



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

Processo Nº156.033.2012-5

Recursos HIE/VOL/CRF Nº037/2016

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROC. FISCAIS–GEJUP.

1ª Recorrida:ALPARGATAS S.A

2ª Recorrente:ALPARGATAS S.A

2ª Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROC. FISCAIS–GEJUP.

Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE SANTA RITA

Autuantes:JAIMAR MEDEIROS DE SOUZA E JOÃO FERNANDES DE ARAÚJO

Relatora:CONSª.NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO FIXO). CRÉDITO INDEVIDO (USO E/OU CONSUMO). CRÉDITO INEXISTENTE. CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO). FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS. LAUDO REVISIONAL. DECADÊNCIA PARCIAL. REVISÃO DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO..

O aproveitamento de créditos fiscais deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação em vigor.

Deixar de registrar as entradas de mercadorias da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Cabe o lançamento do imposto aos que deixarem de lançar as saídas realizadas nos livros próprios. Valores alcançados pela decadência e ajustes realizados pelos fazendários levaram à parcial sucumbência do crédito tributário. Aplicada a redução da multa em virtude de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo DESPROVIMENTO do primeiro e PROVIMENTO PARCIAL do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática, e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003447/2012-10, lavrado em 26/12/2012, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.034.741-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 939.644,39 (novecentos e trinta e nove mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e trinta e nove centavos), sendo R\$ 494.509,16 (quatrocentos e noventa e quatro mil, quinhentos e nove

reais e dezesseis centavos) de ICMS, por infração aos arts. 72 e 73 c/c art. 77; arts. 158, I, e. 160, I c/c ar. 646 e art. 277 e 60, I e III; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 445.135,23 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, cento e trinta e cinco reais e vinte e três centavos) de multa por infração aos artigos 82, II, “b”, e V, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o valor de R\$ 13.617.215,81 (treze milhões, seiscentos e dezessete mil, duzentos e quinze reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 4.496.947,53 (quatro milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, novecentos e quarenta e sete reais e cinquenta e três centavos) de ICMS e R\$ 9.120.268,28 (nove milhões, centos e vinte mil, duzentos e sessenta e oito reais e vinte e oito centavos), 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.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de novembro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, GILVIA DANTAS MACEDO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THÁIS GUIMARÃES TEIXEIRA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003447/2012-10, lavrado em 26/12/2012, contra a empresa ALPARGATAS S.A., com ciência pessoal, em 28/12/2012, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2007 e 31/12/2007, constam as seguintes denúncias:

Descrição da Infração:

CRÉDITO INDEVIDO (BENS ADQUIRIDOS P/ATIVO FIXO) >> Falta de recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte ter aproveitado o crédito relativo à aquisição de ativo(s) fixo(s) não respeitando a razão de um quarenta e oito avos.

Nota Explicativa:

CRÉDITO FISCAL INDEVIDO REFERENTE A ENTRADA PARA O ATIVO FIXO NO EXERCÍCIO DE 2007.

Descrição da Infração:

CRÉDITO INDEVIDO (MERC. DESTINADAS AO USO /OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documentos fiscal(is), consignando mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

CRÉDITO FISCAL INDEVIDO POR ENTRADA DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO NO EXERCÍCIO DE 2007.

Descrição da Infração:

CRÉDITO INEXISTENTE >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou crédito(s) de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

CRÉDITO FISCAL INDEVIDO REFERENTE A DOCUMENTO FISCAL NÃO COMPROVADO, NO EXERCÍCIO DE 2007.

Descrição da Infração:

CRÉDITO INDEVIDO (Crédito Maior que o Permitido) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), em valor maior que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

CRÉDITO FISCAL MAIOR QUE O INFORMADO NO DOCUMENTO FISCAL, NO EXERCÍCIO DE 2007.

FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO REGISTRADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADA, NO EXERCÍCIO de 2007.

Descrição da Infração:

NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros de Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis, conforme documentação fiscal.

Nota Explicativa:

NOTAS FISCAIS DE SAÍDA NÃO REGISTRADAS NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDA, NO EXERCÍCIO DE 2007.

Foram dados como infringidos os artigos 78, I; 72, §1º, I; art. 72 e 73, c/c art. 77; art. 74 c/c art. 75, §1º; art. 158, I e 160, I c/ fulcro art. 646; art. 277 e parágrafos, c/c art. 60, I e III; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97.

Com proposição das penalidades previstas nos artigos 82, V, “h”; 82, V, “f” e 82, II, “b”; todos da Lei nº 6.379/96.

E apurado um crédito tributário no valor de R\$ 14.556.860,20, sendo R\$ 4.991.456,69, de ICMS, e R\$ 9.565.403,51, de multa por infração.

Inconformada com a autuação, a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 15/01/2013(*fls. 567- 568*), onde expõe sobre os seguintes pontos:

Diz que, após análise preliminar, pôde constatar que a maior parte dos débitos fiscais é improcedente ensejando o cancelamento dessas exigências fiscais.

Como forma de provar essas alegações, solicita a realização de diligência para que sejam examinados os documentos contábeis e fiscais do contribuinte em prazo a ser estabelecido pela Repartição Preparadora. Requerendo, ainda, que seja consignada a interrupção do prazo para a apresentação da competente e eventual impugnação ao lançamento fiscal.

Deferido o pedido de diligência e recolhido o valor de R\$ 2.814,40, referente a custas processuais, conforme registro no sistema ATF, foram designados os auditores fiscais, Antônio Andrade Lima, Mat. nº 145.924-4 e Gilberto Almeida Holanda, Mat. nº 145.976-7, para realizarem os trabalhos (*fl. 657*).

Cumprindo o que foi determinado, os revisores elaboraram relatório de diligência, onde concluíram pela exigência de um ICMS no valor de R\$ 644.859,19 (*fls. 1.316 – 1.321*).

Por sua vez, os autuantes se manifestam em contestação, discordando dos valores levantados na diligência fiscal, defendendo a cobrança de um ICMS no montante de R\$ 804.011,19, (*fls. 1.335-1.341*).

Com informação de antecedentes fiscais, porém, sem caracterizar reincidência, os autos foram conclusos (*fl. 1.344*), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Alessandro Alves, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 1.197.071,55, sendo R\$ 623.222,74 de ICMS e R\$ 573.848,81, de multa por infração, com indicativo de recurso de ofício nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013 (*fls. 1.348-1.365*).

Cientificada, pessoalmente, da decisão de primeira instância, em 8/1/2016 (*fl. 1.369*), a autuada, através de advogados constituídos, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 29/1/2016 (*fls. 1.373-1.386*).

De início, protesta pela intimação dos seus advogados para que possam fazer a sustentação oral de suas razões por ocasião da sessão de julgamento do presente recurso.

Em seguida, discorre sobre a tempestividade do recurso e logo após passa a expor os fatos e motivos que deram origem ao lançamento fiscal, para, prontamente apresentar suas razões para reformar a decisão recorrida.

Argui a decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos antes de 28.12.2007, defendendo a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, sob o argumento que houve princípio de pagamento para essas infrações.

Confronta as multas aplicadas, por entender que são desproporcionais e de caráter confiscatório, requerendo a sua redução ou, alternativamente, seu reenquadramento, por não se amoldar ao tipo indicado pelos auditores, uma vez que denota uma conduta dolosa, ressaltando que não se cogita de tal hipótese no presente caso.

Conclui, requerendo que seja conhecido e integralmente provido o presente recurso voluntário, para que sejam cancelados *in totum* os valores apurados no auto de infração e reconhecida a decadência sobre os valores relativos a fatos geradores ocorridos antes de 28.12.2007.

De outro modo, requer que sejam afastadas as multas aplicadas ou, ao menos o seu reenquadramento de modo a se adequarem à conduta praticada pela recorrente.

Por fim, protesta pela intimação de seus advogados para que possam fazer a sustentação oral de suas razões por ocasião do julgamento do recurso.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

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 93300008.09.00003447/2012-10, lavrado em 26/12/2012, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncias anteriormente relatadas.

DECADÊNCIA

Analisaremos, em primeiro lugar, a arguição da decadência dos créditos tributários, referentes a fatos geradores ocorridos até 28/12/2007.

Como se sabe a decadência, no direito tributário, é a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, 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, estabeleceu, através da 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, o sujeito passivo, tendo prestado a devida declaração ao Fisco, foi autuado pela fiscalização por (1) CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO FIXO), (2) CRÉDITO INDEVIDO (USO E/OU CONSUMO), (3) CRÉDITO INEXISTENTE e (4) CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO A MAIOR QUE O PERMITIDO), em razão da apropriação incorreta de créditos fiscais, no exercício de 2007, resultando no pagamento a menor do ICMS.

Assim, consubstanciando-se que a autuada prestou ao Fisco a devida declaração dos valores, por ela apurados, nos períodos elencados no auto de infração, aplica-se a regra do art. 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013, cabendo à fiscalização se pronunciar, sobre os valores declarados e recolhidos, nos prazos previstos na norma citada, providenciando de ofício o lançamento complementar.

Isto posto, a decadência aqui tratada alcança o lançamento fiscal efetuado com finalidade de recuperar o imposto não pago, em decorrência da dedução indevida de créditos fiscais na apuração dos valores referentes aos fatos geradores de cada período.

Neste sentido, reproduzimos, abaixo, decisão do STJ, sobre o assunto:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A [CONSTITUIÇÃO](#) DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. [150](#), [§ 4º](#), DO [CTN](#). MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do [REsp 973.733/SC](#), realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. [173](#), I, do [CTN](#) se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

3. "[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o [§ 4º](#) do art. [150](#) do [CTN](#)" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário aponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. 7. Agravo regimental não provido.

Destarte, tendo o Auto de Infração se consolidado em 28/12/2012, com a ciência da autuada, efetuada nesta data, este Conselho de Recursos Fiscais tem adotado o entendimento que os fatos geradores ocorridos até 30/11/2007, para as infrações retro mencionadas, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos artigos 150, §4º, do CTN e 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013, supramencionados.

De forma distinta, as infrações (5) FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS, e (6) NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS, tratam de imposto não recolhido, em virtude de a autuada ter omitido fatos geradores do imposto, deixando, assim, de efetuar a apuração correta do *quantum debeatur*.

Nesses casos, não há que se falar em pagamento efetuado, como expôs a recorrente, pois sem o registro dessas operações nos livros fiscais, não foram computados, na apuração mensal do imposto, os valores referentes aos fatos geradores omitidos. Assim, não há o que se homologar, devendo, os valores omitidos, serem providenciados através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial, conforme o art. 173, I, do CTN, acima transcrito.

Portanto, considero que esses lançamentos não são passíveis de extinção pela decadência, pois esta só se operaria em 1/1/2013, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, considero que se operou a decadência para as infrações (1) CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO FIXO) e (2) CRÉDITO INDEVIDO (USO E/OU CONSUMO), no entanto, em divergência com a decisão da instância singular, considero que, em relação às infrações de (3) CRÉDITO INEXISTENTE e (4) CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO A MAIOR QUE O PERMITIDO), a decadência alcançou os fatos geradores ocorridos até 30/11/2007, restando subsistentes os relativos ao período de 01/12/2007 a 31/12/2007.

MÉRITO

Em vista da decadência dos valores referentes às infrações acima mencionadas, trataremos a seguir dos créditos remanescentes.

Crédito Inexistente

Trata a acusação de utilização de crédito fiscal sem amparo documental, onde a fiscalização autuou o contribuinte com base nos valores lançados na sua escrita fiscal, conforme discriminado nas fls. 49-54.

Com efeito, o aproveitamento do crédito fiscal está condicionado ao valor do imposto consignado no documento fiscal, sendo este o instrumento que comprova a realização da operação, identificando sua natureza, a origem e destino das mercadorias, o regime de tributação e o valor da operação com o respectivo destaque do imposto, que será o valor a ser compensado como crédito fiscal.

Neste sentido, cabe ressaltar que é obrigação do contribuinte a emissão de nota fiscal, para a cada operação realizada, conforme disciplina o art. 158, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

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;

II - na transmissão de propriedade das mercadorias quando estas não devam transitar pelo estabelecimento transmitente;

III - sempre que, no estabelecimento, entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente, nas hipóteses do art. 172.

Por outro lado, a diligência fiscal veio a comprovar a regularidade de parte das operações do contribuinte, onde se apurou um ICMS no valor de R\$ 9.926,21, *fl. 1.319*.

Assim, considerando os períodos alcançados pela decadência, resta subsistente o valor de R\$ 5.756,34, referente ao mês de dezembro/2007, conforme apurado no relatório de diligência fiscal (*fl. 1.318*).

Crédito Indevido

(Crédito Maior que o Permitido)

Nesta acusação o contribuinte foi autuado por ter se utilizado de crédito fiscal em valor superior ao consignado no documento fiscal conforme demonstrativo (*fls. 14-49*).

Analisando as peças processuais, verifica-se que parte desses valores foi excluída da exigência fiscal, por se referir a operações de devoluções de vendas de clientes localizados em outras unidades da Federação, o que referenda a correção da apropriação dos créditos fiscais correspondentes.

Abatidos os valores justificados, a diligência fiscal apurou um valor a exigir no montante de R\$ 5.683,12, conforme relatório (*fl. 1.317*).

Entretanto, verificada a decadência para os fatos geradores ocorridos até 30/11/2007 e dos valores nulos apurados para o mês de dezembro/2007, nada mais resta a exigir.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta acusação, a reclamante foi autuada pela fiscalização por deixar de registrar, nos livros fiscais próprios, as notas fiscais de aquisição discriminadas nos autos (*fls. 54-310*). Para embasar a acusação, a auditoria anexou ao processo cópias das Notas Fiscais referentes às operações interestaduais (*fls. 457-600*).

Nesta denúncia, presume-se que, ao deixar de efetuar o registro das notas fiscais de entradas de

mercadorias nos livros próprios, o contribuinte omitiu saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, *verbis*:

Art. 646 – O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.” (g.n.)

Como se observa, a falta do registro das notas fiscais de entrada de mercadorias nos livros próprios da empresa impõe a transferência do ônus da prova negativa de aquisição, sob a razão de que foram realizadas compras sem utilização de receita legítima constante do caixa escritural.

Em primeira instância, o julgador singular, em consonância com o resultado levantado na diligência fiscal (fl. 1.319), reduziu o valor apurado no auto de infração para um patamar de **R\$ 524.474,88**.

Com efeito, foram abatidos, da base de cálculo do imposto, os valores referentes às operações: (i) de remessa para depósito fechado – CFOP 5.905 (fls. 828-925); (ii) relativas às Notas Fiscais emitidas pela empresa EMBRASA, onde se verificou que foram lançadas no Livro Registro de Entradas com numeração de apenas 6 (seis) dígitos (fls. 653-690); (iii) de vendas a clientes registradas nos livros de saída de mercadorias (fls. 926-1.129); (iv) baixadas por destruição (fls. 1.130-1.132); (v) registradas em outro CNPJ (fl. 1.133-1.142); (vi) de remessa referente a importação com o ICMS destacado na Nota mãe (fls. 1.143-1.149); (vii) de prestação serviços (fls. 1.150- 1.272); (viii) com registro incorreto das Notas Fiscais (fls. 1.273-1.275); (ix) para outras filiais (fls. 1.276-1.279); (x) para outro contribuinte (fls. 1.280-1.281); (xi) recusadas (fls. 1.282-1.284) e (xii) contribuinte incorreto (fls. 1.285-1.286).

No entanto, considero que, também, não devem ser computados os valores relativos às Notas Fiscais de transferência, emitidas por outras empresas do mesmo grupo, por configurarem operações sem repercussão financeira, elidindo a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Assim, os valores da infração passam a ser os seguintes:

NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS

AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS

Nesta acusação, o contribuinte foi autuado em razão de ter deixado de escriturar as notas fiscais de saídas nos livros próprios, acarretando a falta de recolhimento do ICMS, conforme planilha anexada ao processo (fls. 310-316).

Como se sabe, além da obrigação de emitir a respectiva Nota Fiscal, quando das saídas das mercadorias, cabe, também, ao contribuinte efetuar o devido registro nos livros próprios, com finalidade de se apurar o *quantum debeatur* do imposto, que deve ser recolhido ao final de cada período de apuração.

No caso, a empresa deixou de registrar as Notas Fiscais, referentes às saídas de mercadorias, nos livros de Registro de Saídas e Apuração do ICMS, deixando de apurar corretamente o valor do imposto a ser recolhido.

Assim, foi então autuada pela fiscalização por agir em desacordo com o art. 60, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 60. *Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:*

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;*
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;*
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;*
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;*

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;*
- b) o valor de outros débitos;*
- c) o valor dos estornos de créditos;*
- d) o valor total do débito do imposto;*

- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;*
- f) o valor de outros créditos;*
- g) o valor dos estornos de débitos;*
- h) o valor total do crédito do imposto;*
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";*
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;*
- l) o valor do imposto a recolher;*
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".*

Em decisão monocrática, o julgador singular reduziu o montante do imposto, ao valor de **R\$ 98.747,86**, em consonância com o resultado apurado na diligência fiscal, (fl.1.320).

Assim, ratifico o valor fixado na primeira instância em razão das justificativas constantes do relatório da diligência fiscal.

REDUÇÃO DA MULTA

No que diz respeito à multa aplicada, considerada exorbitante pela recorrente, veremos que não há sustentação para essas alegações:

Como se sabe, o princípio de vedação ao confisco no direito tributário é tratado na nossa Constituição no art. 150, IV. *In verbis*:

*“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

[...]

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;” (g.n.)

Neste norte, em que pese as multas, assim como os tributos, figurarem no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem, conforme definição de tributo extraída do artigo 3º do C.T.N. (Lei nº5.172/66), abaixo reproduzido:

*“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que **não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (g.n.)*

Assim, por não se configurarem tributos, mas sim penalidades, cuja principal função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízos ao Estado, as multas não estão limitadas ao preceito constitucional do não confisco, contido no art. 150, IV, da CF, portanto, a aplicação deste postulado tributário não deve a elas ser estendido.

Como se observa, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório, variando sua gradação varia conforme a gravidade da infração praticada. Logo, quanto mais grave for o ilícito praticado, maior deverá ser a penalidade aplicada.

Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa proposta na peça vestibular, em virtude de sua aplicação ser inerente aos poderes de império e de polícia do Estado, no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos.

Neste sentido, os fazendários nada mais fizeram do que cumprir os dispositivos contidos na Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e no Regulamento do ICMS do Estado da Paraíba - RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, que são instrumentos normativos que devem ser observados. Assim, desrespeitá-los, consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Ademais, a legislação do Estado da Paraíba impõe limites de competência na atuação dos tribunais administrativos, assim, não cabe a este Colegiado analisar a inconstitucionalidade das leis, conforme determina o art. 99 da Lei do ICMS da Paraíba (cujo texto é repetido no art. 687 do RICMS/PB):

“Art. 99. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

No tocante ao reenquadramento da multa do art. 82, V, “f”, Lei nº 6.379/96, proposto pela recorrente, para melhor entendimento, reproduzimos os texto do artigo:

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

(...)

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;

No que diz respeito à acusação de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios, entendemos que sua aplicação foi feita de forma correta, em razão de o fato jurídico albergado se refere à falta de recolhimento do imposto proveniente de saída de mercadoria de origem não comprovada, que é justamente o que se presume no art. 646, do RICMS/PB, para os que deixarem tratar de contabilizar as operações de entradas de mercadorias.

Refutamos, igualmente, as argumentações da recorrente, de que a hipótese tipificada do art. acima pressupõe a realização de operações de saída de mercadorias dissimuladas por receitas não comprovadas, com prática de conduta dolosa, simulada ou fraudulenta, pois, na infração praticada pela recorrente, não necessariamente está implícito o elemento dolo.

Por fim, com o advento da Lei 10.008, de 05/06/2013, que começou a produzir efeitos a partir de 1º de setembro de 2013, as penalidades previstas no art. 82, da Lei 6.379/96 sofreram uma redução 50% (cinquenta por cento), passando o texto do art. 82, II, “b”, III e V, “f”, a vigorar com a seguinte redação:

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

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem nos livros fiscais próprios, as notas fiscais emitidas e deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

(...)

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;

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Diante do exposto, concluo por declarar devido o seguinte crédito tributário:

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 PARCIAL do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática, e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003447/2012-10, lavrado em 26/12/2012, contra a empresa ALPARGATAS S.A., inscrição estadual nº 16.034.741-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 939.644,39 (novecentos e trinta e nove mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e trinta e nove centavos), sendo R\$ 494.509,16 (quatrocentos e noventa e quatro mil, quinhentos e nove reais e dezesseis centavos) de ICMS, por infração aos arts. 72 e 73 c/c art. 77; arts. 158, I, e. 160, I c/c ar. 646 e art. 277 e 60, I e III; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 445.135,23 (quatrocentos e quarenta e cinco mil, cento e trinta e cinco reais e vinte e três centavos) de multa por infração aos artigos 82, II, “b”, e V, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o valor de R\$ 13.617.215,81 (treze milhões, seiscentos e dezessete mil, duzentos e quinze reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 4.496.947,53 (quatro milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, novecentos e quarenta e sete reais e cinquenta e três centavos) de ICMS e R\$ 9.120.268,28 (nove milhões, centos e vinte mil, duzentos e sessenta e oito reais e vinte e oito centavos), de multa por infração.

Além das intimações de praxe, referentes ao presente processo, notificar o advogado Fabio Avelino Rodrigues Tarandach, OAB/SP nº 297.178, 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.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Presidente Gildemar Macedo, em 14 de novembro de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora