



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 016.994.2013-0

º 327/2015

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

2ª Recorrente: J S TECIDOS LTDA.

1ª Recorrida: J S TECIDOS LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA

Autuante: SILAS RIBEIRO TORRES E MAXWELL S. UMBUZEIRO

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

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS. VENDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. CONFIRMAÇÃO PARCIAL. PENALIDADE. REDUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O Levantamento Quantitativo Por Espécie é uma técnica absolutamente legítima de que se vale a Fiscalização na aferição da regularidade fiscal do contribuinte, a qual consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, em determinado período, cujo resultado somente cede lugar a alterações diante da existência de equívocos na alocação dos itens selecionados, tanto na espécie como na quantidade, bem como nos seus valores, levados a efeito no quantitativo. No caso, o reexame fiscal efetuado mediante o deferimento de diligência solicitada pelo sujeito passivo, no fito de corrigir equívocos alegados na peça recursal, promoveu redução no valor do ICMS originalmente lançado.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro e **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, para alterar, quanto os valores, a decisão da instância julgadora prima que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº

933300008.09.0000214/2013-46 (fl.), lavrado em 28 de fevereiro de 2013, contra a empresa **J S TECIDOS LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.131.534-8, devidamente qualificada nos autos, tornando exigível o crédito tributário no montante de **R\$ 463.439,98** (quatrocentos e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e nove reais e noventa e oito centavos), sendo **R\$ 231.719,99** (duzentos e trinta e um mil, setecentos e dezenove reais e noventa e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c 160, I e 150 c/c o artigo 646, todos do RICMS aprovado pelo Dec. n.º 18.930/97, e **R\$ 231.719,99** (duzentos e trinta e um mil, setecentos e dezenove reais e noventa e nove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei n.º 6.379/96, com redação alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Em tempo, cancelo, por indevida, a importância de R\$ 995.725,97, sendo R\$ 254.668,66 de ICMS e R\$ 741.057,31 de multa por infração.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 05 de fevereiro de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES e GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO.

Assessora Jurídica

Relatório

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os Recursos **HIERÁRQUICO** e **VOLUNTÁRIO** interpostos contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000214/2013-46 (fl. 5), lavrado em 28 de fevereiro de 2013, onde a autuada, J S TECIDOS LTDA., é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

- AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS C/ RECEITAS OMITIDAS – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte adquiriu mercadorias c/ recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis s/o pagamento do imposto.

- VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem a emissão de documentação fiscal, culminando na falta de recolhimento do imposto.

De acordo com a referida peça acusatória, as irregularidades teriam acontecido durante o exercício de 2010.

Por considerar infringidos os arts. 158, I e 160, I c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, os autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 486.388,65, ao mesmo tempo em que sugeriram a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 972.777,30, nos termos do art. 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 7 a 193: Ordem de Serviço Normal, demonstrativos (Quadro Resumo de Apuração do ICMS/Exercícios 2009/2010/2011), Levantamento da Conta Mercadorias/Exercícios de 2009/2010/2011, Levantamento Financeiro/Exercícios 2009/2010/2011, Levantamento Quantitativo de Estoque/Aquisição de Mercadorias C/ Recursos de Origem Não Comprovada/exercício 2010, Levantamento Quantitativo de Estoques/Venda de Mercadoria S/ Emissão de Documento Fiscal/Exercício 2010, Termo de Encerramento de Fiscalização).

A autuada foi regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, conforme atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor, em 4/7/2013.

A numeração das folhas após a de numero 193 passa ao número 474, na qual consta uma etiqueta de protocolo de Recurso de Agravo, datada de 22/4/2013, e às fls. 475 a 501, consta peça de referido recurso interposto a este Conselho de Recursos Fiscais, na qual a agravante pugna pelo recebimento e análise da “reclamação interposta, consolidando-a como tempestiva” e pugna, ainda, pela “revisão do lançamento” (sic.).

Na fl. 502 consta despacho administrativo de remessa dos autos a este Colegiado, seguido de cópia do Acórdão CRF/PB nº 310/2013 (fls. 503 a 512), que decidiu pelo desprovemento do agravo, mantendo, pois, a decisão que determinou o arquivamento da peça reclamatória.

Cientificada do mencionado acórdão, conforme revelam dos documentos de fls. 513 e 514, foi lavrado, na sequência, o Termo de Desentranhamento, assinado pelo representante do NCCDI/RRJP, em 28/11/2013, e, em 29/11/2013, o Termo de Revelia.

Com informação de existência de antecedentes fiscais, sem caracterização de reincidência, os autos foram conclusos e remetidos à GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora singular, Gilvia Dantas Macedo, que decidiu pela Parcial Procedência do auto infracional, ao promover de ofício a redução da penalidade sugerida, ao amparo do princípio da retroatividade da lei mais benigna(art. 106, II, “c” do CTN), face ao advento de lei posterior que culmina penalidade menos severa que a vigente ao tempo da prática dos ilícitos denunciados, de modo que o crédito tributário passou a se constituir do total de R\$ 972.777,30, distribuído entre ICMS e multa infracional em iguais valores.

Notificada da decisão “a quo”, conforme atestam os documentos de fls. 525 e 526, a autuada interpõe recurso voluntário a este Colegiado, mediante a peça de fls. 529 a 551, onde inicialmente

historia fatos que teria sido alvo de outros procedimentos de fiscalização com idêntica metodologia e negligência da contabilidade da empresa, de forma tal que teria sido gerado o Auto de Infração nº 93300008.09.00000920/2013-98, datado de 21/6/2013, que seria uma cópia fiel do Auto de Infração nº 93300008.09.00000216-2013-00, este já julgado e cancelado pela GEJUP após reclamação que questionava a existência de “*bis in idem*”.

Quanto ao libelo basilar em exame, adita que entregou à Fiscalização todos os arquivos digitais de que dispunha, além das notas fiscais de entradas e de saídas, cupons fiscais e, no entanto, no levantamento quantitativo não constaria nenhuma saída registrada por meio de cupons fiscais nem teria sido convocado um representante da empresa para acompanhar os trabalhos fiscais, o que por si só, a seu ver, invalidaria o procedimento, que não teria considerado os arquivos eletrônicos com as informações descritivas dos produtos e de sua movimentação com as reais quantidades.

Na questão de direito, afirma que o levantamento fiscal comprometeu a liquidez e certeza do crédito tributário apurado. Nesse sentido, repisa o argumento de que o procedimento da fiscalização não analisou as notas fiscais de entradas e de saídas, assim como os cupons fiscais emitidos pela empresa cujas vendas em sua quase totalidade eram feitas para consumidores finais.

Afirma que a Fiscalização não fora diligente para extrair dos arquivos enviados eletronicamente as informações necessárias quando às saídas registradas em ECF, e que a impressora matricial anteriormente utilizada não registrava em sua memória fiscal a descrição de cada item vendido conforme saía no cupom fiscal, o que obrigava a manter no estabelecimento, por cinco anos, as bobinas com as descrições necessárias ao Fisco.

Com esses argumentos, defende a necessidade da realização de uma perícia ou diligência fiscal para que seja analisado o estoque físico e toda a documentação fiscal de entrada e de saídas, inclusive as documentadas mediante cupons fiscais, e, ainda as informações constantes em arquivos magnéticos.

Noutro seguimento, alega que, apesar do ajuste na penalidade, efetuado de ofício na decisão singular, a multa infracional permanece com efeitos confiscatórios devendo, por esse fato, ser anulada com o provimento do recurso.

Ao final, pede a improcedência total do auto infracional ou, caso se considere pertinente, que seja determinada uma diligência ou perícia na documentação da empresa, a fim de apurar a verdade que alega na peça recursal.

Acosta documentos, às fls. 558 a 909: demonstrativo de um Levantamento Quantitativo, do exercício de 2010, de sua autoria, comprovante recibo SPED 2010, Levantamento Quantitativo/2010,

realizado pela Fiscalização, Balancetes de Verificação (anos 2010 e de todo o grupo), cópia de auto infracional (Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000920/2013-98).

Remetidos os autos processuais a esta Casa, estes me foram distribuídos para apreciação e decisão, oportunidade em que, após breve exame das considerações tecidas, fi-los retornar em diligência, mediante o despacho de fls. 911 e 912, requisitando o pronunciamento dos autuantes acerca da documentação apresentada pela recorrente, às fls. 558 a 907, no fito de conhecimento destas e, sendo o caso, promover a averbação mediante parecer sobre os fatos alegados pela recorrente, na peça recursal de fls. 530 a 551, ou, caso entendesse pela necessidade de alteração dos valores do crédito tributário constante no libelo basilar, apresentar novos demonstrativos, fundamentando as modificações introduzidas.

Em resposta, promovida na fl. 914, os autuantes informam:

“Em cumprimento à diligência determinada pelo Conselho de Recursos Fiscais (...), fizemos novos levantamentos fiscais, saneando as falhas apontadas pelo sujeito passivo. Desta feita, utilizamos dados e informações contidos na EFD, em conformidade com as alegações do contribuinte, bem como incluímos todas as movimentações de mercadorias, de entradas, de saídas (com Nota Fiscal e de ECF), e as posições iniciais e finais de todos os itens de estoque”.

Na frente, apresentam quadro-resumo do crédito tributário e finalizando, acrescem que *“pelos dados acima, percebe-se que houve redução de uma das bases de cálculo, bem como do ICMS total a ser pago, de R\$ 486.388,335 para R\$ 386.335,20”.*

Na ocasião, juntam documentos às fls. 915 a 1.187.

Está relatado.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da atuada, que consistiu de práticas ilegais consistente de (a) aquisição de mercadorias com receitas provenientes de omissões pretéritas de mercadorias tributáveis e (b) vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais. Essas irregularidades foram detectadas mediante a aplicação do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, referente ao período fechado, de 1/1 a 31/12/2010.

O referido levantamento é uma técnica usualmente adotada pelo fisco paraibano no desempenho da sua atividade precípua, isto é, a verificação da regularidade fiscal quanto ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, relativas à circulação de mercadorias no

estabelecimento dos contribuintes do ICMS, neste Estado, e consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, em determinado período, e tem o efeito de transferir para o sujeito passivo, que é o legítimo possuidor da posse direta da documentação afeta ao seu negócio, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir o feito fiscal, visto que, somente a comprovação de erros na contagem ou nos itens considerados (tanto na espécie como na quantidade), bem como nos valores levados a efeito no quantitativo, e, ainda, no imposto porventura pago, podem modificar o resultado do levantamento em tela.

No caso dos autos, a recorrente alegou a existência de equívoco nas quantidades dos produtos levados a efeito no Levantamento Quantitativo de Mercadorias, visto que não teria considerado as notas fiscais de entradas e de saídas, inclusive cupons fiscais, assim como os arquivos eletrônicos com as informações descritivas das mercadorias e de sua movimentação, o que teria comprometido a liquidez e certeza do crédito tributário lançado e, com essas razões solicitou a realização de perícia ou diligência fiscal a fim de refazer o procedimento com base na documentação apontada. Aduz, ainda, que a irregularidade do procedimento também advém do fato de ter sido efetuado sem a presença de uma pessoa da indicação da empresa para acompanhar os trabalhos da auditoria fiscal, juntamente com os representantes fazendários.

Inicialmente, cumpre-me informar que a presença de pessoa indicada pelo contribuinte para acompanhar os trabalhos da Fiscalização somente é indispensável em caso de contagem das mercadorias em estoque, o que se verifica quando o procedimento tem por base um período aberto, isto é, aquele que se verifica antes do final do exercício considerado. Essa medida tem por finalidade assegurar legitimidade ao resultado dessa atividade.

Distintamente, nos casos de período fechado, ou seja, aquele em que se tem por base o período findo em 31 de dezembro do ano considerado, o estoque considerado é o lançado ou declarado em Inventário da escrita do contribuinte, o que dispensa, pois, a contagem das mercadorias porventura existentes em estoque no estabelecimento em fiscalização e, via de consequência, torna irrelevante a presença de representante da empresa para acompanhar os trabalhos fiscais. É o que se verifica nos caso dos autos, onde se tomou por base o exercício fechado de 2010. Portanto, sob esse aspecto a inexistência de representante da recorrente não acarreta irregularidade ao Quantitativo em foco.

Quanto à existência de outros autos de infração com idênticas acusações, esse fato não traz repercussão negativa sobre o libelo basilar em questão, visto que este tem por base o exercício fiscal de 2010, distinto, pois, dos lançamentos compulsórios mencionados pela recorrente - Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000216/2013-36 e Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000920/2013-99 -, que tem como referencial os exercício de 2011, o que exprime fatos geradores também distintos dos que ora se examina. Ademais, é diverso daqueles o estabelecimento autuado mediante o auto de infração em exame.

Relativamente ao pedido de perícia, apresentado na peça recursal, decido pelo não seu atendimento, devido ao fato da inexistência de previsão desse instituto probatório no ordenamento

que regula o processo administrativo tributário neste Estado, estabelecido mediante a Lei Estadual nº 10.094/2013.

No que concerne ao pleito para a realização de diligência, a este sim, dei atendimento mediante o despacho de fl. 911, tendo em vista se tratar de instituto previsto na lei acima citada, e, portanto, solicitei providências visando ao esclarecimento das questões de mérito suscitadas pela recorrente, ocasião em que os autuantes apresentaram o resultado de um reexame no procedimento inicial, juntamente com os demonstrativos que acostaram às fls. 916 a 1.187, e informaram, na fl. 914, que efetuaram novos levantamentos fiscais, saneando as falhas apontadas pelo sujeito passivo e, assim esclarecem:

“Desta Feita, utilizamos dados e informações contidos na EFD, em conformidade com as alegações do contribuinte, bem como incluimos todas as movimentações de mercadorias, de entradas, de saídas (com Nota Fiscal e de ECF), e as posições iniciais e finais de todos os itens de estoque”.

O reexame fiscal apresentou acima citado apresentou o seguinte resultado em comparativo com procedimento original:

Auto de Infração

Valores originais:

Infração:	ICMS:
Aquisição de Merc./Rec. Omit.	R\$ 13.915,55 (BC R\$ 81.856,15)
Venda s/ Nota Fiscal	R\$ 472.473,10 (BC R\$ 2.779.253,52)
Total	R\$ 486.388,64 (BC R\$ 2.861.109,67)

Valores após o cumprimento da diligência:

Infração:	ICMS
Aquisição de Merc./Rec. Omit.	R\$ 168.530,76 (BC 991.35,39)
Venda s/ Nota Fiscal	R\$ 217.804,44 (BC 1.281.202,61)

Total R\$386.335,20 (BC R\$ 2.272.560,00)

Donde se observa que, apesar de ter havido redução no total do ICMS, inclusive no valor do imposto decorrente da acusação de vendas de mercadorias sem emissão de nota fiscal, em relação ao valor original do auto de infração, o ICMS referente à infração de aquisição de mercadorias com receitas omitidas apresentou um acréscimo, o qual não pode ser objeto de exigência nesta instância, através de termo complementar de infração, visto que esta atividade, caso fosse implementada nesta fase do processo, representaria supressão de instância, porquanto não teria a devida apreciação na instância “a quo”. Também não é o caso de lançamento de ofício através de outro auto infracional, uma vez que a diferença do crédito tributário não lançada no auto de infração em exame já foi fulminada pela decadência do direito de o estado lançar de ofício os respectivos valores (Aplicação do art. 173, I, do CTN).

Diante da impossibilidade da inclusão da diferença de ICMS relacionada à infração de aquisição de mercadorias com receitas omitidas, apresentada no reexame fiscal, valor do imposto correspondente fica restrito ao originalmente lançado ao auto de infração.

Por todo o exposto, considerando o resultado do saneamento processual implementado mediante o atendimento da solicitação de diligência apresentada pela recorrente, não há como deixar de reconhecer a regularidade parcial do auto de infração.

Por ocasião do julgamento de questão semelhante, este Conselho de Recursos Fiscais exarou o Acórdão nº 3.083/95, cuja ementa transcrevo:

“LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – Efeito.

O exame fiscal que se denomina **levantamento quantitativo materializa uma operação aritmética a que somente se pode opor, à guisa de embargo, a equívoca alocação de quantidade, qualidade e valores ou a incorreta maneira de proceder à montagem dos elementos.** Mesmo assim, os defeitos mencionados se mostram passíveis de correição nos próprios autos, quando os elementos se mostram capazes de oferecer conclusões escorreitas, alterando-lhes o quantum tributável, sem, contudo, modificar ou elidir a questão de direito. É o que se verifica nestes autos, impondo-lhe as corrigendas. Fato este consumado pelo emitente julgador singular.” (Relator: Cons. Venícius de Amorim Coura).

Quanto ao argumento de que a medida punitiva aplicada configuraria confisco, vedado na Constituição Federal/1988, mesmo apesar da redução na multa por infração, promovida de ofício na instância preliminar ao fundamento do princípio da retroatividade (CTN, art. 106, II, “c”) ante o advento de lei posterior mais benigna (Lei Estadual nº 10.008/2013), esclareço que não se insere na competência deste órgão de julgamento de processos administrativos tributários decidir sobre

conflitos de constitucionalidade.

Por outro lado, por se inserir na categoria de servidor público, este órgão julgador está adstrito ao princípio da legalidade, de forma que, diante da vigência e eficácia da lei, não pode se eximir ao seu cumprimento, sob pena de arcar com o ônus negativo pela sua inobservância.

Isto considerando, dou aplicabilidade à Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13) com efeitos a partir de 01/09/2013, de modo que as penalidades relacionadas às infrações por descumprimento da obrigação principal correspondente ao ICMS, e que foram lançadas de ofício passam a se reger pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Assim, é cabível a aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que as multas por infração antes previstas no percentual de 200% passam a ser calculadas com base no percentual de 100%.

Diante do exposto resta, tão-somente, demonstrar o ***quantum debeatur***, após o deslinde da querela:

AUTO DE INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	TOTAL
Vendas sem emissão de notas fiscais (2010)	13.915,55	13.915,55	27.831,10
Aquisição Merc./Rec. Omitidas (2010)	217.804,44	217.804,44	435.608,88
Crédito Tributário =>	231.719,99	231.719,99	463.439,98

“EX POSITIS”,

VOTO - pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro e **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, para alterar, quanto os valores, a decisão da instância julgadora prima que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **933300008.09.0000214/2013-46** (fl.), lavrado em 28 de fevereiro de 2013, contra a empresa **J S TECIDOS LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.131.534-8, devidamente qualificada nos autos, tornando exigível o crédito tributário no montante de **R\$ 463.439,98** (quatrocentos e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e nove reais e noventa e oito centavos), sendo **R\$ 231.719,99** (duzentos e trinta e um mil, setecentos e dezenove reais e noventa e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c 160, I e 150 c/c o artigo 646, todos do RICMS aprovado pelo Dec. n.º 18.930/97, e **R\$ 231.719,99** (duzentos e trinta e um mil, setecentos e dezenove reais e noventa e nove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a” e “f”, da Lei n.º 6.379/96, com redação alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Em tempo, cancelo, por indevida, a importância de R\$ 995.725,97, sendo R\$ 254.668,66 de ICMS e R\$ 741.057,31 de multa por infração.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 5 de fevereiro de 2016.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora