da recorrente, muito menos acreditar que agindo assim está sendo observada a não-cumulatividade do ICMS, posto que não se tenha como garantir a vinculação entre crédito e débito.

Diante disso, deve-se manter incólume a acusação.

Acusação 13: Falta de Estorno de Crédito Fiscal (por redução de base de cálculo nas saídas)

A acusação em tela diz respeito à falta de estorno de crédito proporcional à redução de base de cálculo utilizada por ocasião das saídas internas de produtos de informática e automação relacionados no Anexo 13 do RICMS/PB, conforme detalhado em demonstrativo anexo e integrante do presente auto de infração, resultando na falta de recolhimento de ICMS. Demonstrativos acostados às fls. 376-388, do libelo.

No que diz respeito aos produtos acusados, estes correspondem a equipamentos de informática, cuja tributação remete ao art. 33 do RICMS/PB, que concede redução de base de cálculo de forma que a carga tributária resulte em 7% nas operações internas e de importação com produtos de informática e automação, mas só os que se encontrem relacionados no Anexo 13 do RICMS/PB e não todos os produtos de informática.

“Art. 33. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações seguintes, de forma que a carga tributária resulte nos percentuais abaixo indicados:

(...)

IX - até 31 de dezembro de 2015, 7% (sete por cento) nas operações internas e de importação, com produtos de informática e automação, relacionados no Anexo 13, observado o disposto no § 13 (Convênios ICMS 23/97, 121/97, 23/98, 60/98, 101/98 e Decretos nº 20.308/99 e nº 24.437/03);”

OBS: O inciso IX do art. 33 foi prorrogado por prazo indeterminado por força do inciso II do art. 1º do Decreto nº 33.763/13 – DOE de 13.03.13.

Conforme acusação e nota explicativa, o contribuinte deixou de proceder ao estorno de crédito proporcional à redução de base de cálculo utilizada por ocasião das saídas internas. Tal procedimento encontra-se insculpido no art. 85, I, do RICMS/PB, abaixo transcrito, aplicável na fruição deste benefício:

“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:

I - for objeto de saídas não sujeitas ao imposto, por isenção, não-incidência ou redução de base de cálculo, sendo esta circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito;

A recursante alega que os fiscais autuantes não demonstraram o contrário, que as operações seguiram o regime de crédito/ débito, e que os cálculos efetuados não contêm os documentos que o subsidiaram, não sendo possível averiguar, com certeza, se o valor exigido, corresponde de fato, ao valor total a ser estornado.

Alega ainda, que a acusação é improcedente, haja vista não ter se utilizado do benefício da redução da base de cálculo, *todavia não acosta provas que venham a sucumbir tal acusação, lançando mão dos documentos que lhe pertencem*, uma vez que os dados extraídos da escrituração fiscal, são, por conseguinte, documentos que se encontram na posse do contribuinte. Ou seja, todas as informações a eles relativas foram extraídas das prestadas ao fisco Estadual pelo contribuinte, localizadas em livros e arquivos eletrônicos, em sua guarda, cujos dados foram reproduzidos nas planilhas demonstrativas dos cálculos, acima indicadas.

Assim, extrai-se dos autos, que a fiscalização apurou e quantificou o débito fiscal a partir dos arquivos eletrônicos que registram a movimentação da autuada, incluindo cupons fiscais emitidos na venda de itens pertencentes ao Anexo 13 do RICMS/PB, *em operações com a redução da carga tributária prevista no inciso IX do art. 33 do mesmo RICMS/PB*, além das entradas dos mesmos produtos no estabelecimento autuado.

Em contestação, os autuantes informam a forma em que foi elaborado os cálculos dos valores do crédito fiscal a serem estornados, indicado no próprio demonstrativo, que é evidente e corresponde, para cada produto, a multiplicação da base de cálculo pela alíquota média (equivalente, pois, ao imposto), multiplicados, ainda, pelo número de unidades vendidas e pelo quociente 0,5882 (1 – 0,4118, sendo 0,4118 a redução da carga tributária que corresponde à 7/17)".

Assim sendo, diante da ausência de provas acostadas pela recorrente, que possam sucumbir o crédito tributário lançado, impossibilitando o confronto com a denúncia contida no libelo acusatório, impõe-se, tão-somente, reconhecer a regularidade da exigência, com base nas provas carreadas pela fiscalização, considerando devidamente constituído o crédito tributário decorrente do quantum que deixou de ser estornado pelo contribuinte, ratificando a cobrança em tela.

Acusação 14: Pagamento Extra- Caixa

Esta acusação retrata o descumprimento de obrigação principal, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS, caracterizada através do lançamento, nos livros próprios, de notas fiscais de entradas com valor total a menor, obrigação prevista no art. 158, I, 160, I, c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB.

A acusação tem por fundamento a presunção *juris tantum* (admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte) de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimimento a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).

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

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias”.

“Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias”.

Pois bem. A acusação se reporta a notas fiscais de aquisição que foram declaradas, entretanto, quando da realização da auditoria, verificou-se que os valores totais foram lançados a menor, no período de abril/2009 a dezembro/2010, conforme demonstrativos acostados às fls. 390-451, do libelo.

Tendo o contribuinte o direito de provar a improcedência da presunção, de que as correspondentes aquisições não se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, a autuada vem aos autos, com argumentos, sem provas materiais que possam ilidir a acusação em tela.

Perquire-se da análise realizada nas peças dos autos, documentação acostada pela fiscalização, que as notas fiscais elencadas nos demonstrativos acostados, na GIM do contribuinte, verificado no Sistema ATF desta Secretaria, tratam-se de operações de entrada, cujo lançamento a menor, caracteriza presunção legal de que houve pagamentos com recursos advindos de omissões de vendas pretéritas, o que cai por terra o argumento de defesa, de que o lançamento a menor não traria prejuízo ao Estado, em função de que na apuração também estaria com o crédito a menor.

Portanto, trata-se aqui de notas fiscais, cujo lançamento pelo contribuinte implica no reconhecimento explícito das operações por elas acobertadas, registradas com valor inferior ao que consta no respectivo documento fiscal.

No caso em tela, não importa a situação da tributação das mercadorias constantes das Notas Fiscais, pois a presunção é de que ocorreu o pagamento de despesas sem o devido registro na escrita fiscal/contábil, tal fato se verificou em decorrência de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, no valor correspondente à diferença a menor.

Ressalte-se, uma vez mais, que a acusação contida em auto de infração goza de presunção *juris*

tantum, que poderiam se desconstituir por prova em contrário. Desta forma mantenho a acusação.

Com a devida vênia, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisões recentes acerca desta matéria, no sentido de ser necessária a apresentação de provas materiais para respaldar a verdade material e a segurança jurídica dos julgados:

“RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ÔNUS DA PROVA DA INEXISTÊNCIA DO FATO ATRIBUÍDO AO CONTRIBUINTE. RECONHECIMENTO DE PARTE DA EXAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO. NÃO ELIDIDA A PRESUNÇÃO SOBRE O REMANESCENTE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

Confirmadas as aquisições de mercadorias com receitas oriundas de omissão de saídas pretéritas mediante a falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, porquanto ausente a contraprova nos autos, reputa-se legítima a exigência fiscal.

Acórdão 367/2012

Relatora: Maria das Graças D. O. Lima”

“RECURSO HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO. DESPROVIMENTO DO HIERÁRQUICO E PROVIMENTO PARCIAL DO VOLUNTÁRIO. PRELIMINARES REJEITADAS. CRÉDITO INDEVIDO. GÁS COMBUSTÍVEL CONSUMIDO NO PROCESSO FABRIL. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. PAGAMENTO EXTRA-CAIXA. TERMO DE INFRAÇÃO CONTINUADA. PASSIVO FICTÍCIO. SUPRIMENTO IRREGULAR DO CAIXA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES.

Admitida pela legislação em vigor o aproveitamentos dos créditos decorrentes da aquisição de gás combustível consumido no processo de industrialização.

A ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Excluída da exação as notas fiscais cujas mercadorias retornaram ao estabelecimento de origem.

A constatação de pagamentos efetuados com recursos extra caixa e de suprimento irregular na conta Caixa consistem em injeção de recursos respaldados em fatos econômicos fictícios ou de procedência duvidosa, presumivelmente obtidos através de vendas de mercadorias ou prestações tributadas realizadas à margem da contabilidade. (grifo nosso)

A manutenção no passivo de obrigações já pagas constitui o tipo passivo fictício, denunciador de pagamento com receitas de operações tributadas não registradas, determinando a lei o lançamento do imposto. Meras alegações não foram capazes de desconstituir a denúncia.

Acórdão 077/2013

Cons. Roberto Farias de Araújo.”

Nesse sentido, coaduno-me à decisão singular, quanto à conclusão de que, no caso dos autos, o crédito tributário em verdade é devido, estando em conformidade com a norma transcrita, com o enquadramento legal, e com as devidas especificações necessárias à configuração das infrações trazidas pela acusação.

Penalidade e Multa Confiscatória

Não se tendo mais o que analisar em relação ao ICMS, passa-se à análise da afirmação feita pela empresa, em sua defesa, quanto à multa.

Nas oportunidades em que compareceu aos autos, o autuado repisa o argumento da inconstitucionalidade das multas aplicadas, posto caracterizarem, na sua ótica, verdadeiro confisco, devendo, por esse fato, serem reduzidas a patamares condignos.

A recorrente alega que a multa é confiscatória e inconstitucional, 100 % e 50% aplicada ao caso. Violação ao art. 150, IV da Constituição Federal.

Em relação ao questionamento de que a multa encontra-se inadequada e de que seu percentual encontra-se excessivo, portanto em afronta ao princípio constitucional da Vedação ao Confisco, não vejo como prosperar tal pleito recursal pelos motivos a seguir expostos.

É cediço que a nossa Constituição Federal de 1988 trata do princípio de vedação ao confisco, dos tributos, 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; (grifo nosso)”

Neste norte, em que pese às multas figurarem, assim como os tributos, no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem conforme a definição de Tributo estabelecida no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66):

*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. (grifo nosso)*

Como se observa, a aplicação do postulado tributário do não confisco não deve ser estendida às multas, visto estas não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer qualquer prejuízo ao Estado. Portanto, não estão limitadas ao preceito constitucional anteriormente transcrito.

Assim, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório e sua gradação varia conforme a gravidade do ato infracional praticado, quanto mais grave for o ato, maior deverá ser a penalidade aplicada. Sendo inerente aos poderes de império e de polícia do Estado no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos. Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no **quantum** da multa proposta na peça vestibular.

Além disso, os agentes do Fisco atuaram nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Por fim, para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade. E, não cabe aos Tribunais Administrativos, adentrar nessa seara pretendida. Observe-se o que diz o art. 55 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, abaixo transcrito:

“Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.”

Portanto, impossível se torna acolher o pleito da recorrente, para excluir a penalidade aplicada, ao argumento de serem confiscatórias ou ultrapassarem os limites da razoabilidade.

Dessa forma, concluo por *manter os termos da decisão monocrática*.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para *manter a sentença exarada na instância monocrática* e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001489/2013-05, lavrado em 11 de setembro de 2013, contra a empresa CARREFOUR COMERCIO E INDÚSTRIA LTDA., acima qualificada, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 3.685.114,94 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e quatorze reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 1.851.554,41 (um milhão oitocentos e cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e um centavos), de ICMS, por infringência ao art. 72, §2º, II, c/c art. 106, II, “a”; art. 72, §1º, I; art. 72 e 73 c/c art. 77; art. 407; art. 77 e art. 82, X; art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro art. 646; art. 106; art. 54, c/c art. 101, art. 102 e art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” c/fulcro art. 106; art. 106; art. 85, I; art. 158, I, art. 160, I. c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, complementados pelas normas apontadas nas “Notas Explicativas” supracitadas, e R\$ 1.833.560,53 (um milhão, oitocentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta reais e cinquenta e três centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “h”, “f”, “a” e art. 82, II, “e”, todos da Lei nº 6.379/96.

Tribunal do Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de junho de 2018.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator