



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

PROCESSO Nº1301152016-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MALVES SUPERMERCADOS LTDA-ME.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

Repartição Preparadora: SUBG.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG.DA PRIMEIRAREGIÃO.

Autuantes: HÉLIO VASCONCELOS E JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR

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

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PRELIMINARES AFASTADAS. AJUSTES. RECIDIVA NÃO CONFIGURADA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A aceitação das escritas contábil e fiscal para a realização de auditoria e como prova processual junto aos órgãos julgadores administrativos, fica condicionada à apresentação dos livros Diário e Caixa, devidamente autenticados, no prazo estipulado pela fiscalização

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

Ajustes efetuados na primeira instância e o afastamento da multa por reincidência acarretaram a redução do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial para alterar, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001601/2016-42, lavrado em 12/9/2016, contra a empresa, MALVES SUPERMERCADOS LTDA - ME, inscrição estadual nº 16.215.738-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 617.910,32 (seiscentos e dezessete mil, novecentos e dez reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 308.955,16 (trezentos e oito mil novecentos e cinquenta e cinco reais e dezesseis centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 308.955,16 (trezentos e oito mil novecentos e cinquenta e cinco reais e dezesseis centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "f", da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancela o valor de R\$ 154.604,97 (cento e cinquenta e quatro mil,

seiscentos e quatro reais e noventa e sete centavos), sendo R\$ 50,94 (cinquenta reais e noventa e quatro centavos), de ICMS, R\$ 50,94 (cinquenta reais e noventa e quatro centavos), de multa por infração e R\$ 154.503,09 (cento e cinquenta e quatro mil, quinhentos e três reais e nove centavos), de multa por reincidência.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de agosto de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FRANCISO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001601/2016-42, lavrado em 12/9/2016, contra a empresa, MALVES SUPERMERCADOS LTDA - ME, inscrição estadual nº 16.215.738-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 7/8/2013 e 31/12/2014, consta a seguinte denúncia:

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 ou a realização de prestação de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS-PB, com proposição da penalidade prevista no art. art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 772.515,29, sendo R\$ 309.006,10, de ICMS, e R\$ 309.006,10, de multa por infração e R\$ 154.503,09, por multa recidiva.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 21/9/2016 AR (fl. 67), a autuada apresentou reclamação, em 19/10/2016, onde argui a nulidade do lançamento tributário por cerceamento de defesa alegando imprecisão na descrição do fato gerador, ausência de norma legal infringida em relação à multa recidiva, procedimento fiscalizatório incompatível com a denúncia efetuada, ausência de repercussão tributária, em razão de operações sujeitas à substituição tributária ou sem onerosidade e incompatibilidade com o relatório de apuração constante nos autos (fls.63-74).

Com informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (fl. 99), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Rodrigo Antônio Alves de Araujo, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 772.387,94, sendo R\$ 308.955,16, de ICMS, R\$ 308.955,16, de multa por infração, e R\$ 154.477,62, de multa recidiva, dispensando o recurso hierárquico, nos termos do art. 80, §1º, I, da Lei nº 10.094/13 (fls. 101-109).

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 19/6/2018 AR (fl. 111-verso), a autuada apresentou recurso voluntário, em 12/7//2018, onde expõe o seguinte (fls. 116-128):

- Destaca inicialmente que a auditoria desconsiderou a contabilidade da filial autuada, em razão de não estar devidamente autenticada e por não ter sido transmitida em tempo hábil (SPED), quando, em outro processo fiscalizatório, veio a considerar a escrita da matriz não autenticada, maculando a verdade dos fatos ora combatidos;

- Salaria que “a autenticação e/ou a transmissão é uma obrigação acessória, estando a verdade material contida nos registros e lançamentos efetuados, respaldados em documentos”;

- Aponta cerceamento de defesa por imprecisão na descrição do fato gerador, alegando se tratar de obrigação acessória;

- Argui a nulidade do lançamento por ausência de reincidência argumentando que a regularidade da empresa está comprovada pela emissão de Certidão Negativa de Débitos, e que o Processo nº 147.200,2014-3, se refere ao CNPJ, nº 05.294.386/0001-05, de outra empresa;

- Afirma que o montante do ICMS lançado no auto de infração, apresenta valores discrepantes com o levantado nos autos (*fls. 04, 07 e 66*), acarretando iliquidez e incerteza do crédito tributário;

- No mérito, declara a inexistência de repercussão tributária em razão de operações sujeitas à substituição tributária;

- Aduz que a fiscalização não considerou a escrita fiscal do contribuinte e que os procedimentos realizados através do Levantamento da Conta Mercadorias e do Levantamento Financeiro apresentaram resultado “Sem Irregularidade”, nos quais foram consideradas os valores relativos às Notas Fiscais consideradas na denúncia fiscal;

- Por fim, requer: i) que sejam considerados os créditos com as operações de ICMS (substituição tributária) e o imposto já pago, conforme os Livros Fiscais, em anexo; ii) a improcedência do auto de infração;

- Requer, ainda, a oportunidade de realizar a sustentação oral de suas razões e que as intimações e notificações sejam encaminhadas conjuntamente para o endereço tributário do contribuinte e para o endereço do advogado.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria que, em face do pedido de sustentação oral, submeteu à apreciação da Assessoria Jurídica do órgão para conhecimento e emissão de parecer.

Juntados novos documentos aos autos, onde a recorrente declara que, em face de autorização desta Secretaria, procedeu à retificação das EFD's nos períodos de 2013 a 2015 (*fls. 140-147*).

Com a emissão do Parecer pelo Procurador Francisco Glauberto Bezerra Junior, passo à análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso *voluntário* contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001601/2016-42, lavrado em 12/9/2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminar

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal se procedeu nos termos do art. 142 do CTN, sendo observados os requisitos formais dos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), não se vislumbrando, portanto, quaisquer incorreções ou omissões que venham a caracterizar a sua nulidade.

Sobre as alegações arguindo a nulidade do lançamento fiscal, a própria recorrente admite que sua escrita fiscal não estava devidamente autenticada nem foi transmitida em tempo hábil, sendo, portanto, imprestável como meio de prova, e sua aceitação está condicionada ao prazo fixado pela fiscalização como prevê o art. 643, §7º do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

§ 7º A aceitação das escritas contábil e fiscal para a realização de auditoria e como prova processual junto aos órgãos julgadores administrativos, fica condicionada à apresentação dos livros Diário e Caixa, devidamente autenticados, no prazo estipulado pela fiscalização.

No tocante às razões apresentadas pela recorrente, cabe considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza o fato imponível onde, pela constatação da falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, se infere que os recursos utilizados nessas aquisições foram provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, não havendo que se falar em simples descumprimento de obrigação acessória.

Também, não subsistem os argumentos de que os valores levantados apresentam discrepância. Observe-se que o valor de R\$ 307.119,09, considerado no demonstrativo fiscal, referente ao exercício de 2014, (fl. 66), deve ser adicionado ao valor de R\$ 1.887,01, referente ao exercício de 2013 (fl. 09), totalizando o ICMS de R\$ 309.006,10, conforme lançado no auto de infração, e que os valores descritos na Ordem de Serviço, coincidem com os valores relativos ao imposto e multa.

Neste sentido, o lançamento fiscal descreve com objetividade os fatos infringentes, tendo a autuada apresentado defesa nas duas esferas administrativas, demonstrando o total discernimento das acusações que lhe foram imputadas, fatos ratificados no parecer emitido pelo douto Procurador Francisco Glauberto Bezerra Junior (fls. 134-138).

Dessa forma, rejeito a preliminar, por não vislumbrar razões para atender o pleito da recorrente.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

A denúncia trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2013 e 2014, em decorrência da aquisição de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 08-66).

Como se sabe, a falta de escrituração das operações de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

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. (g.n.).

Neste sentido, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a ausência do registro dessas Notas Fiscais denota a ocorrência de pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural, 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;

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

Na primeira instância, o julgador singular, acatando as provas apresentadas pela defesa, afastou da exigência fiscal, referente ao mês de novembro/2013, as Notas Fiscais nº 10159, 116635 e 162181, por não terem sido computadas na base de cálculo levantada no período, bem como a Nota Fiscal nº 182167, por se referir a operação destituída de onerosidade (retorno de troca).

Da mesma forma, desconsiderou o valor da Nota Fiscal nº 43 por se tratar de operação sem repercussão financeira (desperdício de mercadoria), observando, ainda, que não foram considerados na base de cálculo do período os valores das Notas Fiscais nº 1292011 e 1292012, apesar de tê-las incluídas na planilha.

No tocante às razões apresentadas pela recorrente, não subsistem os argumentos de que as operações consideradas estão sujeitas à substituição tributária, tendo em vista que se estar a tratar de recursos omitidos, utilizados nas aquisições dessas mercadorias, pela constatação da não escrituração dessas operações, presumindo-se que tais receitas foram oriundas de operações

pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme estabelecido no art. 646, do RICMS/PB.

Observe-se que a presunção não se concretizaria caso a empresa operasse exclusivamente com produtos sujeitos à substituição tributária, o que não acontece no caso dos autos.

Também, não prospera a alegação de que os levantamentos da Conta Mercadorias e Financeiro não apresentaram irregularidades, pois são métodos de aferição diversos sobre bases diversas, neste sentido, a constatação da falta do registro de entradas de mercadorias denota a ocorrência de pagamentos com recursos marginais, fazendo disparar a presunção existente no art. 646 do RICMS/PB.

Ressalte-se, ainda, que tratando de exigência de imposto relativo a operações pretéritas sem emissão de documento fiscal, não há que se falar em compensação de imposto recolhido em período posterior nem o recolhido através da sistemática da substituição tributária.

Por último, cabe considerar que a retificação dos registros EFD pela autuada não produz efeitos sobre os períodos que estejam sob processo fiscalizatório, conforme disciplina o art. 13, III, §7º do Decreto nº 30.478/2009, abaixo reproduzido:

Art. 13. A partir de 1º de janeiro de 2013, o contribuinte poderá retificar a EFD (Ajuste SINIEF 11/12):

(...)

III - Após o prazo de que trata o inciso II deste artigo, mediante autorização da Secretaria de Estado da Receita, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saná-la por meio de lançamentos corretivos, observado o disposto no § 4º.

(...)

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

No tocante à penalidade, a fiscalização corretamente aplicou a multa de 100% (cem por cento), como dispõe o art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379, abaixo reproduzido:

Art. 82. *As multas para as quais se adotar 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;

Quanto à multa por reincidência, a fiscalização tomou como base o processo nº 1472002014-3, conforme Termo de Antecedentes Fiscais (*fl.* 98), onde consta que o contribuinte infringiu a mesma infração cometida no presente auto de infração, aplicando ao contribuinte multa por reincidência, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13, abaixo reproduzido:

*Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos **contados da data do pagamento da infração**, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado. (g.n.).*

Compulsando os arquivos da Secretaria, verifica-se que o contribuinte foi revel no referido processo, sendo o respectivo débito inscrito em dívida ativa, no dia 12/12/2014, e definitivamente quitado no dia 27/2/2015, conferindo-se, assim, ao sujeito passivo a condição de primário, conforme os dispositivos acima transcritos.

Feitas essas considerações, mantenho os valores do ICMS e multa, nos termos da decisão de primeira instância, mas afasto a multa por reincidência, por não se adequar aos requisitos impostos pelo art. 39 da Lei nº 10.094/13.

Por todo o 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 monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001601/2016-42, lavrado em 12/9/2016, contra a empresa, MALVES SUPERMERCADOS LTDA - ME, inscrição estadual nº 16.215.738-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 617.910,32 (seiscentos e dezessete mil, novecentos e dez reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 308.955,16 (trezentos e oito mil novecentos e cinquenta e cinco reais e dezesseis centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$

308.955,16 (trezentos e oito mil novecentos e cinquenta e cinco reais e dezesseis centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 154.604,97 (cento e cinquenta e quatro mil, seiscentos e quatro reais e noventa e sete centavos), sendo R\$ 50,94 (cinquenta reais e noventa e quatro centavos), de ICMS, R\$ 50,94 (cinquenta reais e noventa e quatro centavos), de multa por infração e R\$ 154.503,09 (cento e cinquenta e quatro mil, quinhentos e três reais e nove centavos), de multa por reincidência.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de agosto de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA SIMÕES
Conselheira Relatora