



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

PROCESSO Nº1584192014-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida:ATACADÃO DIST.COMER.E INDÚSTRIA LTDA

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ªREGIÃO

Autuante:LAVOISIER DE MEDEIROS BITTENCOURT

Relatora:CONS.^a GILVIA DANTAS MACED

DIVERSAS ACUSAÇÕES - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS -ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – OMISSÃO DE VENDAS - GARANTIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DENÚNCIAS PARCIALMENTE CONFIGURADAS – ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO MONOCRÁTICA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.O

Preliminares de nulidade - presunção, alegação de cerceamento de defesa, iliquidez e incerteza do crédito tributário – não acolhidas. Confirmada a regularidade formal das denúncias.

Desnecessária a solicitação de diligência diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente acerca das infrações constatadas.

Devido o recolhimento do ICMS - Diferencial de Alíquota, em operações sobre as entradas de produtos destinados ao uso/consumo e referentes a notas fiscais não lançadas. Excluída parte do crédito tributário referente à nota fiscal que acoberta operação de retorno para conserto.

Confirmada a irregularidade fiscal atestando a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios. Alterada a sentença monocrática, diante da apresentação de documentos que foram objetos de operação de devolução, retorno e emitidas em favor de outro destinatário.

Falta de recolhimento do ICMS-Garantido, denúncia comprovada em parte. Exclusão dos créditos originados a partir de notas fiscais canceladas, cuja natureza da operação refere-se à remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiro.

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 dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento do primeiro e provimento parcial do segundo, para *alterar quanto aos valores*, a sentença exarada na decisão monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00001825/2014-92 (fls. 3 - 8), lavrado em 10 de outubro de 2014, em desfavor da empresa, ATACADÃO – DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., inscrição estadual nº 16.159.568-5, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 543.258,29 (quinhentos e quarenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 285.163,68 (duzentos e oitenta e cinco mil, cento e sessenta e três reais e sessenta e oito centavos), por infringência aos artigos 14, X; 3º, XIV; 2º, § 1º, IV; 106, II, “c” e § 1º; 158, I; 160, I c/ fulcro no art. 646; 391, §§ 5º e 7º, II; 399, VI; 14, XII; 3º, XV c/ fulcro no art. 106, “g”, § 2º, todos do RICMS/PB, e R\$ 258.094,59 (duzentos e cinquenta e oito mil, noventa e quatro reais e cinquenta e nove centavos), a título de multa, com fulcro nos art. 82, II, “e”; 82, V, “f” e 82, V, “c”, da Lei 6.379/96.

Cancela, por indevido, o crédito tributário, no valor total de R\$ 55.440,76 (cinquenta e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 31.964,88 (trinta e um mil, novecentos e sessenta e quatro reais e oitenta e oito centavos), de ICMS e R\$ 23.475,88 (vinte e três mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), a título de multa por infração.

Ao tempo em que, *mantem cancelado*, por indevido, o valor total de R\$ 545.696,98 (quinhentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e noventa e seis reais e noventa e oito centavos), sendo R\$ 284.249,88 (duzentos e oitenta e quatro mil, duzentos e quarenta e nove reais e oitenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 261.447,11 (duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e onze centavos), a título de multa por infração.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de setembro de 2018.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), PETRONIO RODRIGUES LIMA e ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (SUPLENTE).

Assessor Jurídico

Relatório

#

RELATÓRIO

Trata-se dos *recursos, hierárquico e voluntário*, interpostos nos moldes dos artigos 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001825/2014-92 (fls. 3 - 8), lavrado em 10 de outubro de 2014, em desfavor da empresa, ATACADÃO – DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., inscrição estadual nº 16.159.568-5, no qual constam as seguintes acusações, *in verbis*:

“DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03/02) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa:

“CONFORME DOCUMENTOS DOS AUTOS E CLASSIFICAÇÃO DADA ÀS NOTAS FISCAIS Nº 71378; 72725, DESTE PERÍODO, A EMPRESA ESTÁ SENDO AUTUADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA.”

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 pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

“FATO DEMONSTRADO CONFORME RELAÇÃO DE NF-E RELACIONADAS EM PLANILHA E ANEXA AOS AUTOS, TENDO A AUDITORIA RECEBIDO A RELAÇÃO DA GOFÉ APÓS PESQUISA EM SEUS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO, CONFORME O SPED FISCAL. URGE DISPOR QUE TODOS OS PROCEDIMENTOS DA GOFÉ FORAM ADOTADOS INCLUSIVE NOTIFICAÇÃO PARA CORREÇÃO DAS DIVERGÊNCIAS PERMANECENDO O FATO QUANDO REEXAMINADO NO SANDAF – SISTEMA DE ANÁLISE DE DADOS FISCAIS.”

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte substituído ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem a retenção do imposto devido.

Nota Explicativa:

“CONFORME PROVAS ANEXAS AO PROCESSO O AUTUADO ADQUIRIU PRODUTOS REGIDOS PELA LEGISLAÇÃO DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, QUE CONFORME O DOCUMENTO FISCAL DA OPERAÇÃO CORRESPONDE A REFRIGERANTES E CERVEJAS, FARINHA DE TRIGO, ÁGUA MINERAL, FRALDAS E ABSORVENTES, AGUARDENTE, MATERIAL ELÉTRICO, PEÇAS E ACESSÓRIOS DE VEÍCULOS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO, E A NF-E DA OPERAÇÃO COM O CST 60 ALÉM DE NÃO TER SIDO REGISTRADA NÃO TEM O CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TODOS OS FATOS ESTÃO DEMONSTRADOS EM PLANILHAS E DOCUMENTOS QUE ACOMPANHAM OS AUTOS.”

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS Garantido.

Nota Explicativa:

“TENDO AINDA FULCRO NO ARTIGO 106, ALÍNEA G, PARÁGRAFO 2º DO RICMS/PB. PROVAS DOCUMENTAIS PRESENTES NO PROCESSO E ANEXOS DA O.S.S. 93300008.12.00005456/2014-67.”

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 14, X; art. 3º. XIV; art. 2º, § 1º, IV; art. 106, II, “c” e § 1º, 158, I; 160, I c/ fulcro no art. 646, 391, §§ 5º e 7º, II; 399, I, 14, XII; 3º, XV c/ fulcro no art. 106, “g”, § 2º, todos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 1.144.396,03 (um milhão, cento e quarenta e quatro mil, trezentos e noventa e seis reais e três centavos), sendo R\$ 601.378,45 (seiscentos e um mil, trezentos e setenta e oito reais e quarenta e cinco centavos), referentes ao ICMS, e R\$ 543.017,58 (quinhentos e quarenta e três mil, dezessete reais e cinquenta e oito centavos), a título de multas por infração, com fulcro nos art. 82, II, “e”; 82, V, “c” e “f”, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 9-514, do libelo.

Depois de cientificada, por via postal, em 23 de outubro de 2014, nos termos do artigo 46, II, da Lei nº 10.094/13, a autuada apresentou impugnação tempestiva, em 21/11/2014, fls. 516-614, contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise.

Sem informação da existência de antecedentes fiscais, fl. 615, foram os autos declarados conclusos, fl. 616, e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, que em medida de saneamento solicitou que fossem tomadas as providências para a regularização dos autos.

Após saneamento, os autos foram distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu, recorrendo de ofício, fl. 638, pela *procedência parcial* da exigência fiscal, conforme sentença abaixo transcrita:

CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO DE DILIGÊNCIA – INDEFERIMENTO – ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – DENÚNCIA COMPROVADA - ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ICMS GARANTIDO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – DENÚNCIAS COMPROVADAS EM PARTE

PRELIMINARES

CERCEAMENTO DE DEFESA

Não acatada a alegação de cerceamento de defesa apresentada pela Impugnante, haja vista a existência de conteúdo probatório suficiente para garantir à Autuada o exercício do contraditório e da ampla defesa.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Os elementos trazidos aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador fiscal. Indeferido nos termos do artigo 61 da Lei nº 10.094/13.

MÉRITO

ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – GARANTIDO E FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

No caso da falta de recolhimento do ICMS – Diferencial de Alíquotas, a defesa não apresentou provas capazes de gerar o efeito impeditivo da constituição do crédito tributário. Para as demais acusações, as denúncias foram comprovadas em parte. Exclusão dos créditos originados a partir de notas fiscais canceladas, de saídas que foram objeto de devolução e/ou retorno e de operações

destinadas a outros contribuintes.

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. Entretanto, tal presunção somente se aplica aos documentos fiscais que acobertem operações mercantis onerosas. Ajustes realizados.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

A recorrente foi cientificada, em 7 de agosto de 2015, da decisão proferida pela instância prima e, inconformada com os termos da sentença, apresentou, em 3 de setembro de 2015, *recurso voluntário*, fls. 641-802, tempestivo, ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, advogando pela improcedência do feito, pugnando quanto à acusação de *falta de lançamento de notas fiscais de aquisição*, que outras notas fiscais não deram entrada no estabelecimento da autuada, por motivos de devolução (doc. 01) e emissão em favor de outro destinatário (doc.2).

Quanto à *delação diferencial de alíquotas*, relata que a nota fiscal nº. 3.430, apresenta a natureza da operação: retorno de conserto.

No que diz respeito à *delação*, *ICMS – Garantido*, apresenta uma relação de notas fiscais, informando que todas as notas dizem respeito à remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiro.

Prosseguindo, em se tratando de *falta de recolhimento do ICMS- Substituição Tributária* relata que, incorrendo a entrada das mercadorias no estabelecimento, seja porque foi cancelado o documento fiscal, seja porque as mercadorias foram objeto de devolução, ou então em razão da emissão de documentos fiscais com destinatários diversos do estabelecimento autuado, consequentemente inexistem operações subsequentes que se sujeitariam a retenção do imposto.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre diversas acusações constantes da exordial, formalizadas em desfavor da empresa, ATACADÃO – DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., inscrição estadual nº 16.159.568-5, previamente qualificada nos autos.

Antes de passarmos à análise do mérito, necessário se faz discorrermos acerca das preliminares de nulidade arguidas pela defesa.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, sujeito passivo e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende aos requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Ademais, a autuada compreendeu as acusações fiscais, o que se verifica pelas peças de defesa apresentadas, *impugnação e recurso voluntário*, abordando todos os aspectos relacionados com os fatos objeto do lançamento.

Da análise dos autos, observa-se que as peças acostadas pelo auditor para embasar as denúncias conferem à empresa condições amplas para exercer, em sua plenitude, o seu direito de defesa. Todos os elementos necessários à identificação das notas fiscais de cujas faltas de lançamentos e recolhimentos o contribuinte está sendo acusado estão relacionados nos demonstrativos acostados ao libelo, possibilitando, à autuada, as condições necessárias para consultar todos os documentos fiscais e, com isso, exercer o seu direito de defesa de forma integral.

Além disso, observa-se que os requisitos obrigatórios do Auto de Infração disciplinados no artigo 41 da Lei nº 10.094/13 [\[1\]](#) foram atendidos quando da lavratura da sua lavratura.

Inicialmente, necessário se faz examinar os questionamentos dispostos nos *recurso voluntário*, fls. 641-841, acerca de posicionamento explícito para reforma da decisão. Senão vejamos:

Preliminares

1. Nulidade do auto de infração por irregularidades do lançamento – afronta à ampla defesa, comprometendo a iliquidez e certeza do feito.

A empresa inicia sua intervenção pugnando pela nulidade do feito fiscal em razão de não terem sido disponibilizados, nem carreados aos autos, os documentos que embasaram os valores indicados, bem como a decisão recorrida foi omissa quanto à certeza e a liquidez dos créditos.

Em razão do exposto, alega que o direito à ampla defesa não foi resguardado, no presente auto de infração, pela ausência nítida de dados suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e os consectários, especificamente quanto aos valores contidos no lançamento tributário, em especial ao item referente à substituição tributária.

Deve-se observar, conforme já relatado, pormenorizam-se, nos autos, as acusações e os valores correspondentes a cada uma delas, respaldando os princípios da legalidade e da ampla defesa, utilizando-se técnicas de fiscalização seguindo padrões lógicos, concebendo o arcabouço com elementos formais essenciais à validade da peça vestibular, não configurando assim cerceamento de defesa.

É de surpreender a alegação de nulidade do lançamento de ofício por cerceamento de defesa, justo porque são de clareza meridiana que todos os elementos inseridos no auto de infração, conforme acima exposto, estão presentes e prontos a fornecer ao acusado todas as condições para o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, de forma que é de se estranhar a alegação em contrário feita pelo acusado. Não devendo prosperar, portanto.

Além disso, sabe-se, que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, a autuação, conforme se aduz do artigo 41 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Conforme se observa, todas as infrações são apontadas no Auto de Infração por totalizadores mensais, a base de cálculo e as respectivas alíquotas encontram-se registradas nos demonstrativos próprios tornando descabida qualquer arguição por iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Além do fato de terem sido apresentadas todas as informações com precisão para cada infração, nos demonstrativos acostados ao libelo acusatório.

Portanto, verificamos que não há que se falar em nulidade do auto de infração, haja vista a ausência de canhotos com assinatura nas notas fiscais acostadas, pois, somente, a simples aposição de assinaturas por pessoa desconhecida colocada nesses documentos, por si só, não se consubstancia, não prova a efetiva entrega e recebimento das mercadorias.

O artigo 56 da Lei nº 10.094/13 assim dispõe:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

A transcrição acima não deixa dúvidas: as provas podem ser utilizadas tanto como fundamento da acusação quanto como argumento de defesa, cabendo o ônus a quem esta aproveita.

Diante do relatado, diferentemente do que avento o recurso, presentes estão os requisitos legais, inclusive e especialmente aquele que diz respeito à descrição das acusações (art. 692, V do RICMS/PB), não sendo possível acatar tal preliminar analisada.

2 Realização de diligência

Na sequência, urge também, adentrar no proclame da recorrente, quando postula pedido de produção diligência, com a finalidade de efetivar a apuração do ICMS, realmente devido.

Neste campo, quanto ao referido tema, corroboro com as razões fundamentais 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, conforme já relatado, 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. 704 e parágrafos, do RICMS/PB, *verbis*:

“Art. 704. Antes ou depois de apresentada defesa e até a conclusão do preparo, havendo diligências ou exames a realizar, serão eles determinados pela repartição preparadora, de ofício ou a pedido do autor do procedimento ou do acusado.

§ 1º A autoridade que determinar a realização de diligência fixará prazo razoável ao seu cumprimento, levando em conta o nível de complexidade das tarefas a realizar.

§ 2º A parte que requerer diligência ou exame responde pelas despesas correspondentes, devendo indicar com precisão os pontos controversos que pretende sejam elucidados e fornecer os elementos necessários ao esclarecimento das dúvidas.

§ 3º Cabe à autoridade preparadora, na hipótese do parágrafo anterior, arbitrar os custos com a diligência ou exame solicitado, exigindo o depósito respectivo na repartição, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da notificação do deferimento.”

No caso em exame, os pontos contestados pela recorrente, 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. Ademais, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, poderia tê-la juntado aos autos, nos momentos oportunizados pela lei processual.

Assim sendo, corroboro com o entendimento proferido pela instância prima, indeferindo o pedido da recorrente para realização de diligência para esclarecimento de qualquer matéria posta neste juízo, inclusive pelo fato que a autuada não demonstrou qualquer vício ou incerteza na apuração realizada, que viesse a implicar na necessidade de melhor esclarecimento dos fatos postos, tendo sido *concedidas todas as oportunidades de apresentar contraprovas ao libelo*, o qual, assim sendo, por todas as considerações acima expendidas, mais transparece um artifício procrastinatório.

3. Do pedido para julgamento em conjunto com o A.I. nº 93300008.09.00001836/2014-72

Quanto a esta postulação, especificamente no que diz respeito à exigência fiscal relativa à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, constante do Auto de Infração de nº

93300008.09.00001836/2014-72, suscitando que ambos os autos devem ser julgados concomitantemente, corroboro com o teor da sentença monocrática, ao afirmar que o julgamento em conjunto destes libelos, embora vise evitar decisões conflitantes e garantir a uniformidade de julgamento de assuntos conexos, *não está previsto na Lei nº. 10.094/13.*

Dessa maneira, *afasto as preliminares* suscitadas pela recorrente, passando a análise do mérito de cada acusação.

Razões Meritórias

1 Diferencial de Alíquotas – Falta de Recolhimento do ICMS (merc. p/ o uso e/ou consumo do estab.) (período a partir de 07.03/02)

No tocante a esta acusação, referente à exigência de diferencial de alíquotas nas operações relativas às aquisições de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, informa a recorrente que a nota fiscal nº 3.430, acostada como Doc. 3, fls. 730 e 731, apresenta a natureza da Operação como Retorno de Conserto.

Diante do exposto, em consulta aos autos, verifica-se, conforme dados constantes das informações complementares, campo dados adicionais, e da natureza da operação da cópia do DANFE acostado, trata-se de operação de *retorno de conserto*, configurando não incidência do ICMS.

Desta forma, estando descaracterizada a onerosidade, faz-se necessária a exclusão do crédito tributário, no valor de R\$ 150,00, relativo a este documento, como forma de garantir a certeza e a liquidez do crédito constituído.

Erro! Vínculo não válido.

Crédito Tributário Total a ser excluído da exordial – R\$ 225,00 (ICMS + multa).

2.Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição

No âmbito da legislação tributária em vigor, a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias tem efeito muito mais abrangente do que apenas a responsabilização pelo descumprimento da obrigação acessória, uma vez que a constatação deste fato faz surgir a

presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. Vejamos o que dispõe o artigo 646 do RICMS/PB^[2]:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

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, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.

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;

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.

Por imperativo legal, identificada a omissão, sobre o auditor fiscal recai a obrigação de lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais reproduzimos a seguir:

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;

Tratando-se de presunção *juris tantum*, à recorrente cabe se contrapor à denúncia, apresentando os elementos que confirmariam a regularidade de suas operações.

A recorrente insurge-se contra os créditos lançados, afirmando conforme fragmentos extraídos do recurso voluntário:

“ parte o fisco do pressuposto de que a suposta não escrituração de notas fiscais de aquisição acarretaria presunção de omissão de saídas pretéritas, mas ao mesmo tempo afirma que parte das

operações que deram origem a aquisições são interestaduais, e aplica para todas, indistintamente, a alíquota interna de 17%.”

Prosseguindo, informa que:

*“..., não basta simplesmente arrolar inúmeras notas fiscais de entrada como – supostamente – não tendo sido escrituradas, tomar os valores nominais e sobre eles aplicar a alíquota – como ocorrido no caso dos autos, **ao menos aparentemente já que carente da precisa fundamentação o lançamento de ofício em questão.**”*

Esta foi a fórmula encontrada pelos sistemas processuais jurídicos e administrativos como forma de subsidiar o julgador na tomada de decisões que visem à busca da justiça.

Não se trata de uma obrigação, mas sim de um ônus. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

No sistema processual brasileiro, a distribuição do ônus da prova incumbe:

- a) Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- b) Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual (autor, réu, etc.), pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito (em razão do fato ocorrido), terá de provar sua veracidade. Daí, a regra adotada pelo direito brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que, ao réu, restará a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Este modelo também foi incorporado à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária, no âmbito da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba. Observemos o

art. 56 da referida Lei:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Importa destacar que, os cálculos foram realizados nos termos do artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96:

“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;”

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante esclarecermos que, para a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o artigo 646 do RICMS/PB autoriza a presunção de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto.*

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre *operações pretéritas*, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis.

Assim, a exigência dos créditos não está relacionada diretamente às mercadorias consignadas nestas notas fiscais, mas sim a operações pretéritas, cujas receitas não foram oferecidas à tributação e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

Considerando essas circunstâncias, depreende-se que se trata de uma questão de prova. Tão grande a sua importância, no controle da circulação de mercadorias que nenhum outro documento, seja ou não fiscal, é capaz de substituí-la nas suas finalidades essenciais.

Trata-se de responsabilidade legal, somente elidida por *prova inequívoca* da não ocorrência do fato, ressalvando ser indispensável que as operações mercantis relativas às notas fiscais não lançadas sejam *onerosas*, haja vista a necessidade de ter havido pagamento de mercadorias com recursos financeiros advindos de receitas omitidas. *Inexistindo desembolso financeiro, não há como prosperar a acusação.*

Sendo assim, a autuada comparece, relacionando notas fiscais, fls. 645- 647, item 13, informando que, além das notas fiscais, cujos créditos foram excluídos do lançamento indiciário em sentença, outros lançamentos não devem prosperar:

a) Objetos de devolução ou retorno (Doc. 1), fls. 651-725, cujas informações prestadas pela fiscalização constam dos Demonstrativos acostados às fls. 41-54, do libelo.

Erro! Vínculo não válido.

Examinando as provas acostadas (Doc 1) e os demonstrativos acostados pela auditoria, fls. 41-54, ou seja, verificando as operações realizadas pela empresa relativamente a estas notas fiscais, cópia dos DANFES acostados, relatório da fiscalização, que deram origem ao lançamento e fazendo a análise a partir de consultas no Sistema ATF, chegamos ao entendimento de que para as notas fiscais acima relacionadas, foram emitidas outras notas fiscais com natureza da operação de “devolução” ou “retorno”, nas quais se encontram destacadas, no campo “informações adicionais” destas últimas, as referências às notas fiscais de venda, devendo, portanto, serem excluídos do crédito tributário os valores levantados.

b) Notas fiscais emitidas em favor de outro destinatário (Doc. 2), fls. 726-729, do libelo.

Erro! Vínculo não válido.

Quanto às notas fiscais acima relacionadas, a autuada comprovou que, com exceção da nota fiscal nº 3263, fl. 728, as demais foram destinadas a outros contribuintes. Desta forma, faz-se necessário que expurguemos os valores a elas relativos, R\$ 710,89.

Observa-se, neste caso, que nas Notas Fiscais nºs. 39581 e 5181, no campo “Inscrição Estadual” (Destinatário), consta o número de inscrição da recorrente, porém os demais campos referem-se a contribuintes diversos.

Considerando estas circunstâncias, estando descaracterizada a onerosidade e tendo sido comprovado as alegações da recorrente, *além dos ajustes realizados pela instância prima*, os quais corroboro, faz-se necessária a exclusão dos créditos relativos às notas fiscais relacionadas acima, cujas arguições foram comprovadas, como forma de garantir a certeza e a liquidez dos créditos constituídos a título de *Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios*.

Crédito Tributário Total a ser excluído da exordial – R\$ 29.290,72 (ICMS + multa).

3. ICMS - Garantido

No que tange a esta delação, constante dos demonstrativos acostados às fls. 269-323, cujas provas, cópias dos DANFES, fls. 732-770, considerando os argumentos apresentados pela recorrente, tendo em vista a necessidade de buscarmos a justiça fiscal, torna-se imperativo que excluamos mais algumas notas fiscais que foram devolvidas, além das excluídas pela instância monocrática, cujas mercadorias retornaram ao estabelecimento remetente, constantes de Doc. 4, referentes às *remessas por conta e ordem de terceiros*, informações constantes no campo dados adicionais dos DANFES. Assim, devem ser deduzidos os seguintes valores da base de cálculo, abaixo disponibilizados.

Erro! Vínculo não válido.

Ademais, as provas carreadas aos autos, fls.771-786, (Doc 5), pela recorrente, comprovam que as notas fiscais foram devidamente registradas no Livro Registro de Entradas.

Neste tópico, corroboro, ainda, com os ajustes realizados pela instância monocrática ao ter excluído as *notas fiscais canceladas*, por não gerarem repercussão tributária.

Crédito Tributário Total a ser excluído da exordial – R\$ 25.241,98(ICMS + multa).

4. Falta de Recolhimento do ICMS – Substituição Tributária

Quanto a esta acusação, destaca-se que a autuada comparece arguindo a improcedência, informando que os documentos elencados referem-se a notas fiscais canceladas, notas objetos de devolução ou então documentos relacionados a destinatários diversos do estabelecimento autuado, inexistindo operações subsequentes, que se sujeitariam a retenção do imposto a título de substituição tributária.

Informa que a nota fiscal nº 25.458, (Doc. 6), emitida em 18/10/2013, traz em campo próprio o destaque do ICMS – Substituição tributária, e, a nota fiscal nº 4096 foi emitida em nome de outro destinatário.

Examinando as provas acostadas às fls. 399 e 440, pela fiscalização, Demonstrativos, fls. 324 -478, e informações constantes do sistema ATF, verifica-se que as informações são procedentes, requisitando a exclusão dos seguintes valores do crédito tributário.

Diante do imposto, devem ser deduzido o seguinte valor:

Erro! Vínculo não válido.

Além disso, corroboro com os ajustes realizados pela instância prima, excluindo os valores lançados a título de *Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios*, as notas fiscais que foram devolvidas, aquelas cujas mercadorias retornaram ao estabelecimento remetente e as que foram destinadas a outros contribuintes.

Crédito Tributário Total a ser excluído da exordial – R\$ 683,06(ICMS + multa).

Multa

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, argumentando que esta foi calculada sobre suposto valor de imposto devido e não pago, estando também incorreto seu cálculo, cabe ressaltar que o agente do fisco atuou nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB, instrumentos normativos aos quais os auditores fiscais encontram-se vinculados.

In casu, as penalidades propostas tiveram amparo nos arts. 82, II, “e”; 82, V, “c” e “f”, da Lei 6.379/96.

Observa-se, portanto, nas planilhas acostadas, que a fiscalização aplicou corretamente a alíquota interna, 17%, nas operações elencadas.

Assim, *mantenho a parcial procedência do crédito tributário* lançado na exordial, todavia *alterando a decisão quanto aos valores* e declaro devido o crédito tributário, conforme tabela abaixo:

Erro! Vínculo não válido. Erro! Vínculo não válido.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovemento do primeiro e provimento parcial do segundo, para *alterar quanto aos valores*, a sentença exarada na decisão monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001825/2014-92 (fls. 3 - 8), lavrado em 10 de outubro de 2014, em desfavor da empresa, ATACADÃO – DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., inscrição estadual nº 16.159.568-5, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 543.258,29 (quinhentos e quarenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 285.163,68 (duzentos e oitenta e cinco mil, cento e sessenta e três reais e sessenta e oito centavos), por infringência aos artigos 14, X; 3º, XIV; 2º, § 1º, IV; 106, II, “c” e § 1º; 158, I; 160, I c/ fulcro no art. 646; 391, §§ 5º e 7º, II; 399, VI; 14, XII; 3º, XV c/ fulcro no art. 106, “g”, § 2º, todos do RICMS/PB, e R\$ 258.094,59 (duzentos e cinquenta e oito mil, noventa e quatro reais e cinquenta e nove centavos), a título de multa, com fulcro nos art. 82, II, “e”; 82, V, “f” e 82, V, “c”, da Lei 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o crédito tributário, no valor total de R\$ 55.440,76 (cinquenta e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 31.964,88 (trinta e um mil, novecentos e sessenta e quatro reais e oitenta e oito centavos), de ICMS e R\$ 23.475,88 (vinte e três mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), a título de multa por infração.

Ao tempo em que, *mantenho cancelado*, por indevido, o valor total de R\$ 545.696,98 (quinhentos e quarenta e cinco mil, seiscentos e noventa e seis reais e noventa e oito centavos), sendo R\$ 284.249,88 (duzentos e oitenta e quatro mil, duzentos e quarenta e nove reais e oitenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 261.447,11 (duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e onze centavos), a título de multa por infração.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de setembro de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheiro Relator