



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

Processo nº 099.894.2013-0

Acórdão nº 034/2016

Recursos HIE/VOL/CRF-312/2015

1ª RECORRENTE: GER. EXEC. DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.

1ª RECORRIDA: ALPARGATAS S.A.

2ª RECORRENTE: ALPARGATAS S.A.

2ª RECORRIDA :GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.

ADVOGADO: SÉRGIO FARINA FILHO (SUSTENT. ORAL)

DIEGO CALDAS R. DE SIMONE E FÁBIO AVELINO RODRIGUES TARANDACH

REPARTIÇÃO:COLETORIA ESTADUAL DE ESPERANÇA

AUTUANTES:JOÃO FERNANDES DE ARAÚJO /MANAIRA DO C D A MELO

RELATOR :CONS. ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. LAUDO REVISIONAL. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Impossibilidade de subsunção do fato à norma acarretou a improcedência da acusação de omissão de saídas de produtos tributáveis evidenciadas pelas saídas abaixo do custo de aquisição.

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

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo DESPROVIMENTO do primeiro e PROVIMENTO do segundo, para reformar a sentença monocrática, e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001195/2013-75, lavrado em 30/7/2013, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.129.135-0, já qualificada nos autos, para eximir a autuada das acusações a ela atribuídas.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor integral do presente auto de infração.

Além das intimações de praxe, referentes ao presente processo, notificar os advogados **Sérgio Farina Filho**, OAB/SP nº 75.410, e-mail: sfarina@pn.com.br, tel. (11) 32478557 e **Leonardo Augusto Bellorio Battilana**, OAB/PB nº 258.954, e-mail: ftarandach@pn.com.br, tel. (11) 3247

6365, no endereço do escritório Pinheiro Neto Advogados, situado na Rua Hungria, 1.100, CEP 01.455-906, Jardim Europa, São Paulo/SP, Telefones (11) 3247-8400 e (11) 3247-8600.

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 19 de fevereiro de 2016.

Roberto Farias de Araújo

Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO.

Assessora Jurídica

Recurso HIE/VOL nº 312/2015

1ª Recorrente: GER. EXEC. DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.

1ª Recorrida: ALPARGATAS S.A.

2ª RECORRENTE: ALPARGATAS S.A.

2ª RECORRIDA :GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROC. FISCAIS – GEJUP.

ADVOGADO: SÉRGIO FARINA FILHO (SUSTENT. ORAL)

DIEGO CALDAS R. DE SIMONE E FÁBIO AVELINO RODRIGUES TARANDACH

REPARTIÇÃO:COLETORIA ESTADUAL DE ESPERANÇA

AutuanteS:JOÃO FERNANDES DE ARAÚJO /MANAIRA DO C D A MELO

Relator :Cons. ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. LAUDO REVISIONAL. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Impossibilidade de subsunção do fato à norma acarretou a improcedência da acusação de omissão de saídas de produtos tributáveis evidenciadas pelas saídas abaixo do custo de aquisição.

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

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001195/2013-75, lavrado em 30/7/2013, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.129.135-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2008 e 31/12/2011, consta a seguinte denúncia:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS >> Contrariando dispositivos legais, o

contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas vendas abaixo do preço de custo dos produtos acabados.

Foram dados como infringidos os artigos 158, I, 160, I, c/c art. 645, §§1º e 2º e art. 646; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 23.209.878,18**, sendo **R\$ 7.736.626,06**, de ICMS, e **R\$ 15.473.252,12**, de multa por infração.

Cientificada pessoalmente da ação fiscal, em 29/10/2013, a autuada apresentou reclamação, em 28/11/2013 (*fls. 20-41*), onde traz para discussão os seguintes pontos:

Aborda, inicialmente, a tempestividade do recurso, para em seguida apresentar um resumo dos fatos discorrendo sobre as dificuldades encontradas para atender as intimações das autoridades fiscais, face ao volume de documentos envolvidos.

Solicita a realização de diligência fiscal, sob o argumento de que o crédito tributário levantado em autos de infração de outras filiais tiveram seus valores reduzidos após a realização de diligências fiscais.

Argui a nulidade do auto de infração entendendo ser flagrante a imprecisão da capitulação da infração e a indicação da penalidade de 200% (duzentos por cento), quando se sabe que esse percentual foi reduzido para 100% (cem por cento), em face das modificações introduzidas pela Lei nº 10.008/13.

Entendendo ser inaplicável a regra do art. 173, I, do CTN, em razão da ausência de dolo, fraude ou simulação, requer que seja decretada a extinção do crédito tributário apurado no auto de infração, sob o prisma do art. 150, § 4º, do CTN, explicando que, tendo tomado ciência do lançamento fiscal em 29/10/2013, ter-se-ia operado a decadência para todos os fatos geradores ocorridos antes de 29/10/2008.

Questiona a sistemática adotada pela fiscalização declarando que não há sustentação para a acusação de omissão de saída-venda abaixo do custo, tendo em vista que a unidade de Alagoa Nova não realiza nem nunca realizou vendas, pois sua atividade industrial é meramente de apoio à fábrica de Campina Grande.

A esse respeito, esclarece que nenhuma unidade satélite do grupo econômico da requerente realiza vendas ou industrialização para estabelecimentos de terceiros, o faturamento dos produtos

de produção da Alpargatas, entre 2008 a 2011, foi feito exclusivamente pelos estabelecimentos produtores situados em Natal (RN), Veranópolis (RS), Mogi Mirim (SP), Campina Grande (PB), Santa Rita (PB) e Pouso Alegre (MG).

Requer o reenquadramento da multa aplicada, para a aplicação do art. 82, II ou III da Lei nº 6.379/96, sob o argumento de que não agiu de forma dissimulada.

Conclui requerendo, em preliminar, que seja determinada a realização de diligência e que seja reconhecida a nulidade do presente auto de infração.

No mérito, requer que seja conhecida e integralmente provida a presente defesa parta que seja reconhecida i) a decadência do direito do Fisco de efetuar o lançamento dos valores referentes a fatos geradores anteriores a 29.10.2008, ou ii) após a análise dos documentos, a improcedência do presente auto de infração.

Alternativamente, que sejam afastadas as multas aplicadas ou readequadas à conduta praticada pela recorrente.

Por fim, protesta pela juntada posterior de documentos que comprovem a regularidade dos procedimentos adotados, bem como provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, nos termos do art. 23 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba.

Com o recolhimento do valor de **R\$ 2.599,80**, referente a custas (*fl. 143*), foi deferido o pedido de diligência, sendo designados os auditores Antônio Andrade Lima, Mat. nº 145.924-4 e Gilberto Almeida Holanda, Mat. nº 145.976-7, para realizarem os trabalhos (*fl. 144*).

Cumprindo o que foi determinado, os auditores elaboraram relatório de diligência (*fls. 146-147*), onde concluíram que não houve questionamento dos dados que serviram de base para a autuação, nem à técnica aplicada e nem foi acrescentado nenhum fato novo que pudesse justificar o pedido de diligência.

Com informação de constarem antecedentes fiscais (*fls. 149*), sem caracterizar reincidência, os autos foram conclusos (*fl. 150*), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuído para o julgador fiscal, **Ronaldo Raimundo Medeiros**, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em **R\$ 15.473.252,12**, sendo **R\$ 7.736.626,06**, de ICMS e **R\$ 7.736.626,06**, de multa por infração, com indicativo de recurso de ofício nos termos do art. 724, do RICMS/PB (*fls. 152-169*).

Cientificada da decisão de primeira instância, em 11/9/2015, por via postal, com AR (fl. 167), a autuada, através de advogados constituídos, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 8/10/2015 (fls. 174-202).

Na peça recursal, inicia seus argumentos discorrendo sobre a tempestividade do recurso voluntário, afirmando que teve ciência do auto de infração no dia 11/9/2015, sexta-feira, iniciando-se a contagem no dia 14/9/2014 (sic), segunda-feira e tendo como termo final o dia 13/10/2015, terça-feira.

Em seguida, após uma descrição dos fatos e dos pontos reformados pela decisão de primeira instância, requer a nulidade dessa decisão em virtude de a fiscalização ter deixado de analisar as circunstâncias e documentos apresentados, apesar de o pedido de diligência ter sido regularmente determinado e de a autuada ter recolhido as respectivas custas.

Prosseguindo, suscita a decadência dos valores apurados, referentes aos fatos geradores ocorridos antes de 29/10/2008, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, por entender ser inaplicável a regra geral da decadência, prevista no art. 173, I do CTN.

Continua, arguindo a nulidade do lançamento fiscal por erro na capitulação legal do fato, argumentando que a unidade autuada não realiza vendas.

No mérito, diz que é empresa de renome no setor de calçados, sendo detentora de diversos Regimes Especiais no Estado da Paraíba, possuindo em território paraibano 2 (duas) fábricas e 7 (sete) estabelecimentos satélites e 2 (duas) “Megga lojas”, sendo intensa a movimentação de mercadorias entra as fábricas e esses estabelecimentos.

Adita que é indevida a acusação de omissão de saídas tributadas pela transferência de mercadorias abaixo do custo de aquisição, tendo em vista que o estabelecimento de Alagoa Nova não realiza vendas de mercadorias.

Alude que os estabelecimentos satélites não realizam vendas ou industrialização para terceiros, mas apenas para os estabelecimentos produtores, citando os de Natal (RN), Veranópolis (RS), Mogi Mirim (SP), Campina Grande (PB), Santa Rita (PB) e Pouso Alegre (MG).

Continuando, expõe o entendimento de que o auto de infração deve ser cancelado em razão de tomar como base meras presunções, assim, *“a par de alegação genérica e sem qualquer fundamentação de que presumidamente existiria omissão de saídas em face do resultado industrial, inexistente nos autos qualquer comprovação efetiva de que tal omissão tenha ocorrido ou dos elementos necessários para indicar a suposta saída abaixo do custo”*.

Reforça que a diligência efetuada comprovou que não houve qualquer omissão de receitas pela recorrente, acrescentando que a transferência de produtos entre seus estabelecimentos por valores inferiores aos custos de produção não acarreta qualquer prejuízo ao erário, por não haver circulação jurídica.

Pontua que as operações realizadas por valor inferior também geram créditos que serão compensados na mesma proporção, gerando efeito fiscal zero.

Considera que a multa aplicada, mesmo tendo sido reduzida a um percentual de 100%, decorrente de aplicação de legislação superveniente, continua exorbitante, devendo ser reduzida a patamares condizentes com o entendimento do STF ou reenquadrada com base no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, por melhor se amoldar ao presente caso.

Conclui que seja conhecido e integralmente provido o Recurso Voluntário para que seja cancelado o auto de infração, sendo reconhecida i) a decadência dos créditos constituídos referentes a fatos geradores anteriores a 28/12/2007, ou ii) que não houve omissão de saídas tributáveis, ou iii) qualquer outra infração à legislação paraibana.

Alternativamente, que sejam afastadas as multas aplicadas ou readequadas à conduta praticada pela recorrente.

Protesta pela intimação pessoal de seus advogados, signatários do presente recurso, para que possam sustentar oralmente suas razões perante este Egrégio Conselho, nos termos do art. 66 e seguintes do Decreto Estadual nº 31.502 de 10/8/2012.

Remetidos os autos a este Colegiado, foi expedida diligência com finalidade de verificar se a unidade fabril em exame (Alagoa Nova) realiza ou não vendas.

Cumprida a diligência, com a informação de que a empresa não realiza vendas (*fls. 247 a 250*), a fazendária complementou a informação declarando que apesar de não realizar vendas, a empresa autuada restou incurso no art. 645 do RICMS/PB, por apresentar resultado industrial negativo.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame os Recursos Hierárquico e Voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001195/2013-75, lavrado contra a empresa, com exigência do seguinte crédito tributário:

=> Crédito Tributário	ICMS	MULTA	TOTAL
Omissão de Saídas de Produtos Tributáveis	7.736.626,06	15.473.252,12	23.209.878,18
Total	7.736.626,06	15.473.252,12	23.209.878,18

DECADÊNCIA

Analisaremos em primeiro lugar a arguição da decadência dos créditos tributários, constituídos anteriormente a 29/10/2008.

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

Neste sentido, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco)

anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada.

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

No caso em exame, a infração trata de lançamento do imposto sobre fatos geradores omitidos, onde a autuada sonegou informações ao Fisco, deixando de apurar corretamente o ICMS devido.

Nesses casos, nada há que se homologar, porquanto a homologação não se opera no vazio, devendo, as eventuais diferenças, ser providenciadas através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial, conforme o art. 173, I, do CTN, acima transcrito.

Assim, tendo em vista que o lançamento fiscal só se consolidou em 29/10/2013, com a ciência da autuada, a decadência só se operaria para os fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 2008.

MÉRITO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS

(Resultado Industrial)

Nesta infração, a fiscalização elaborou o levantamento do custo industrial, nos exercícios de 2008, 2009, 2010 e 2011, conforme demonstrativos (*fls. 6 a 17*), tendo apurado resultado industrial negativo, nesses exercícios, e efetuado o lançamento do imposto com base no art. 645, §§ 1º e 2º, do RICMS/PB, *verbis*:

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

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

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

Com efeito, não se concebe a sobrevivência de uma empresa cujas receitas estejam em patamares inferiores aos valores de suas obrigações. Assim, a legislação exige que as saídas do setor industrial sejam suficientes para, pelo menos, cobrir os custos de produção.

No caso em tela, o fato descrito no auto de infração relata que o contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas vendas abaixo do preço de custo dos produtos acabados.

No entanto, conforme informação apurada em diligência fiscal (*fl. 248*), a empresa autuada não realiza vendas, sendo suas saídas efetuadas apenas por transferências para outras empresas do grupo.

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

Assim, não havendo como se subsumir o fato à norma, declaro improcedente a acusação por utilização de técnica inadequada, cancelando os valores imputados ao contribuinte.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo DESPROVIMENTO do primeiro e PROVIMENTO do segundo, para reformar a sentença monocrática, e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001195/2013-75, lavrado em 30/7/2013, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.129.135-0, já qualificada nos autos, para eximir a autuada das acusações a ela atribuídas.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o valor integral do presente auto de infração.

Além das intimações de praxe, referentes ao presente processo, notificar os advogados **Sérgio Farina Filho, OAB/SP nº 75.410**, e-mail: sfarina@pn.com.br, tel. (11) 32478557 e **Leonardo Augusto Bellorio Battilana, OAB/PB nº 258.954**, e-mail: ftarandach@pn.com.br, tel. (11) 3247 6365, no endereço do escritório Pinheiro Neto Advogados, situado na Rua Hungria, 1.100, CEP 01.455-906, Jardim Europa, São Paulo/SP, Telefones (11) 3247-8400 e (11) 3247-8600.

Sala das Sessões Presidente Gildemar Macedo, em 19 de fevereiro de 2016.

ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

Conselheiro Relator