

PROCESSO Nº 0517822018-8

ACÓRDÃO Nº 0328/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: VIA VAREJO S/A

Advogado(a): Sr.º DANIEL RODRIGUES RIVAS DE MELO OAB/RN Nº 962-A E
OAB/PE Nº 24.855

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ -
CABEDELO

Autuante: CLOVIS CHAVES FILHO

Relatora: Cons^a. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - ACUSAÇÃO COMPROVADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – INFRAÇÃO COMPROVADA EM PARTE – ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. In casu, restou comprovada a necessidade de exclusão de algumas notas fiscais indevidamente relacionadas no levantamento realizado pela auditoria, o que fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado.*

- *Restou comprovada procedência parcial da Infração nº 0285, diante do acolhimento das provas documentais acerca das operações fiscais com vendas realizadas com cupons fiscais que tiveram emissão de outro documento fiscal, apenas para acompanhar àquelas suportadas pelo respectivo cupom fiscal.*

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

A C O R D A M 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 alterar, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000431/2018-40, lavrado em 18/4/2018, contra a empresa VIA VAREJO S/A (CCICMS: 16.220.955-0), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 238.247,46 (duzentos e trinta e oito mil, duzentos e quarenta e sete reais e 45 centavos), sendo, R\$ 158.831,62 (cento e cinquenta e oito mil, oitocentos e trinta e um reais e sessenta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 646, e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e R\$ 79.415,84 (setenta e nove mil, quatrocentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “f” e II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o montante de R\$ 63.171,29(sessenta e três mil, cento e setenta e um reais e vinte e nove centavos), sendo R\$ 31.585,65 (trinta e um mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos) de ICMS e o mesmo montante de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de junho de 2021.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

03 de Fevereiro de 1832

Processo nº 0517822018-8

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: VIA VAREJO S/A

Advogado (a): DANIEL RODRIGUES RIVAS DE MELO OAB/RN: 962-A E OAB/PE: 24.855

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: **UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO**

Autuante: CLOVIS CHAVES FILHO

Relator: Cons^a. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - ACUSAÇÃO COMPROVADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – INFRAÇÃO COMPROVADA EM PARTE – ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. *In casu*, restou comprovada a necessidade de exclusão de algumas notas fiscais indevidamente relacionadas no levantamento realizado pela auditoria, o que fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado.

- Restou comprovada procedência parcial da Infração nº 0285, diante do acolhimento das provas documentais acerca das operações fiscais com vendas realizadas com cupons fiscais que tiveram emissão de outro documento fiscal, apenas para acompanhar àquelas suportadas pelo respectivo cupom fiscal.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000431/208-40, lavrado em 18/04/2018 contra a empresa VIA VAREJO S/A (CCICMS: 16.213.712-5), em razão das seguintes irregularidades, conforme a descrição dos fatos, abaixo transcritos:

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias advindas de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa.: PLANILHA DE DOCUMENTOS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADOS NA EFD, CONFORME DEMONSTRATIVO DE DADOS ANEXO AOS AUTOS.

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

Nota Explicativa: DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS COM CFOP 5929 E 6229, CONFORME CONSTA NOS DEMONSTRATIVOS DE APURAÇÃO MENSAL, BEM COMO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NAS OPERAÇÕES COM CFOP – 5949, ATRAVES DA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS CONSTANTES DE PLANILHA DE DADOS ANEXO E ALGUMAS AMOSTRAS DE DOCUMENTOS FISCAIS.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 301.418,75 (trezentos e um mil, quatrocentos e dezoito reais e setenta e cinco centavos), sendo R\$ 190.602,87 (cento e noventa mil, seiscentos e dois reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, I; c/fulcro no art. 646 e art. 106, todos do RICMS/PB e R\$ 110.815,88 (cento e dez mil, oitocentos e quinze reais e oitenta e oito centavos) a título de multa por infração, arrimada nos art. 82, V, “f” e II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos juntados aos autos às fls. 10 a 131.

Cientificada da acusação por via postal, com Aviso de Recebimento, recepcionado em 17/1/18, fl. 9, a autuada apresentou peça impugnatória, fls. 134 a 144, e anexos às fls. 145/219, protocolada em 4/6/18, alegando os seguintes pontos em sua defesa:

- i) No que se refere a acusação de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios, informe que, apesar de não ter escriturado os documentos fiscais, tal procedimento se deu em razão da devolução das mercadorias para o Centro de Distribuição – CD, por terem sido recusadas pela autuada, fato este comprovado pela emissão de notas fiscais de devolução, Anexo 3;
- ii) Em relação a segunda infração, alega equívoco formal ao indicar o CFOP 6229 que deveria constar o CFOP 6929, onde as operações constantes das notas fiscais se referem a vendas realizadas com cupom fiscal, diante do pedido dos clientes para emissão de outro documento fiscal que não se trata de nova operação, mas para acompanhar àquela suportada pelo respectivo cupom fiscal;
- iii) No tocante às operações constantes no CFOP 5949, aduz se tratar de situações de troca e substituição de mercadorias por outras, feita pelos clientes, bem como insucesso de entrega das mercadorias, afirmando que realizará levantamento para demonstrar o vínculo das entradas e das saídas para comprovar a ausência de tributação de ICMS;
- iv) Que a fiscalização incorreu em multa excessiva, evidenciando caráter confiscatório, citando doutrina e jurisprudência relacionada ao tema.

Ao final, requer seja dado provimento à Impugnação, para que seja decretada a improcedência do Auto de Infração, e, sucessivamente, requer a realização de diligência fiscal.

Consta aos autos, juntada de documentos às fls. 145 a 219.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, condenando a empresa ao crédito tributário no montante de R\$ 282.489,88, sendo R\$ 180.952,83 de ICMS e R\$ 101.537,05 de multa por infração, conforme ementa abaixo:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. PARCIAL. PARCIALIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. PROVAS ACOLHIDAS DE OPERAÇÕES SEM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. PARCIALIDADE DAS DENÚNCIAS.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646, IV do RICMS/PB. “*In casu*”, comprovou-se a parcialidade da acusação diante da constatação de operações fiscais analisadas pela fiscalização, no tocante às notas fiscais de entrada tidas como não informadas no registro de entrada da EFD, sendo mantidos os demais documentos por plena repercussão tributária.

- Restou comprovada procedência parcial da Infração nº 0285, diante do acolhimento das provas documentais acerca das operações fiscais com vendas realizadas com cupons fiscais que tiveram emissão de outro documento fiscal, apenas para acompanhar àquelas suportadas pelo respectivo cupom fiscal.

- Regularidade na aplicação da penalidade de multa aplicada, tendo em vista

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificada da decisão *a quo* em 28/12/2020, a autuada interpôs recurso voluntário, fl. 237 a 250, apresentando, em síntese, as seguintes alegações em sua defesa:

- a. Que as Notas Fiscais nº 001923534 e nº 001923535, respectivamente, devolveram as mercadorias transferidas nas notas fiscais de nº 01914995 e 01914996 e foram consideradas para fins de cobrança da multa e deveriam ser excluídas;
- b. Que as Nfs 01914996, 01914995, 1914994, 191997, 1914998 e 1915102 também tiveram as suas mercadorias devolvidas pelas NFs devolução nºs 1923522, 19223536, 1923537 e 1923538, respectivamente, evitando assim qualquer prejuízo ao Erário;
- c. Que o Centro de Distribuição (CD) enviou mercadorias em desacordo com o solicitado pela loja, houve recusa da nota fiscal e posterior emissão de documento fiscal de entrada emitido pelo próprio CD, caracterizando assim estorno de mercadoria;
- d. Outra parte das notas fiscais consideradas pelo Fisco para fins de cobrança de multa, se referem a notas de baixa de estoque, sem tributação, as quais foram devidamente escrituradas na EFD;
- e. Registra que a recorrente só teve acesso às planilhas que compuseram a presente autuação no formato “PDF”, o que, por sua vez, cerceou o seu direito de defesa, dificultando a busca de documentos, devendo ser a infração julgada improcedente;
- f. Que a fiscalização cometeu um pequeno equívoco formal ao indicar o CFOP 6229 para as operações que forma objeto da presente infração, pois, deveria constar o CFOP 6929;
- g. Em relação aos CFOP’s 5929 e 6929, as respectivas notas fiscais se referem a operações de acompanhamento de cupom fiscal. Ou seja, os clientes ao realizarem compras de produtos, solicitam um outro documento fiscal em razão da fragilidade do papel do cupom fiscal que por vezes apaga com o transcurso do tempo.
- h. Efeito confiscatório da multa.

- i. Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração em tela.

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

Com pedido de sustentação oral, foi emitida solicitação de parecer (fls.), com expedição do mesmo pelo assessor jurídico da Casa, doutor Sérgio Roberto Félix Lima, conforme disposição no processo às folhas xxx-xxx.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001211/2015-91, lavrado em 31/7/2015, fls. 3 a 5, contra a empresa VIA VAREJO S/A, devidamente qualificada nos autos.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Inicialmente, cumpro-me declarar que a peça acusatória se apresenta apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que se procedeu conforme os requisitos da legislação de regência, estando nele delineadas as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, da Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), não se vislumbrando quaisquer incorreções ou omissões que venham a caracterizar a sua nulidade.

Do Pedido de Diligência

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

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

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

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

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

Portanto, no caso em exame, os pontos contestados pela recorrente, na peça impugnatória, estão claramente dispostos nos autos, sendo mais que suficientes para a elucidação da controvérsia, não havendo, portanto, a necessidade de realização de diligência para identificá-los.

DO MÉRITO

Acusação 01: Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos meses de julho, outubro, novembro e dezembro, referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos às folhas 10 a 131 dos autos.

É oportuno destacar que o crédito tributário ora analisado teve suporte em prova material coletadas no cruzamento de dados do SPED FISCAL, pertinente as notas fiscais de entrada nas operações internas e interestaduais realizadas pela empresa autuada junto aos seus fornecedores.

Cabe esclarecer, que a obrigatoriedade de escrituração nos livros próprios envolve todos os registros de entrada de mercadorias, tributadas ou não, com a qual o contribuinte transacione em determinado período, de acordo com o que estabelece o art. 4º e 8º do Decreto 30.478/09. Vejamos:

Art. 4º O arquivo digital da EFD será gerado pelo contribuinte de acordo com as especificações do leiaute definido em Ato COTEPE e conterá a totalidade das informações econômico-fiscais e contábeis correspondentes ao período compreendido entre o primeiro e o último dia do mês.

§ 1º Para efeito do disposto no “caput”, considera-se totalidade das informações:

I - as relativas às entradas e saídas de mercadorias bem como aos serviços prestados e tomados, incluindo a descrição dos itens de mercadorias, produtos e serviços;

II - as relativas a quantidade, descrição e valores de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação, em posse ou pertencentes ao estabelecimento do contribuinte declarante, ou fora do estabelecimento e em poder de terceiros;

III - qualquer informação que repercuta no inventário físico e contábil, na apuração, no pagamento ou na cobrança do ICMS ou outras de interesse da administração tributária.

§ 2º Qualquer situação de exceção na tributação do ICMS, tais como isenção, imunidade, não-incidência, diferimento ou suspensão do recolhimento, também deverá ser informada no arquivo digital, indicando-se o respectivo dispositivo legal.

§ 3º As informações deverão ser prestadas sob o enfoque do declarante.

Art. 8º O leiaute do arquivo digital da EFD, definido em Ato COTEPE, será estruturado por dados organizados em blocos e detalhados por registros, de forma a identificar perfeitamente a totalidade das informações a que se refere o § 1º do art. 4º deste Decreto.

Parágrafo único. Os registros a que se refere o “caput” constituem-se da gravação, em meio digital, das informações contidas nos documentos emitidos ou recebidos, a qualquer título em meio físico ou digital, além de classificações e ajustes efetuados pelo próprio contribuinte e de outras informações de interesse fiscal.

Como se sabe, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

- a) insuficiência de caixa;
- b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas; (g.n.)

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

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;

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas. Senão vejamos:

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Deve-se ressaltar que, nesses casos, não importa a situação da tributação das mercadorias constantes das notas fiscais ou a simples negativa da aquisição, diante das chaves de acesso das notas fiscais, apensadas aos autos, cujo destinatário encontra-se a empresa autuada, não se vinculando, também, a tipo de tributação, a qual as mercadorias estejam submetidas, nos casos, por exemplo, de mercadorias sujeitas à substituição tributária e/ou isentas, que não sucumbem à exigência, pois a presunção é de que o pagamento de despesas sem o devido registro na escrita fiscal/contábil se verificou em decorrência de saídas pretéritas sem emissão de nota fiscal.

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Instada a se pronunciar, a empresa autuada, ao comparecer aos autos, refutou parte das notas fiscais autuadas sob o argumento que estariam lançadas na sua escrituração contábil ou que tratariam de operações de devolução.

Pois bem. Analisando os autos e as prova apresentadas, é possível observar que o julgador monocrático, diante de tais alegações, acertadamente afastou do lançamento inicial, as notas fiscais nº 01914995 e nº 01914996, referentes ao mês de julho de 2015, diante da existência de devolução das mercadorias, por representarem relações comerciais que não envolvem desembolso financeiro, mantendo os demais documentos legais.

Todavia, realizada as considerações acima, passo a análise do recurso apresentado pela defesa, onde após análise das provas apresentadas, estou afastando a acusação sobre as notas fiscais nº 1914994, 1914997, 1914998, 1915102 e 1923533, por se tratar de operações que foram anuladas, conforme cópias dos documentos fiscais anexados aos autos, comprovando-se assim, o desfazimento do negócio.

Outrossim afasto a acusação sobre as notas fiscais números 1923533, 1923534, 1923535, 1923536, 1923537 e 1923538, visto que os citados documentos fiscais se relacionam a operações de entrada na filial CNPJ 33.041.260/1394-05, localizada em Camaçari/BA, portanto, não tendo como destino a autuada, conforme documentos às folhas 257, 258, 259, 260 e 261 dos autos.

Da mesma forma, assiste razão a recorrente, pois em consulta ao Sistema ATF, módulo declarações, resta comprovado que os documentos fiscais números 44423, 44424, 44425, 44426, 44427, 44428, 44429, 44430 e 44431, estão devidamente declarados em sua EFD do mês de dezembro de 2015, o qual excluímos da presente denúncia, conforme dados abaixo extraídos de sua declaração entregue ao fisco.

Falta de Recolhimento do ICMS

Para a segunda infração, relativa à FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, os créditos tributários lançados, foram motivados pela constatação de que a recorrente deixou de recolher o ICMS no exercício de 2014, bem como, meses de janeiro a junho e dezembro de 2015, em virtude de operações fiscais sem destaque do ICMS.

A fiscalização considerou o procedimento de reconstituição da conta gráfica, exigindo a diferença do ICMS, entre os valores escriturados e as operações sem destaque do imposto, surgindo à diferença entre os valores a recolher e recolhido do ICMS, motivando a supressão do imposto, de acordo com os demonstrativos às fls. 12 a 14 dos autos.

Com efeito, ao indicar o dispositivo legal violado, a fiscalização apontou, o artigo 106 do RICMS/PB. Vejamos o teor do referido dispositivo legal:

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

I - antecipadamente:

- a) na saída de mercadorias de estabelecimento produtor ou extrator de substâncias minerais, que não tenha organização administrativa e comercial adequada ao atendimento das obrigações fiscais, no momento da expedição da Nota Fiscal Avulsa;
- b) na prestação de serviços de transporte por pessoa física ou jurídica, autônoma ou não, que não seja inscrita no CCICMS deste Estado;
- c) na prestação de serviços de transporte iniciada onde o contribuinte não possua estabelecimento inscrito, ainda que o serviço seja prestado dentro do Estado;
- d) na saída de mercadoria de repartição fiscal que processar despacho aduaneiro, inclusive na realização de leilão;
- e) REVOGADA (Decreto nº 35.604/14);
- f) REVOGADA (Decreto nº 36.213/15);
- 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;

Nova redação dada à alínea “g” do inciso I do art. 106 pela alínea “a” do inciso II do art. 1º do Decreto nº 40.148/20 - DOE de 27.03.2020. OBS: o art. 2º do Decreto nº 40.230/20 – DOE de 12.05.2020 deu nova redação ao art. 2º do Decreto nº 40.148/20 para postergar os efeitos da nova redação dada à alínea “g” do inciso I do art. 106 para 1º de janeiro de 2021.

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Fazenda 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;

h) nas operações e prestações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial ou industrial que esteja inadimplente com suas obrigações principal ou acessória, observado o disposto nos §§ 6º 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);

j) nas operações e prestações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial ou industrial, cujo quadro societário seja composto por pessoas físicas ou jurídicas corresponsáveis por débito inscrito em Dívida Ativa, observado o disposto nos §§ 6º e 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;

b) estabelecimentos produtores;

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL (Decreto nº 35.604/14);

d) utilização de serviços cuja prestação se inicie em outra unidade da Federação e não esteja vinculada à operação subsequente alcançada pela incidência do imposto, para contribuintes enquadrados no regime de apuração normal ou optantes pelo SIMPLES NACIONAL (Decreto nº 35.604/14);

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;

III - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) empresas distribuidoras de energia elétrica;

b) empresas prestadoras de serviços de transporte, quando regularmente inscritas neste Estado;

c) empresas prestadoras de serviços de comunicação;

IV - até o 10º (décimo) dia do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos casos de estabelecimentos industriais;

V - no prazo normal estabelecido para a respectiva categoria econômica, pelo contribuinte regularmente inscrito neste Estado, quando emitente do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTCR, na prestação de serviços de transporte de mercadorias ou bens de sua propriedade, produção, comercialização ou em consignação, utilizando veículo próprio ou contratado a transportador autônomo;

VI - na data do encerramento das atividades do contribuinte, relativamente às mercadorias constantes do estoque final do estabelecimento, observado o disposto no inciso XI do art. 14;

VII - no caso de transporte aéreo, o recolhimento do imposto será efetuado, parcialmente, em percentual não inferior a 70% (setenta por cento) do valor devido no mês anterior ao da ocorrência dos fatos geradores, até o dia 10 (dez) e a sua complementação até o último dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços;

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

Em sua defesa, a empresa aduz que a situação se deve a ocorrência de equívoco formal por parte da fiscalização, ao indicar o CFOP 6229, o qual deveria constar o CFOP 6929, onde as operações constantes nas notas fiscais se referem a vendas realizadas com cupom fiscal, diante do pedido de clientes para emissão de outro documento fiscal, não se tratando de nova operação.

Todavia, tal alegação não exime a repercussão tributária apurada pela fiscalização, bem como não há provas apresentadas que possam evidenciar que as operações fiscais com CFOP 5949 retratariam situações de troca e substituição de mercadorias por outras ou que haveria insucesso na entrega das mercadorias com a emissão de novas documentações fiscais.

Por seu turno, o julgador singular, observou que havia operações fiscais com vendas realizadas com cupom fiscal que tiveram emissão de outro documento fiscal a pedido dos clientes, ou seja, tratando de uma nova operação fiscal, para acompanhar àquela suportada pelo respectivo cupom fiscal.

Deste modo, corroboro com os ajustes realizados pelo referido julgador, que excluiu do crédito tributário as notas fiscais de números 0013159, 0013160, 0013161, 0024917, 0034583, 0041116, que se encontram apresentadas às fls. 213/219 dos autos, diante da inexistência de repercussão tributária.

Isto posto, demonstrando a autenticidade das provas, cujo levantamento resultou na identificação das notas fiscais de aquisição não lançadas na Escrituração Fiscal Digital, assistindo razão a autuada em relação as notas fiscais supramencionadas, o qual excluímos da presente denúncia, ficando assim constituído o crédito tributário objeto da presente acusação:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS	MULTA	CANCELADO 2ª INSTÂNCIA	CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO
0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F DE AQUISIÇÃO	jul/15	R\$29.680,99	R\$29.680,99	R\$59.361,98	R\$0,00
	out/15	R\$11,33	R\$11,33	R\$22,66	R\$0,00
	nov/15	R\$88,58	R\$88,58	R\$177,16	R\$0,00

	dez/15	R\$1.247,91	R\$1.247,91	R\$2.495,82	R\$0,00
0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS	jan/14	R\$5.382,08	R\$2.691,04	R\$0,00	R\$8.073,12
	fev/14	R\$7.689,06	R\$3.844,53	R\$0,00	R\$11.533,59
	mar/14	R\$4.040,38	R\$2.020,19	R\$0,00	R\$6.060,57
	abr/14	R\$7.661,50	R\$3.830,75	R\$0,00	R\$11.492,25
	mai/14	R\$4.339,01	R\$2.169,51	R\$0,00	R\$6.508,52
	jun/14	R\$4.418,43	R\$2.209,22	R\$0,00	R\$6.627,65
	jul/14	R\$8.773,72	R\$4.386,86	R\$0,00	R\$13.160,58
	ago/14	R\$6.001,26	R\$3.000,63	R\$0,00	R\$9.001,89
	set/14	R\$9.555,74	R\$4.777,87	R\$0,00	R\$14.333,61
	out/14	R\$4.005,12	R\$2.002,56	0,,00	R\$6.007,68
	nov/14	R\$7.141,72	R\$3.570,80	R\$0,00	R\$10.712,58
	dez/14	R\$9.879,20	R\$4.939,60	R\$0,00	R\$14.818,80
0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS	jan/15	R\$10.460,51	R\$5.230,26	R\$0,00	R\$15.690,77
	fev/15	R\$8.622,96	R\$4.311,48	0,,00	R\$12.934,44
	mar/15	R\$14.466,43	R\$7.233,22	R\$0,00	R\$21.699,65
	abr/15	R\$9.184,19	R\$4.592,10	R\$0,00	R\$13.776,29
	mai/15	R\$8.159,22	R\$4.079,61	R\$0,00	R\$12.238,83
	jun/15	R\$7.156,97	R\$3.578,49	0,,00	R\$10.735,46
	dez/15	R\$21.894,12	R\$10.947,06	0,,00	R\$32.841,18
TOTAL		R\$189.860,43	R\$110.444,59	R\$62.057,62	R\$238.247,46

Do efeito confiscatório de multa

Prosseguindo sua defesa, a autuada sustenta que a multa aplicada desconsidera o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, argumento que não pode ser acatado em instância administrativa, conforme preconiza a Lei nº 10.094/13, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário no Estado da Paraíba e instituiu em seu art. 55, limitação material na competência dos órgãos julgadores, mais especificamente, a declaração de inconstitucionalidade ou a aplicação da equidade, inviabilizando o pedido formulado, in verbis:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Há de ser destacado que este entendimento também está em consonância com a Súmula Administrativa nº 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

Assim, não há como prosperar tal requerimento uma vez que as diretrizes da política tributária se inserem na competência do Poder Legislativo, cabendo ao Judiciário a avaliação de conformidade com as regras constitucionais.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000431/2018-40, lavrado em 18/4/2018, contra a empresa VIA VAREJO S/A (CCICMS: 16.220.955-0), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 238.247,46 (duzentos e trinta e oito mil, duzentos e quarenta e sete reais e 45 centavos), sendo, R\$ 158.831,62 (cento e cinquenta e oito mil, oitocentos e trinta e um reais e sessenta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, e 160, I, c/ fulcro no art. 646, e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 do RICMS/PB, e R\$ 79.415,84 (setenta e nove mil, quatrocentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “f” e II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o montante de R\$ 63.171,29 (sessenta e três mil, cento e setenta e um reais e vinte e nove centavos), sendo R\$ 31.585,65 (trinta e um mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos) de ICMS e o mesmo montante de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de junho de 2021.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

03 de Fevereiro de 1832