



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

PROCESSO Nº 045.419.2012-3

Recurso VOL/CRF-284/2012

Recorrente: PREMIER IMPORT. E EXP. DE PROD. ESPORTIVOS LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO NOGUEIRA VIEIRA

Relatora: CONSª PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA.

OMISSÃO DE VENDAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. QUESTÕES PRELIMINARES INÓCUAS. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tornaram-se inócuas as arguições preliminares quanto à retificação dos arquivos magnéticos em virtude de medidas saneadoras, e de apreciação da apuração relativa ao estorno de crédito pelo fato de não ter feito parte da denúncia contida na peça acusatória. A técnica do Levantamento Quantitativo de Mercadorias consiste no comparativo das operações de entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, relativos a intervalo de tempo delimitado, no intuito de se detectar a existência ou não de diferença tributável. Infirmada a oportunidade de a autuada retificar os arquivos magnéticos, consolidando os códigos dos produtos tanto nas operações de saídas como nas de entrada, trazendo a certeza e liquidez para o levantamento Quantitativo de Mercadorias, objeto da exigência fiscal.

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 da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu **PROVIMENTO. PARCIAL**, para reformar a decisão proferida pela primeira instância, que julgou **PROCEDENTE**, e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000587/2012-36**, lavrado em 19/4/2012, contra a empresa **PREMIER - IMPORT. E EXP. DE PROD. ESPORTIVOS LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.153.472-4 devidamente qualificada nos autos, obrigando-a ao recolhimento do crédito tributário o montante de R\$ 13.657,32 (treze mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e trinta e dois centavos), sendo o ICMS no valor de R\$ 6.828,66 (seis mil, oitocentos e vinte e oito reais e sessenta e seis centavos), por infringência aos arts. 158, I e 160, I, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração de igual valor, nos termos do art. 82, V, alínea "a", da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelo por indevida a importância de R\$ 11.038.444,50, sendo R\$ 3.677.205,28, de ICMS e R\$ 7.361.239,22, 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 07 de agosto de 2015.

Patrícia Márcia de Arruda Barbosa

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZAFURTADO e ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO.

Assessora Jurídica

Recurso VOL/CRF N.º 284/2012

Recorrente:PREMIER IMPORT. E EXP. DE PROD. ESPORTIVOS LTDA. (Sustentação Oral - Dr. Charles William McNaughton OAB-SP nº 206.623)

Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO NOGUEIRA VIEIRA

Relatora:CONS^a PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA.

OMISSÃO DE VENDAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. QUESTÕES PRELIMINARES INÓCUAS. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tornaram-se inócuas as arguições preliminares quanto à retificação dos arquivos magnéticos em virtude de medidas saneadoras, e de apreciação da apuração relativa ao estorno de crédito pelo fato de não ter feito parte da denúncia contida na peça acusatória.

A técnica do Levantamento Quantitativo de Mercadorias consiste no comparativo das operações de entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, relativos a intervalo de tempo delimitado, no intuito de se detectar a existência ou não de diferença tributável. Infirmada a oportunidade de a autuada retificar os arquivos magnéticos, consolidando os códigos dos produtos tanto nas operações de saídas como nas de entrada, trazendo a certeza e liquidez para o levantamento Quantitativo de Mercadorias, objeto da exigência fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou **procedente** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000587/2012-36 (fls. 6), lavrado em 19/4/2012, em função da seguinte acusação:

VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, culminando na falta de recolhimento do imposto.

Indicados como infringidos os arts. 158, I e 160, I, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo proposta a multa prevista no art. 82, V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, tendo constituído o crédito tributário na importância de R\$ 11.052.101,82, sendo R\$ 3.684.033,94, de ICMS, e R\$ 7.368.067,88, de multa por infração.

Instruem a peça acusatória os documentos de fls.14 a 181 dos autos.

Regularmente cientificada da autuação, a empresa apresentou reclamação, (Volume 2) na qual faz um breve resumo dos fatos ventilados na inicial. Em seguida, argui, preliminarmente, a nulidade do auto de infração, aduzindo que o procedimento fiscal não ocorreu com a observância dos Princípios da Ampla Defesa, da Razoabilidade e da Verdade Material.

Complementa relatando todo o procedimento fiscal ocorrido desde a lavratura do Termo de Início de fiscalização até a confecção da peça acusatória, aduzindo que, em tempo algum, houve embaraço por parte do contribuinte ou negativa de prestar quaisquer informações, sempre mantendo o diálogo, que sempre pautou seus contatos com o Fiscal, porém, foi impedida de solucionar as dúvidas, ainda na fase fiscalizatória, preferindo o Fisco, autuar a empresa em decorrência de meras divergências entre códigos constantes de sistema eletrônicos, o que poderia ter sido solucionado antes do lançamento tributário.

Esclarece que inexistiu qualquer saída de mercadorias sem a emissão do competente documento fiscal, pois toda a questão se refere às divergências nos códigos dos produtos constatadas no confronto das informações constantes das GIM's. Alega ser o procedimento prévio abusivo, eivado de razoabilidade, haja vista que a fiscalização, ao analisar por 4 meses a documentação do contribuinte, conferiu-lhe um exímio prazo de 72 (setenta e duas) horas para refazer os arquivos, violando, assim, o Princípio da Verdade Material e o exercício pleno de seu direito de defesa.

(Argui, ainda, em preliminar, a nulidade do procedimento em razão da omissão do auto de infração que acaba de determinar o estorno de mais de vinte milhões de reais em créditos fiscais de ICMS, sob dois argumentos de i) saídas de mercadorias abaixo do custo de aquisição (estorno de R\$ 18.586.926,88); ii) necessidade de estorno de créditos de ICMS conforme Termo de Acordo 2010.000090 (R\$ 65.162.017.54/120).

Complementa que inexistiu na peça acusatória qualquer menção à glosa de créditos, ou mesmo à venda de mercadorias abaixo do custo de aquisição, o que culmina em sua nulidade, pois leva à ausência de certeza quanto ao fato tributável, culminando na inevitável aplicação do art. 112, II do CTN.

Sob este aspecto aduz que a glosa dos créditos do ICMS, na forma como foi efetuada, causa prejuízos, pois ainda que tenha firmado o Termo de Acordo nº 2010.000090, comprometendo-se a estornar o saldo credor do imposto, tal glosa remete à sua contabilização imediata, tendo efeitos nocivos para o balanço e impactos diretos na tributação federal.

Na tentativa de assegurar sua tese, transcreve jurisprudência deste Colegiado e do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Quanto à questão meritória, alega a inoccorrência de vendas sem emissão de notas fiscais, em razão de meras divergências de códigos de mercadorias em seus arquivos eletrônicos, esclarecendo que ocorreram justamente no momento de transição de seu Sistema Integrado de Gestão Empresarial que integra a totalidade de dados e processo da empresa, desde finanças até logística, compras etc., permitindo o monitoramento, armazenamento e automação de todas das informações do negócio por inteiro.

Aduz que tal implementação foi iniciada em 2009, e efetivamente implantada em abril de 2010, e que, ocorreram várias verificações e a necessidade de aperfeiçoamento ao longo do tempo, principalmente, por se tratar de grande varejista, o que implicou em milhares de operações a se conciliar, pelo que conclui que as supostas vendas sem emissão do documento fiscal teriam se dado justamente neste período de transição, o que explica a existência de divergências entre os códigos das mercadorias.

Na ocasião, elabora planilha que faz correlação entre o código de entrada e o de saída das mesmas mercadorias, não sendo constatada a venda de mercadorias sem a emissão do correspondente documento fiscal. Explica que, em razão de equívocos em seu sistema os códigos de saídas dos

produtos, constantes das GIM'S, estavam diferentes dos códigos das GIM's para as entradas destes produtos. Informa, ainda, a reclamante, que realizou a correção em seus arquivos eletrônicos padronizando, no SINTEGRA, os códigos de Entradas e Saídas para os mesmos produtos conforme mídia magnética que anexa ao presente processo, pelo que solicita diligência para averiguação destes arquivos por parte da fiscalização.

Entende a defendente que não ocorreu prejuízo ao erário, razão pela qual deve ser desconsiderado o lançamento de ofício. Em prol de seu entendimento, transcreve fragmentos doutrinários e jurisprudência desta Corte e do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Em complemento, alega que a maior parte do crédito foi glosada na recomposição da Conta Corrente de ICMS, em razão da acusação de vendas abaixo do custo de aquisição, utilizando de dados extraídos da Conta Mercadorias. Pelo que, entende que tal fato não tem o condão de trazer legitimidade ao feito fiscal, pois da análise deste levantamento, como realizado nos autos, induz à presunção equivocada de saídas de mercadorias. Ressalta que o estorno de créditos de ICMS da Conta Corrente da reclamante, observando apenas os valores gerais da Conta Mercadorias não observou a técnica utilizada pelo contribuinte para a composição de seus custos, (retirando o valor dos tributos recuperáveis) que caso houvesse sido aplicada, verificar-se-ia a inoccorrência de vendas abaixo do custo de aquisição, na forma pretendida pela fiscalização.

Na sequência, insurge contra o estorno de crédito de ICMS, em face da existência de Termo de Acordo de nº 2010.0000090, firmado pela reclamante que fixa o prazo de dois anos para iniciar o estorno de crédito, que poderá ser feito em 10 anos ou baixar o estabelecimento credor sem direito a utilização deste crédito, conforme dispõe a Cláusula Segunda do mencionado instrumento. Assim, entende que, como o Termo de Acordo foi assinado em setembro de 2010, possui ainda prazo para decidir o que fazer, e, posteriormente, começar a praticar os estornos mensais, se optar por essa via, restando claro que não deve prevalecer o lançamento quanto à recomposição da Conta Corrente do ICMS, no montante mensal de R\$ 543.016,81 a partir de outubro de 2010. Adita, ainda, a impossibilidade jurídica da exigência do principal tendo em vista que, mesmo diante do estorno de crédito, possui saldo credor do ICMS, sendo necessária a recomposição da Conta Corrente do ICMS para abater do valor principal os créditos de ICMS apurados devidamente, de forma que nada lhe seria exigido à título de principal.

A respeito da penalidade aplicada entende prevalecer a impossibilidade de sua exigência com base na aplicação dos Princípios da Vedação ao Confisco, da Capacidade Contributiva e da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Ao final, requer: o recebimento de sua peça defensiva, acolhendo as preliminares supracitadas, anulando o lançamento em comento; que sejam acatadas suas razões meritórias, cancelando-se o lançamento por sua insubsistência fático-jurídica, tanto quanto a inoccorrência de vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais quanto no tocante ao estorno de crédito de ICMS procedido de forma indevida; alternativamente, a retirada ou redução da multa aplicada; bem como a produção de quaisquer provas, contra-provas, ou novos documentos capazes de ilidir o feito fiscal e ainda a baixa dos autos em diligência para a análise do novo SINTEGRA, que sanou as divergências de códigos de mercadorias, comprovando, assim, a improcedência da acusação.

Na ocasião, anexa à peça defensiva os documentos instrutórios de fls. 217 a 701 – Volume 2.

Em contestação, aduz o autuante, após análise da documentação que acompanha o processo, argui

que duas foram as ações da fiscalização: uma meramente administrativa de estorno de créditos e sem autuação, decorrente da reconstituição da conta corrente do ICMS, e outra que inspirou o auto de infração objeto da presente querela, o qual se fundamentou na técnica fiscal denominada de Levantamento Quantitativo de Mercadorias. Adita que os dados levantados foram oriundos dos arquivos magnéticos cujo sistema eletrônico faz um comparativo das operações de saídas e entradas de mercadorias e fornece os resultados, resultando, *in casu*, em saída a menor, consideradas como saídas de mercadorias sem a competente emissão dos documentos fiscais, na forma prevista na legislação do ICMS.

Refuta as alegações reclamatórias, entendendo que a defendente busca uma revisão do feito fiscal, instituto este não mais previsto em nossa legislação. Sendo necessário, portanto, que apontasse, após refazimento do levantamento Financeiro, os equívocos cometidos pela fiscalização.

Por fim, reitera o trabalho fiscal e a manutenção do crédito tributário da forma como constituído na peça acusatória.

Não pesando sobre a autuada antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador singular, Francisco Alekson Alves, que decidiu pela PROCEDÊNCIA do auto de infração, mediante o seguinte entendimento:

DEFESA DESPROVIDA. VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Evidenciada a presença de créditos tributários devidos mediante ação fiscal realizada, assim como não sendo apresentados vícios nos valores apurados por meio de necessário aporte probatório, o tributo se torna impositivo.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Notificada da decisão monocrática por via postal, conforme AR de fls. 719- Volume 2, a empresa autuada, através de advogado legalmente constituído, apresentou Recurso Voluntário, em 3/8/2012 – Volume 3, onde argui os seguintes pontos:

- Em preliminar, argui a nulidade do auto de infração pela inobservância dos Princípios da Razoabilidade e da Verdade Material;*
- não se conformando com o veredicto a que chegou o julgador singular, faz um relato histórico dos fatos acontecidos na lide, desde o momento de início da ação fiscal, a lavratura da peça acusatória até a decisão exarada na instância prima;*
- aduz que, na decisão singular, não foi tecida qualquer observação acerca dos ajustes dos códigos de entradas/saídas de mercadorias constantes de seus arquivos eletrônicos, tampouco, verificadas as informações do SINTEGRA devidamente corrigido, desconsiderando completamente os Princípios da Verdade Material e da Razoabilidade que regem o Processo Tributário Administrativo;*
- evidencia que inexistiu qualquer venda de mercadorias sem emissão de notas fiscais, ocorrendo apenas erro nos arquivos eletrônicos, o que induziu a fiscalização a aplicar a presunção de saída sem nota, situação esta que não prevalece, bastando apenas conferir os documentos anexados, e o novo arquivo SINTEGRA, elaborado com a correção dos equívocos de código;*

- em complemento requer que este Colegiado se manifeste sobre a correção da Conta Corrente do ICMS procedida pela fiscalização, que tem implicação direta sobre sua escrita contábil-fiscal, uma vez que inexistente qualquer menção à glosa de créditos, ou mesmo à venda de mercadorias abaixo do custo de aquisição, na peça acusatória fiscal, bem como por parte do julgador singular que não fez qualquer consideração sobre este tema;
- em defesa de seu direito, a recorrente traz a conhecimento a jurisprudência desta Casa que trata de nulidade do auto de infração;
- no mérito, argui a inoccorrência de vendas sem a emissão de notas fiscais, em face de meras divergências de códigos de mercadorias em seus arquivos eletrônicos, ou seja, os dados utilizados na feitura do Levantamento Quantitativo foram equivocados em decorrência das incongruências de códigos em seu sistema;
- na ocasião, elabora nova planilha detalhada após a recomposição/tradução de códigos, o total das entradas do período é igual ao de saídas, tendo em vista que não manteve estoque no período autuado, podendo, assim, comprovar a inexistência de vendas desacobertadas do respectivo documento fiscal;
- insiste a recorrente que, em observância aos Princípios da Ampla Defesa e Verdade Material, deve-se baixar os autos em diligência para que a fiscalização possa executar o SINTEGRA constante em mídia anexa, com o intuito de se confirmar a ausência de omissão de vendas;
- na sequência, infere contra a indevida glosa de créditos do ICMS, procedida pela autoridade autuante, tendo em vista que tem influência no cálculo do ICMS supostamente devido, pelo que, insiste na necessidade de análise da questão, que restará inequívoca a impossibilidade de prevalecer a recomposição da conta Corrente do ICMS como posta no auto de infração; - alega que a maior parte do crédito foi glosado na recomposição da Conta-Corrente de ICMS em razão da acusação de venda abaixo do custo de aquisição, utilizando, tão somente os dados retirados de sua Conta Mercadorias, técnica esta que não se presta para a constatação de subfaturamento, não trazendo legitimidade para o feito fiscal; - em seguida, explicita que não foi observada a técnica utilizada para a composição de seus custos, que obedece estrita observância ao regulamento do Imposto de Renda/99, uma vez que retira o valor dos tributos recuperáveis, que, ao ser aplicada, verifica-se a inoccorrência de vendas abaixo do custo de aquisição da forma como pretendido pela fiscalização;
- adita ser indevido o estorno de créditos do ICMS em decorrência do estabelecido na cláusula segunda Termo de Acordo de nº 2010.000090, pelo que, não deve prevalecer o lançamento quanto à composição da Conta – Corrente de ICMS, realizado; - argumenta ainda que juridicamente não pode ser exigido o principal, tendo em vista que mesmo sendo o estorno de crédito irregularmente procedido pela fiscalização, ainda possui saldo credor do ICMS, o qual deveria constar quando da recomposição da Conta-Corrente do ICMS, abatendo o valor do principal dos créditos do imposto apurados, nada lhe sendo exigido a título de principal;
- no mais, infere na impossibilidade de aplicação das penalidades desrespeitando, assim os princípios da Vedação ao Confisco da Capacidade Contributiva, bem com os da Razoabilidade e da Proporcionalidade; - do exposto requer: 1) o conhecimento de seu recurso voluntário; 2) o seu provimento para cancelar o auto de infração, julgando improcedente o lançamento; 3) que seja determinada a retirada da multa ou sua redução, máxime no que se refere à ofensa aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade e aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte como o da Vedação ao Confisco e da necessidade de se observar sua Capacidade Contributiva; 4) a baixa dos autos em diligência para que a fiscalização realize a conferência das operações contidas no novo SINTEGRA, que sanou as divergências de códigos de mercadorias, comprovando de uma vez por todas a improcedência da acusação fiscal. Integram a peça recursal os documentos de fls.

Em contra-arrazoado, o autor do feito fiscal reitera os termos de sua contestação requerendo a manutenção da decisão singular.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos, inicialmente, ao Cons. João Lincoln Diniz Borges, seguindo normas regimentalmente previstas.

Visando obter esclarecimentos acerca dos argumentos apresentados pelo contribuinte, tanto em fase defensiva, como em recurso, o Conselheiro fez retornar os autos ao autuante em diligência, conforme fls. 1.016/1017- Volume 03, para que fossem tomadas as seguintes providências: 1) – **Analisar a retificação promovida pelo contribuinte no arquivo eletrônico SINTEGRA, conforme mídia CD, em face da ocorrência de incongruência do código de entrada em confronto com o código de saídas das mercadorias consignadas no Levantamento Quantitativo** objeto da exigência posta no Auto de Infração, em relação à denúncia de saídas de mercadorias sem emissão de notas fiscais; 2) **NOTIFICAR o contribuinte para apresentar as notas fiscais de entradas e saídas** que objetivaram a realização da nova planilha constante às fls. 0753 a 01011 dos autos, **no fito de confirmar a apuração de ENTRADA e SAÍDAS com a pretensa codificação correta alegada pela recorrente;** e 3) **Efetuar nova conferência no levantamento fiscal COM OS DEVIDOS CÓDIGOS DE SAÍDAS EM RELAÇÃO AOS CÓDIGOS DE ENTRADAS (mesmas descrição de produtos), promovendo a feitura de um novo Levantamento Quantitativo de Mercadorias no período fiscalizado,** no fito de se estabelecer a verdade material e justiça fiscal, com apoio na liquidez e certeza.

Cumprindo tal desiderato, o autuante notifica a empresa para, num prazo de 72 (setenta e duas) horas, apresentar os arquivos SINTEGRA à repartição fiscal, por meio de GIM'S Retificadoras do exercício de 2010.

Em informação fiscal, argui que a empresa não atendeu ao solicitado, o que o levou a lavrar um Auto de Infração por embaraço à fiscalização, fls. 1.021. Complementa que a autuação se deu em razão de Levantamento Quantitativo de Mercadorias, onde foram considerados os arquivos disponibilizados pelo próprio contribuinte. Retificá-los, agora, seria desconsiderar dados após iniciada a ação fiscal. Ademais, fez retornar os autos, dada a impraticabilidade das diligências solicitadas, uma vez que os dados acostados não foram validados em nossos sistemas e não compõem os arquivos magnéticos disponibilizados pela Secretaria, estando sem valor fiscal para efeito de auditoria.

Expediente de fl. 1.026 - Volume 03, datado de 16.10.2013 junta aos autos procuração e cópia autenticada da 89ª Alteração de Contrato Social da recorrente, fls. 1.027 a 1.032. Providencia esta repetida no Documento de nº 0291852013-6 – Volume 04, com acréscimo do Substabelecimento de fl. 1.043.

Através do Processo de nº 0920682012-5, em fls. 1.044 a 1.045 – Volume 05, o contribuinte requer que seja expressamente autorizado a enviar os arquivos eletrônicos do período relacionado no auto de infração em análise, devidamente retificados, possibilitando a sua apresentação a este Colegiado ante da apreciação de seu recurso.

Termo de Juntada de fl. 1.046 dá conhecimento de requerimento e autorização para realização de sustentação oral nos autos em apreço, na sessão a ser realizada no dia 21 de fevereiro de 2014, sob a Pauta nº 1710, ou caso haja adiamento na nova data disponibilizada.

Redistribuídos os autos em data de 22 de outubro de 2013, ao Cons. Rodrigo Antônio Alves Araújo,

houve necessidade do cumprimento da diligência de fl. 1.052/1.053 – Volume 05, para que fossem tomadas as seguintes providências: 1) Como o levantamento foi realizado através de cruzamentos efetuados por sistema eletrônico tomando por base as informações contidas nas GIMs, a existência de códigos diferentes para um mesmo produto enseja efetivamente a constatação de diferenças, as quais passaram a arrimar a acusação. Porém, havendo nos autos a alegação de que teriam sido utilizados códigos distintos para um mesmo produto, sendo acostados aos autos CD com tabela de conciliação de códigos de mercadorias em formato eletrônico (fls. 700), além do CD com o SINTEGRA de janeiro a março de 2010 (fls. 701), bem como a relação das mercadorias movimentadas de janeiro a março (fls. 753 usque 1011) contendo a descrição das mercadorias, nota fiscal, códigos de entrada e saídas e suas respectivas quantidades. Nesse caso, torna-se obrigatória a apreciação das provas acostadas por parte do autor do feito a fim de aferir a veracidade das informações, sob pena de caracterizar a iliquidez e incerteza do crédito tributário exigido. 2) Com base nas provas acostadas, caso Comprovada a sua legitimidade, deve o autor do feito, se possível, refazer o demonstrativo considerando o produto, mesmo estando com códigos distintos, haja vista não ter havido a infração de omissão de saídas, apenas a caracterização de erro de codificação.

Em data de 1º/7/2014, houve redistribuição do autos a esta relatoria.

Em informação fiscal de fl. 1.056 (Volume 05) o autuante designado para cumprir os termos da diligência, então, solicitada, Julio de Oliveira Coelho, fez retornar os autos para que fosse revista da matéria disposta no auto de infração que trata de Vendas sem emissão de Notas Fiscais-decorrentes do Levantamento Quantitativo e o exame da auditoria consigna o levantamento da Conta Mercadorias- nos exercícios de 2008 a 2010, realizado conforme páginas 6 a 10. Havendo ainda questões a esclarecer, tendo em vista o não cumprimento da medida saneadora anterior de fls. 1.052/1.053 – Volume 5, encaminhei, novamente, os autos à Gerência Executiva de Fiscalização de Estabelecimentos no intuito de ser designado um auditor fiscal, de preferência que tivesse experiência com a técnica de cruzamentos de informações do sistema eletrônico, para realizar as providências necessárias ao esclarecimento de questões relacionadas à veracidade das provas acostadas pelo contribuinte.

Com o resultado foram anexados aos autos os Demonstrativos de fls. 1.062 a 1.520, após ser expedida a notificação à autuada para apresentar, no prazo de 15 dias, os ARQUIVOS SINTEGRA, à repartição fiscal de seu domicílio, por meio de GIMs retificadoras compreendendo o período de abril a dezembro de 2010, com a devida uniformidade nos códigos dos produtos, seja em operação de entradas como de saídas de mercadorias.

Em informação fiscal, o autuante informa que, após apresentação das GIMs retificadoras já validadas no sistema desta Secretaria, refez o Levantamento Quantitativo de Mercadorias com os códigos unificados, conforme demonstrativo em anexo, e constatou nova diferença tributável, na monta de R\$ 91.226,57, decorrente de vendas sem emissão de nota fiscal.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A *quaestio juris* versa a respeito do Levantamento Quantitativo de Mercadorias que evidenciou a ocorrência de vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais no período de 1º.1.2010 a 31.12.2010.

PRELIMINARES

Inicialmente resolveremos as questões preliminares suscitadas pela recorrente.

No que diz respeito ao suplício de nulidade da peça acusatória pela inobservância dos Princípios da Razoabilidade e da Verdade Material, o resultado alcançado pelas iminentes exigências para o cumprimento das diligências solicitadas pelas relatorias, tornou inócuas tais argumentações.

A aplicação de tais princípios foi totalmente obedecida, em razão do resultado das medidas saneadoras efetuadas, que permitiram a entrega dos arquivos magnéticos retificados, e a feitura de novo Levantamento Quantitativo de Mercadorias, imperando, assim, a tão almejada justiça fiscal.

Como segundo ponto surge a necessidade de tecermos algumas considerações sobre os - estornos de créditos realizados pelo autuante, a respeito dos Demonstrativos de fls. 6 a 13, tendo em vista que a questão foi amplamente combatida pela recursante, nas fases em que se pronunciou nos autos.

Com efeito, ao realizar a auditoria no estabelecimento em epígrafe, após a constatação de vendas sem emissão de notas fiscais, utilizando a técnica do Levantamento Quantitativo, o autuante, por meio do Levantamento da Conta Mercadorias – Lucro Real detectou uma diferença tributável relativa a Base de Cálculo para Estorno do Crédito do ICMS, na forma prevista no Termo de Acordo nº 2007.000035 – Aditivo de 27/9/2010. Para tanto elaborou os Demonstrativos de fls. 6 a 13. Porém, a diferença ali encontrada não foi objeto de denúncia, a ponto de constituir o lançamento de ofício e exigi-lo do contribuinte.

Da análise da questão quando do julgamento da primeira instância, o julgador singular considerou irrelevantes as alegações defensuais para o deslinde da causa, tendo em vista que o resultado decorrente da apuração promovida em ditos levantamentos não foram veiculadas no auto de infração, uma vez que a peça basilar extraiu seu fundamento do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, de fls. 14 a 181, o que me faz acostar a este entendimento.

De fato, há que se inferir que a acusação *sub judice* advém da constatação de vendas sem emissão de notas fiscais, que se subsume às disposições do art. 158, I e 160, I, ambos, do RICMS-PB, como acima referenciado, sendo irrelevante a apuração relativa ao estorno de crédito realizado pelo autuante, tendo em vista que não fez parte da denúncia contida no libelo acusatório.

MÉRITO

Vencida a fase preliminar, abordaremos a questão meritória, contida na descrição dos fatos, narradas na peça acusatória.

Trata-se de procedimento usualmente adotado pelo fisco paraibano no desempenho da sua atividade precípua: a fiscalização da circulação de mercadorias. Consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, relativos a intervalo de tempo delimitado, e, assim, detectar a existência ou não de diferença tributável.

O fato demonstrado na enunciação da acusação, vendas sem emissão de notas fiscais, subsume-se às disposições do art. 158, I e 160, I, ambos, do RCMS-PB, abaixo transcritos:

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

O lançamento indiciário decorrente do emprego dessa técnica de auditoria tem o efeito de transferir para o sujeito passivo, que é o portador da documentação fiscal que o sustenta, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir o feito fiscal, visto que, somente a comprovação de erros na contagem e/ou de cálculo, além do pagamento do imposto, podem elidir o resultado de um quantitativo de mercadorias.

Para tanto, a autuada, exaustivamente, não mediu esforços nas oportunidades em que comparece aos autos, tanto em defesa como em grau de recurso, para arguir que em razão de equívocos em seu sistema os códigos de saídas dos produtos, constantes das GIM's estavam diferentes dos códigos das GIM's de entradas destes produtos. Informando também, que realizou a correção em seus arquivos eletrônicos, padronizando no SINTEGRA os códigos de Entradas e Saídas para os mesmos produtos conforme mídia magnética que anexa ao presente processo, pelo que solicitou diligência para averiguação destes arquivos por parte da fiscalização. Com efeito, o Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA consiste num conjunto de procedimentos administrativos e de sistemas computacionais de apoio que está sendo adotado simultaneamente pelas Administrações Tributárias de todas as Unidades da Federação. Foi implementado pelo Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995, publicado no DOU em 30 de junho de 1995.

Do lado dos contribuintes, o propósito é o de simplificar e homogeneizar as obrigações de

fornecimento de informações relativas às operações de compra, venda e prestação de serviços interestaduais. Do lado dos fiscos estaduais, o objetivo é o de propiciar maior agilidade e confiabilidade ao tratamento das informações recebidas dos contribuintes e à troca de dados entre as diversas UF's.

De acordo com o estabelecido pelo Convênio Confaz 57/95 e alterações posteriores, os contribuintes usuários de Processamento Eletrônico de Dados estão obrigados a fornecer às Administrações Tributárias dos Estados, em meio magnético, Validado, arquivo magnético contendo os dados relativos à totalidade das operações (compra e venda, aquisições e prestações) internas e interestaduais que tenham praticado.

Assim sendo, o deslinde da questão em tela não comporta maiores discussões, visto que após remessa dos autos em diligência para averiguação das razões defensivas e recursais, foi constatado o alegado, o que ocasionou um resultado apócrifo com relação àquele que serviu de suporte para a denúncia feita pela Fiscalização, e em consequência, refez o Levantamento Quantitativo conforme documentos anexos às fls. 1.062 a 1.520.

Referendando as correções efetuadas, percebe-se que estas foram decorrentes da retificação dos ARQUIVO SINTEGRA da autuada, tendo em vista as inconsistências em seu sistema de controle os códigos dos produtos, precisamente o **Registro 54** - Registro de produto (classificação fiscal); Este registro contém informações relativas a cada produto ou serviço constante nas notas fiscais dos registros 50, 51 e 53.

Bem, de acordo com as informações contidas nos autos, máxime as provas carreadas pelo sujeito passivo, compostas de dois CD's Multi mídia, um que contém uma Tabela de Conciliação Dos Códigos de Mercadorias, informando Código de Entrada, Código de Saída, Descrição e Unidade, e um outro, com os arquivos SINTEGRA GIM das competências de janeiro a março de 2010, bem como o relatório do Sistema ATF, percebe-se que houve a retificação dos arquivos da autuada, dando-nos conhecimento da realidade das operações realizadas.

Portanto, pelas providências tomadas pela recorrente, pelo conjunto de provas carreadas aos autos, bem como, pela revisão fiscal realizada pelo autuante, evidenciando que o interesse fazendário restou salvaguardado, diante da ausência de prejuízo ao erário, sou impelida a reformar a sentença singular.

Contudo, mesmo diante da revisão do feito realizado pelo autuante, que refez o Levantamento Quantitativo de Mercadorias com os códigos unificados, conforme demonstrativos de fls. 1.062 (Volume 05) a 1.519 (volume 06), constando uma nova diferença tributável, desta feita na monta de R\$ 91.226,57, esta relatoria verificou da análise do novo levantamento, que, equivocadamente, o autuante incluiu produtos destinados ao ativo fixo ou mercadorias adquiridas para uso e consumo (material de expediente), a exemplo de nobreak, processador, servidor, conector, durex, caneta esferográfica, rack de informática, grampo p/grampeador dentre outros, (planilha de fl.1.062 -Volume 05) o que me fez excluir tais produtos da base de cálculo por acreditar que estes não enveredam na acusação de "Vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais", por estarem fora da atividade econômica principal da empresa cujo CNAE 4649-4/99, se reporta ao Comercio Atacadista de Outros Equipamentos e artigos de uso pessoal e Domestico não especificados anteriormente.

Sendo assim, devem ser ainda expurgados da diferença tributável apontada pelo autuante após revisão, os valores decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e para uso e consumo (material de expediente) que perfaz a quantia de R\$ 51.057,97, conforme evidenciado na planilha de fl. 1.062 – Volume 5, restando a exigência sobre a base de cálculo de R\$ 40.168,58, inserindo na quantia de R\$ 6.828,66 de ICMS.

No mais, é importante ressaltar que os membros deste Colegiado, em outras oportunidades, já se pronunciaram acerca de tema idêntico, culminando em entendimento pacífico, a exemplo das decisões, abaixo transcritas:

QUANTITATIVO DE MERCADORIAS

Erros apontados pelo contribuinte acolhidos pela fiscalização com redução do crédito tributário.

Acórdão nº 5.314/99 - CRF 350/99

Relator: Cons. Venícius de Amorim Coura

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO

Diligência realizada, participando Fisco e contribuinte, aponta para a redução do crédito tributário original.

Acórdão nº 5.674/99 - CRF 219/99

Relator: Cons. Venícius de Amorim Coura

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. EXCLUSÃO DE NOTAS FISCAIS SEM REPERCUSSÃO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DEMONSTRATIVO FINANCEIRO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

Confirmada a omissão de saídas mercantis, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entrada, com exclusão de algumas notas fiscais de aquisição sem repercussão tributária. Mantida a repercussão tributária gerada pelo levantamento financeiro, que fez eclodir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Constatada a existência de estoque a descoberto e de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, mediante Levantamento Quantitativo de Mercadorias. (g.n)

Acórdão nº 192/2010. Recurso VOL/CRF-292/2009 RELATOR: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

Por derradeiro, resta-nos tecermos consideração a despeito da alegação de que a multa possui caráter confiscatório. Para tanto faz-se necessário ressaltar que o ato administrativo de aplicação da multa decorre do poder vinculado da fiscalização de tributos, e está cingido à reserva absoluta da lei: configurado o fato como infração à legislação tributária sujeito se torna, portanto, à incidência e à aplicação da norma sancionatória, que não se confunde com a figura jurídica do tributo.

Ora, a multa aplicada tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos.

Assim, para que a multa cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, não pode ter valores irrisórios. Ademais, a alegação de que a multa aplicada é confiscatória constitui arguição de inconstitucionalidade para a qual este Tribunal Administrativo não tem competência para exame e decisão, nos termos do art. 55 do novo Ordenamento Processual Estadual, aprovado pela Lei nº 10.094/2013.

Assim sendo, partindo do princípio de que a subsunção do fato à norma que descreve a conduta infracional é que deu azo à aplicação da penalidade, que decorre de previsão legal válida, vigente e eficaz que, *in casu*, decorre de infração tributária relativa à vendas sem emissão de notas fiscais, verificada pela diferença detectada através do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, nos termos do art. 82, V, “a” da Lei 6.379/96.

Todavia, é de suma importância ressaltar que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, de acordo com o Princípio da Retroatividade Benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, **necessário se faz a aplicação da redução da multa por infração no percentual de 50%, disciplinada na inteligência emergente do art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito, a partir de 01/09/2013.** Desse modo, o art. 82, V, “a” e “f” da Lei nº 6.379/96 passa a ter a seguinte dicção:

“Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II,

do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

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 a multa por infração passa a ser calculada com base no percentual de 100%, fixando-se o crédito tributário devido consoante os valores abaixo:

Infração	Data		Total
	Tributo Multa		
	Início	Fim	

VENDAS SEM EMISSÃO DE 01/01/2010 31/12/2010 6.828,66 6.828,66 13.657,32 NOTAS FISCAIS

EX POSITIS,

V O T O – Pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, para reformar a decisão proferida pela primeira instância, que julgou **PROCEDENTE**, e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000587/2012-36**, lavrado em 19/4/2012, contra a empresa **PREMIER - IMPORT. E EXP. DE PROD. ESPORTIVOS LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.153.472-4 devidamente qualificada nos autos, obrigando-a ao recolhimento do crédito tributário o montante de R\$ 13.657,32 (treze mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e trinta e dois centavos), sendo o ICMS no valor de R\$ 6.828,66 (seis mil, oitocentos e vinte e oito reais e sessenta e seis centavos), por infringência aos arts. 158, I e 160, I, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração de igual valor, nos termos do art. 82, V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelo por indevida a importância de R\$ 11.038.444,50, sendo R\$ 3.677.205,28, de ICMS e R\$ 7.361.239,22, de multa por infração.

Sala de Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 7 de agosto de 2015.

PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA
Conselheira Relatora