



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

PROCESSO Nº0250102017-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Recorrida:SBF COM. PROD. ESPORTIVOS LTDA.

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Autuante:SOSTHEMAR PEDROSA BEZERRA

Relatora:CONS.^a MAIRA CATAO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL - IRREGULARIDADES NO USO DO ECF – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A ausência de lançamento, ou o lançamento a menor, no Livro Registro de Saídas das reduções “Z”, relativas ao Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, configura falta de recolhimento de ICMS, salvo comprovação inequívoca por parte da impugnante, de que não efetivara a venda ou de que recolhera o ICMS concernente à operação.

O efetivo desfazimento de uma operação de circulação de mercadorias, vendas canceladas, rege-se por dispositivos próprios, que, quando observados em sua plenitude, comprovam sua efetivação, no caso em apreço o contribuinte não acostou aos autos provas concernente aos cancelamentos.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desproimento*, para manter inalterada, a decisão monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração nº 93300008.09.00000242/2017-97, fls. 3 -7, lavrado em 16 de fevereiro de 2017, em desfavor da empresa SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 1.498.708,94** (um milhão, quatrocentos e noventa e oito mil e setecentos e oito reais e noventa e quatro centavos),sendo **R\$ 999.139,21** (novecentos e noventa e nove mil, cento e trinta e nove reais e vinte e um centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 106, c/c arts. 365 e 366, e aos arts. 370, 373, I, 376 e 379, c/c art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB; e, **R\$ 499.569,73** (quatrocentos e noventa e nove mil, quinhentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), de multa por infração com fulcro no art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de outubro de 2018.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, GILVIA DANTAS MACEDO, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE) e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

Assessor(a) Jurídico(a)

#

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso voluntário*, interposto nos termos do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000242/2017-97, (fls. 03 a 07), lavrado em 16 de fevereiro de 2017, em desfavor da empresa, SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa: “O CONTRIBUINTE DEIXOU DE REGISTRAR NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS ALGUMAS REDUÇÕES Z, BEM COMO EFETUOU OU REGISTROU A MENOR OUTRAS DELAS, CONTRARIANDO OS ARTS. 365 E 366 DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. 18.930/97, EM PROCEDIMENTO QUE RESULTOU NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, CONFORME DEMONSTRATIVO ANEXO. DEIXAMOS DE REALIZAR A RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS, EM RAZÃO DO CONTRIBUINTE TER APURADO EXCLUSIVAMENTE SALDO DEVEDOR EM TODO PERÍODO EM QUE SE CONSTATOU A CITADA IRREGULARIDADE.”

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES

NO USO DO ECF >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa: “ O CONTRIBUINTE NÃO LOGROU ÊXITO EM COMPROVAR A EFETIVIDADE DO CANCELAMENTO DE VENDAS REALIZADAS POR MEIO DE ECF, AO NÃO APRESENTAR À FISCALIZAÇÃO OS RESPECTIVOS CUPONS FISCAIS (VIA FÍSICA QUE SERIA ENTREGUE AO CONSUMIDOR NUMA VENDA REALIZADA), CONFIGURANDO INOBSERVÂNCIA AOS ARTIGOS 370 E 373, I, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. 18.930/97 E SUSCITANDO, POR CONSEQUENTE, A COBRANÇA DO ICMS DECORRENTE DE TAIS OPERAÇÕES APÓS RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS (RECONSTITUIÇÃO RESTRITA AO EXERCÍCIO DE 2015, TENDO EM VISTA QUE NO PERÍODO FISCALIZADO APENAS O MÊS 06/2015 REGISTROU SALDO CREDOR DE ICMS).”

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 1.498.708,94 (um milhão, quatrocentos e noventa e oito mil e setecentos e oito reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 16.129,13 (dezesesseis mil, cento e vinte e nove reais e treze centavos) de ICMS, por infringência ao artigo art. 106, c/c arts. 365 e 366, todos do RICMS/PB; R\$ 8.064,58 (oito mil e sessenta e quatro reais e cinquenta e oito centavos) de multa por infração com fulcro no art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96; R\$ 983.010,08 (novecentos e oitenta e três mil e dez reais e oito centavos) por infringência aos arts. 370, 373, I, 376 e 379, c/c art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB; e R\$ 491.505,15 (quatrocentos e noventa e um mil e quinhentos e cinco reais e quinze centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.369/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 8-19, do libelo.

Depois de cientificada, pessoalmente, (fl. 7), em 22 de fevereiro de 2017, nos termos do artigo 46 da Lei nº 10.094/13, a autuada, por intermédio de sua representante legal, apresentou impugnação, tempestiva, contra os lançamentos dos créditos tributários, consignados no Auto de Infração em análise (fls. 21-111), protocolada em 24 de março de 2017, pugnando pela improcedência do feito fiscal.

Sem informação da existência de antecedentes fiscais, fl. 112, foram os autos declarados conclusos, fl. 113, e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela *procedência* da exigência fiscal, *sem recurso de ofício*, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM DECORRÊNCIA DO NÃO REGISTRO DAS REDUÇÕES “Z” NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. DENÚNCIA CONFIGURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DA NÃO COMPROVAÇÃO DO CANCELAMENTO DAS VENDAS EFETUADAS POR MEIO DE ECF. DENÚNCIA CARACTERIZADA.

A ausência de lançamento, ou o lançamento a menor, no Livro Registro de Saídas das reduções “Z”, relativas ao Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, configura falta de recolhimento de ICMS, salvo comprovação inequívoca por parte da impugnante, de que não efetivara a venda ou de que recolhera o ICMS concernente a operação.

O efetivo cancelamento de cupons fiscais rege-se por procedimentos específicos, plasmados nos arts. 370 e 373, inciso I, do RICMS/PB.

O acervo probatório carreado aos autos pelo Fazendário, filiado aos material acostado pela reclamante constituem elementos suficientes para que seja exarada a decisão.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada, em 19 de setembro de 2017, notificação acostada à fl. 136, por via Aviso de Recebimento, da decisão proferida pela instância prima e inconformada com os termos da sentença, a autuada, por intermédio de sua representante legal, fls.182-185, 250 e 251, interpôs, em 19 de outubro de 2017, *recurso voluntário*, tempestivo, ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, advogando pela *improcedência* do feito fiscal.

Em *preliminar* alega cerceamento de defesa pela imprecisa pela falta de encerramento do procedimento de fiscalização; imprecisa descrição da infração e falta de documento a especificar a suposta conduta em desacordo com RICMS/PB.

Alega ainda nulidade do auto de infração por vícios na fundamentação.

Nas razões meritórias, alega a impossibilidade do lançamento em meras presunções, suscitando necessidade da busca pela verdade material. A não incidência do ICMS visto o cancelamento das operações vendas.

Por fim, questiona o caráter confiscatório da multa aplicada, sendo necessária observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e requer que todas as publicações seja feitas em nome do advogado Bruno de Abreu Faria – OAB/RJ Nº 123.070 e OAB/SP Nº326.882.

Acostados aos autos, fls. 188-251, documentos referentes a constituição de novos patronos, informando a revogação de poderes conferidos as anteriores, cujos documentos foram acostados anteriormente.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o breve relato.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre as denúncias de: **a) Falta de Recolhimento do ICMS e b) Falta de Recolhimento do Imposto Estadual em Virtude de Irregularidades no Uso do ECF**, formalizadas

em desfavor da empresa, SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA, já previamente qualificada nos autos.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

De plano, percebe-se que os créditos tributários, insculpidos no auto de infração, estão substancialmente demonstrados, assim como está identificada a pessoa do infrator, a descrição da conduta denunciada, da capitulação legal dos dispositivos acusados e da penalidade aplicada.

No que diz respeito à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28/9/13, arts. 14 - 17 elencam as situações em que o ato administrativo poderá ser anulado, assim vejamos o texto legal, abaixo:

“Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

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

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

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

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.”

Nesse norte, percebe-se que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não se verificando, quaisquer incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, da autuação, conforme se extrai dos artigos, transcritos acima, tanto do Código Tributário Nacional (CTN) como da Lei nº 10.094/2013.

Ato contínuo, necessário se faz examinar os questionamentos dispostos no recurso voluntário, *em preliminar*, acerca de posicionamento explícito para reforma da decisão, senão vejamos:

Preliminares de Nulidade.

Cerceamento de defesa pela falta de encerramento do procedimento de fiscalização; imprecisa descrição da infração, falta de documentos a especificar a suposta conduta em desacordo com RICMS/PB; e nulidade do auto de infração por vícios na fundamentação.

Inicialmente a autuada suscita caso de cerceamento de defesa pela falta de encerramento do procedimento de fiscalização, pois *sequer foi lavrado termo de encerramento, referente à ordem de serviço 4900/2016-99*, iniciada para verificação dos dados fornecidos pela recorrente de modo a

comprovar o adimplemento de todas as obrigações tributárias que lhe são impostas no Estado da Paraíba.

Afirma que:

“se determinados cupons referentes às vendas canceladas não foram apresentadas no prazo, cumpre a autoridade fiscal proceder à análise dos fatos e circunstâncias que lhe estão disponíveis, notadamente no que concerne a informações contidas no próprio sistema desta secretaria de fazenda.”.

Prossegue:

“A presente autuação é oriunda de irregularidade ocorrida no procedimento de fiscalização tributária consistente no não envio de informações e documentos contábeis pelo contribuinte, na medida em que o envio de requerimento de informações para endereço equivocado impediu o contribuinte de apresentar informações e documentos relativos ao fato gerador do ICMS.”

*“Nesse caso, a autoridade administrativa, sem concluir o procedimento fiscalizatório, antecipou-se e lavrou o Auto de Infração ora impugnado, apesar de não reunir os **elementos necessários à certeza** que deve nortear o lançamento de ofício.”*

Afirma, ainda, que a *nulidade* não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa, assegurado constitucionalmente aos contribuintes.

Ocorre que, como já mencionado acima, um ato administrativo só poderá ser anulado quando *ilegal ou ilegítimo*, conforme aduz do artigo 41 da Lei nº 10.094/13^[4], de 27 de setembro de 2013.

Perscrutando o auto de infração e os documentos probatórios anexos, pode-se constatar que não existe qualquer desrespeito, a descrição do fato gerador, consubstanciada com planilhas detalhando as mercadorias, cujos cupons foram acusados de terem sido cancelados, assim como as reduções “z”, que não foram lançadas no livro de Registro de Saída, as notas explicativas, que integram a própria peça de acusação e os demonstrativos relacionados à acusação – 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 se vislumbra, todas as infrações são apontadas no Auto de Infração por totalizadores

mensais, a base de cálculo e as respectivas alíquotas, nº do ECF, tipo de Cancelamento, descrição das mercadorias, código, valor de ICMS, todos se encontram registrados nos demonstrativos próprios tornando descabida a arguição por iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Além disso, foi anexado um CD, mídia digital, fl. 10, contendo todos os documentos e os dados obtidos através dos arquivos da empresa autuada, conforme Termo de Início de Fiscalização, fl.8, com ciência pessoal, em 16/9/2016, concedendo um prazo de 72 horas, para apresentação dos arquivos eletrônicos, os quais evidenciam com bastante clareza a formação dos valores que ensejaram o montante do tributo devido, sucumbindo por completo a afirmação da empresa de que *se determinados cupons referentes às vendas canceladas não foram apresentadas no prazo, cumpre a autoridade fiscal proceder à análise dos fatos e circunstâncias que lhe estão disponíveis, notadamente no que concerne a informações contidas no próprio sistema desta secretaria de fazenda.*

Quanto à arguição de que a autuação é oriunda de irregularidade ocorrida no procedimento de fiscalização tributária consistente no *não envio de informações e documentos contábeis pelo contribuinte, na medida em que o envio de requerimento de informações para endereço equivocado impediu o contribuinte de apresentar informações e documentos relativos ao fato gerador do ICMS*, não corroboro com esta afirmação, **reitero**, nos autos consta o Termo de Início de Fiscalização, fl.8, emitido em 12/9/2016, com ciência pessoal da recorrente em 16/9/2016, constando especificações dos arquivos eletrônicos solicitados ao contribuinte pelo auditor fiscal, posteriormente a autuada apresentou reclamação, tempestiva, em 24/3/2017, e no momento em que foi cientificada do julgamento da primeira instância, fl. 137, em 19/9/2017, a autuada não deixou de se manifestar.

Quanto à arguição da falta de ter sido acostado o Termo de Encerramento de Fiscalização, novamente, não coaduno com este entendimento, pois além de ter sido concedido ao contribuinte prazo para que fossem apresentados os documentos elencados no Termo de Início de Fiscalização, o libelo acusatório somente fora lavrado em 16/2/2017 (cinco meses após a ciência do contribuinte do Termo de Início de Fiscalização), e, além disso, o referido documento poderia ter ser incluído em momento posterior, nos termos do art. 15 da Lei nº 10.094/13, que autoriza o saneamento das omissões que não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado.

Prosseguindo, alega que a *nulidade* do feito não decorre, propriamente, do descumprimento do requisito formal, mas dos seus *efeitos comprometedores do direito de defesa*, assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Ora, em relação a esses argumentos, entendemos que tais razões, com todo respeito que se deve render à recorrente, não merecem prosperar, pois ao realizar os dados, a fiscalização tomou em consideração os dados dos arquivos magnéticos do próprio contribuinte.

Em sendo essa a base do levantamento fiscal, não se diga que seu resultado se apresenta

inquinado de nulidade, afinal, o fato de as informações, que lhe dão suporte, terem sido extraídas da escrituração do contribuinte, é suficiente para lhe conferir o atributo da legitimidade, somente elidível por prova inequívoca a cargo da autuada, entendimento este, também expresso pela instância prima.

Já que estão claros os fatos motivadores das cobranças ora combatidos, os quais foram perfeitamente compreendidos pela impugnante, *não houve, portanto, qualquer prejuízo à defesa nesse sentido*. Acrescente-se ao fato que a defesa, no âmbito do processo administrativo tributário, teve todas as oportunidades de produzir as provas que entendessem necessárias, seja quando da *impugnação ou em recurso voluntário*, a fim de comprovar suas alegações.

Nesse diapasão, *entendo que não houve cerceamento de defesa*. Sendo assim, ante as considerações tecidas acima, afasto a arguição de nulidade suscitada pela recorrente.

A recorrente alega nulidade do auto de infração por vícios de fundamentação, pois na medida em que sequer especifica a conduta ilícita, cuja autoria lhe é imputada. Complementa informando, que a autoridade fiscal imputa a recorrente o suposto uso irregular de ECF, tão somente pelo fato de te deixado de apresentar os cupons referentes às vendas canceladas,

Isto não procede. Examinando os autos, observa-se que consta do mesmo a descrição das infrações, os artigos referentes às infrações cometidas, as penalidades propostas com seus dispositivos legais, e o responsável pelo feito fiscal se encarregou de esclarecer no próprio auto de infração, em *Notas Explicativas*, justificando os motivos da autuação, os quais fazem parte deste contencioso administrativo tributário, de modo a completar a necessária instrução da exordial acusatória, ora em apreciação.

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, *não sendo possível acatar tais preliminares analisadas*.

Assim, *reiteramos*, 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 quando da análise do mérito, e ainda, se oportunizou à reclamante todos os momentos para que se defendesse, em *reclamação e recurso voluntário*, reiterando-se a *ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo*, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, *não ensejando nulidade*.

Prosseguindo, verifico o atendimento ao aspecto temporal de interposição do recurso voluntário, razão pela qual atesto a sua regularidade formal no que tange ao pressuposto extrínseco da tempestividade e passo à análise do mérito da demanda.

Razões Meritórias

Falta de Recolhimento do ICMS

A suposta irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de *registrar no livro registro de saídas algumas reduções z, bem como efetuou ou registrou a menor outras delas, contrariando os arts. 365 e 366 do RICMS/PB, em procedimento que resultou na falta de recolhimento do ICMS, conforme demonstrativos acostados.*

Informa que deixou de realizar a reconstituição da conta corrente do ICMS, em razão do contribuinte ter apurado, exclusivamente, saldo devedor em todo período em que se constatou a citada irregularidade.

Esta conduta omissiva resultou como infringidos o artigo 106, c/c arts. 365 e 366, todos do RICMS/PB, que assim dispõem:

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

I - antecipadamente:

(...)

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita realizadas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 7º deste artigo (Decreto nº 35.604/14);

(...)

i) nas entradas, no território deste Estado, de ficha, cartão ou assemelhados para uso em serviços de telefonia em terminal de uso público provenientes de outras unidades da Federação, observado o disposto no § 7º deste artigo (Decreto nº 35.604/14);

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de (Decreto nº 30.177/09):

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

(...)

e) estabelecimentos em regime de pagamento normal que estejam obrigados a emitir nota fiscal, na aquisição de mercadorias a contribuintes não inscritos no CCICMS, ou que não tenham organização administrativa e comercial que justifique a emissão de documento fiscal;

(...)

VIII – nos demais casos, no momento em que surgir a obrigação tributária.

(...)

§ 2º O recolhimento previsto na alínea “g”, do inciso I, será o resultante da aplicação da alíquota vigente para as operações internas sobre o valor total da nota fiscal ou valor de pauta fiscal, inclusive IPI, quando for o caso, seguro, transporte e outras despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, deduzindo-se o imposto relativo à operação própria, assegurada a utilização do crédito fiscal:

(...)

Art. 365. Com base no cupom previsto no art. 362, as operações e/ou prestações serão registradas, diariamente, em documento, conforme Anexo 89, contendo as seguintes indicações:(g.n.)

I - denominação "Mapa Resumo ECF";

II - numeração, em ordem seqüencial, de 000.001 a 999.999, reiniciada quando atingido este limite;

III - nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento;

IV - data (dia, mês e ano);

V - Número de Ordem seqüencial do ECF;

VI - número constante no Contador de Reduções, quando for o caso; VII - número do Contador de Ordem de Operação da última operação do dia;

VIII - série, subsérie e número de ordem específico final dos documentos pré-impressos 305 emitidos no dia, quando for o caso;

IX - coluna "Movimento do Dia" ou "Venda Bruta Diária": diferença entre os valores acumulados, no final do dia e no final do dia anterior, no Totalizador Geral referido no inciso IV do art. 345;

X - coluna "Cancelamento/Desconto", quando for o caso: importâncias acumuladas nos totalizadores parciais de cancelamento e desconto;

XI - coluna "Valor Contábil": valor apontado na coluna "Movimento do Dia" ou a diferença entre os valores indicados nas colunas "Movimento do Dia" e "Cancelamento/Desconto";

XII - coluna "Substituição Tributária": importância acumulada no totalizador parcial de substituição tributária;

XIII - coluna "Isenta ou Não-Tributada": soma das importâncias acumuladas nos totalizadores parciais de isentas e não tributadas;

XIV - coluna "Base de Cálculo": valores sobre os quais incide o ICMS, segundo as alíquotas aplicáveis às operações e/ou prestações discriminadas por situação tributária;

XV - coluna "Alíquota": alíquota do ICMS aplicada à base de cálculo indicada conforme inciso anterior;

XVI – coluna "Imposto Debitado": montante do correspondente imposto debitado;

XVII - coluna "Outros Recebimentos";

XVIII – linha "Totais": soma de cada uma das colunas prevista nos incisos IX a XVII.

§ 1º O "Mapa Resumo ECF" poderá ser dispensado para estabelecimentos que possuam até 3 (três) ECF's e não utilizem os procedimentos previstos nos arts. 369, 370 e 371. § 2º Relativamente ao "Mapa Resumo ECF", será permitido:

I - supressão das colunas não utilizáveis pelo estabelecimento;

II - acréscimo de indicações de interesse do usuário, desde que não prejudiquem a clareza dos documentos;

III - dimensionamento das colunas de acordo com as necessidades do estabelecimento;

IV - indicação de eventuais observações em seguida ao registro a que se referirem ou ao final do período diário, com as remissões adequadas.

§ 3º Os registros das indicações previstas nos incisos IX a XVII, serão efetivados em tantas linhas quantas forem as situações tributárias das operações correspondentes.

§ 4º A identificação dos lançamentos de que trata o inciso X, pode ser feita por meio de códigos, indicando-se no próprio documento a respectiva decodificação.

§ 5º O "Mapa Resumo ECF" deve ser conservado, em ordem cronológica, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado da data de sua emissão, juntamente com os respectivos cupons previstos no art. 362.

§ 6º Na hipótese da ocorrência do disposto no § 4º do art. 350, deverá o usuário lançar os valores apurados através da soma da fita detalhe no campo "Observações" do Mapa Resumo de Caixa ou do livro Registro de Saídas, acrescentando aos mesmos os valores das respectivas situações tributárias do dia.

§ 7º Deverá ser anexo ao Mapa Resumo de ECF, ao final de cada mês, a leitura da memória fiscal referente àquele período.

(...)

Art. 366. Os totais apurados na forma do inciso XVIII, do artigo anterior, devem ser escriturados nas colunas próprias do Registro de Saídas, observando-se, quanto à coluna sob o título "Documento Fiscal", o seguinte: (g. n.)

I - como espécie: a sigla "CF";

II - como série e subsérie: a sigla "ECF";

III - como números inicial e final do documento fiscal: o número do "Mapa Resumo ECF" emitido no dia;

IV - como data: aquela indicada no respectivo "Mapa Resumo ECF".

Da leitura dos dispositivos supra, é clara a informação que **devem** ser lançadas no Livro Registro de Saídas, de modo exato, todas as reduções "z" dos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais, pois o Livro de Saída é a base para que seja constituído o débito do ICMS, conforme observado pela instância prima, o art. 12, inciso I, da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS/PB) preceitua que *se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*

Desse modo, ao omitir informações das reduções "z" no livro Registro de Saídas, como consequência direta, também, não será recolhido o imposto ICMS, relativamente a essa operação, salvo comprovação, por parte do contribuinte, de que tenha pago a parcela do ICMS devido na referida operação.

Assim sendo, para aqueles que incorrerem nas condutas descritas nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, II, "e", estabelece a seguinte penalidade:

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

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

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

Quanto ao mérito a recorrente alega a impossibilidade do lançamento pautado em meras presunções, na busca pela verdade material, afirmando que: *"No caso concreto,..., verifica-se que a*

fiscalização utilizou-se de meras presunções para efetuar os lançamentos, pois exige o recolhimento do ICMS supondo a falta de pagamento, quando , na verdade, todas as razões apontam para o inverso, eis que a recorrente efetuou o cancelamento das vendas o que de plano, torno o auto de infração nulo.”.

E ressalva, a necessidade de respeito ao princípio da verdade material, assim entendido como o princípio da “verdade real”.

Quanto a este tópico, para que se possa aplicar o direito de forma justa, não deve o julgador abster-se de observar os diversos princípios informadores do processo judicial (e também administrativo), dentre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Nas palavras de Leandro Paulsen^[2], “o processo administrativo é regido pelo princípio da verdade material, segundo o qual a autoridade julgadora deverá buscar a realidade dos fatos, conforme ocorrida, e para tal, ao formar sua livre convicção na apreciação dos fatos, poderá julgar conveniente a realização de diligência que considere necessárias à complementação da prova ou ao esclarecimento de dúvida relativa aos fatos trazidos no processo.”

Destarte, para afastar quaisquer dúvidas acerca desta acusação, inclusive, com verificações realizadas pela decisão prima, trago ao voto os seguintes enxertos extraídos do arquivo eletrônico “CE 186 2012 – Situação de cada equipamento”, trazido aos autos pela recorrente, fl. 53, em CD, como exemplos:

1.Situação do equipamento IP031000000000006247, fl. 18 do libelo.

O valor de venda líquida R\$ 21.990,60 nesse dia está de acordo com o do fisco provavelmente por algum erro foi descontado o valor de 49,90. Faltou subir algum item no TXT conforme

abaixo.

No TXT subiu para capa o valor correto 21990,60 porém nos itens faltou 49,90(provavelmente algum item não subiu).

Não tem na automação, nem nos livros, nem no sati(não foi declarado no SPED)

2.Situação do equipamento IP031000000000006205, fl. 18 do libelo.

O valor na automação está diferente

O valor de venda líquida R\$ 21.553,70 nesse dia está de acordo com o do fisco, na automação e no SATI está errado consequentemente não declarado no SPED.

Nesta senda, conforme consta dos enxertos acima é indubitosa a falta de registro das reduções “z” no Livro Registro de Saídas, o que confirma esta delação, detalhada em planilhas acostadas às folhas 18 e 19 do libelo.

Falta de Recolhimento do Imposto Estadual em Virtude de Irregularidades no Uso do ECF .

Nesta delação, conforme descrito em nota explicativa o contribuinte não logrou êxito em comprovar a efetividade do *cancelamento de vendas* realizadas por meio de ECF, ao não apresentar à fiscalização os respectivos cupons fiscais (via física que seria entregue ao consumidor numa venda realizada), configurando inobservância aos artigos 370 e 373, I, do RICMS/PB, suscitando, por conseguinte, a cobrança do ICMS decorrente de tais operações, após reconstituição da conta corrente do ICMS (reconstituição restrita ao exercício de 2015, tendo em vista que no período fiscalizado apenas o mês 6/2015 registrou saldo credor de ICMS).

Neste item são afrontados os arts. 376 e 379, c/c art. 106, II, “a”, e em nota explicativa acrescentou os arts. 370 e 373, I, todos do RICMS/PB, abaixo transcritos:

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

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de (Decreto nº 30.177/09):

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

(...)

Art. 376. O contribuinte que mantiver ECF em desacordo com as disposições deste Capítulo pode ter fixada, mediante arbitramento, a base de cálculo do imposto devido.

(...)

Art. 379. São considerados tributados valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas deste Capítulo.

*Art. 370. O ECF pode emitir **Cupom Fiscal Cancelamento**, desde que o faça imediatamente após a emissão do cupom a ser cancelado.*

*§ 1º O **Cupom Fiscal Cancelamento** deverá conter as assinaturas do operador do equipamento e do supervisor do estabelecimento.*

*§ 2º A prerrogativa prevista neste artigo obriga a escrituração do **"Mapa Resumo ECF"** previsto no art. 365, ao qual deverão ser anexados os cupons relativos à operação.*

§ 3º O Cupom Fiscal totalizado em zero, é considerado cupom cancelado e, como tal, deverá incrementar o Contador de Cupons Fiscais Cancelados.

§ 4º Nos casos de cancelamento de item ou cancelamento do total da operação, os valores acumulados nos totalizadores parciais de cancelamento serão sempre brutos. (g. n.)

(...)

Art. 373. Em relação aos documentos fiscais emitidos pelo sistema previsto neste Capítulo, poderá ser permitido:

I - o cancelamento, imediatamente após a emissão, hipótese em que deverá conter, ainda que no verso, as assinaturas do operador do ECF e do responsável pelo estabelecimento, desde que:

a) emita, se for o caso, novo Cupom Fiscal relativo às mercadorias efetivamente comercializadas;

b) emita, diariamente, exceto no caso de emissão do Cupom Fiscal Cancelamento previsto no art. 370, nota fiscal (entrada) globalizando todas as anulações do dia, que deverá conter anexados os Cupons Fiscais respectivos; (g. n.)

Assim sendo, conforme os enunciados normativos transcritos acima, as regras a serem adotadas com os cupons cancelados, bem como os procedimentos a serem adotados quando do cancelamento de um cupom fiscal regem-se por dispositivos próprios, que, quando observados corroboram a veracidade das informações prestadas à SER/PB.

Em não tendo sido adotado os referidos procedimentos, conforme consta da nota explicativa, resta prejudicado o documento comprobatório do efetivo cancelamento por parte da recorrente, caracterizando operações de circulação de mercadorias sem o recolhimento do ICMS.

Neste tópico a recorrente advoga a não incidência do ICMS, pois como é sabido, o ICMS recai sobre os negócios jurídicos a título oneroso, por meio dos quais se transfere o domínio de bens imóveis destinados à mercância, sendo neste sentido, tecnicamente, a circulação de mercadorias operações.

Continua relatando que desta forma, resta flagrante que as vendas canceladas não configuram o núcleo do fato gerador do tributo, que apenas se aperfeiçoa com a circulação econômica de mercadorias e, do ponto de vista jurídico, com a transferência onerosa de domínio dos bens

disponibilizados pela venda.

Por fim relata que a autoridade fiscal, ao imputar débito, sob a alegação de que deixou de recolher ICMS nas operações relativas a vendas canceladas, incorre em absoluta desvalia jurídica, na medida em que, nesse caso, não há a circulação de mercadoria, impossibilitando, pois a cobrança do aludido imposto.

Conforme se extrai das informações da recorrente, a autuada em momento algum apresenta em seu recurso os cupons fiscais (físicos) cancelados, ***nos termos dos arts. 370 e 373, I, do RICMS-PB***, e segundo observado pela instância singular, o autor do feito, em nota explicativa, assim se relata: “o contribuinte não logrou êxito em comprovar a efetividade do cancelamento de vendas realizadas por meio de ECF, ao não apresentar à fiscalização os respectivos cupons fiscais...”

Ao final, para aqueles que incorrerem nas condutas descritas nos artigos elencados na exordial, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, II, “e”, estabelece a seguinte penalidade:

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

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

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

Penalidade

Em relação à tese de confisco manejada no recurso em foco, creio que esta não possui força para prosperar.

Com esse escopo, verifico que os fazendários propuseram a multa por infração com base em dispositivos da Lei nº 10.008/2013, em relação as quais a tese de confisco mediante a qual a recorrente pretende o afastamento ou a redução não possui força para prosperar, visto que o agente administrativo, categoria onde se insere este órgão de julgamento, está adstrito ao princípio da legalidade administrativa. Portanto, somente pode agir nos limites da lei.

As penalidades aplicáveis às infrações denunciadas no auto de infração em tela têm na lei o seu fundamento e, portanto o atributo da legitimidade da sua aplicação ao infrator, uma vez configurada

a conduta típica e antijurídica nela prevista, como ocorre nos caso vertente.

Afinal, por absoluta falta de competência legal aos órgãos julgadores administrativos é defeso deixar de aplicar uma determinação legal ao fundamento da inconstitucionalidade desta (Aplicação do art. 55, I e II da Lei nº 10.094/2013).

Portanto, em função das considerações ora expostas, resta-me, apenas, *manter a sentença proferida na instância prima de julgamento*, cujo crédito tributário deve apresentar a seguinte configuração:

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada, a decisão monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração nº 93300008.09.00000242/2017-97, fls. 3 -7, lavrado em 16 de fevereiro de 2017, em desfavor da empresa SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 1.498.708,94** (um milhão, quatrocentos e noventa e oito mil e setecentos e oito reais e noventa e quatro centavos), sendo R\$ 999.139,21 (novecentos e noventa e nove mil, cento e trinta e nove reais e vinte e um centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 106, c/c arts. 365 e 366, e aos arts. 370, 373, I, 376 e 379, c/c art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB; e, R\$ 499.569,73 (quatrocentos e noventa e nove mil, quinhentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), de multa por infração com fulcro no art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Com relação ao pedido para intimar os advogados citados, sob pena de nulidade, faço observar que há a impossibilidade de se tomar tal providência pelos órgãos julgadores, dada a ausência de previsão legal para tanto.

Tribunal Pleno, Sala das
Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de outubro de 2018

Simões

Maíra Catão da Cunha C.

Conselheira Relatora