



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

Processo nº 105.167.2011-2

Recurso HIE/CRF Nº 333/2015

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

Recorrida:ROGER GÁS LTDA..

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante:HÉLIO GOMES CAVALCANTI FILHO.

Relatora:DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTA FISCAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. UTILIZAR LIVROS SEM AUTENTICAÇÃO DA REPARTIÇÃO FISCAL COMPETENTE. AJUSTES. REDUZIDA A MULTA APLICADA. LEI NOVA. MANTIDA INTEGRALMENTE A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Constatada a existência de estoque a descoberto de mercadorias sujeitas à substituição tributária, fica patenteada a falta de recolhimento do imposto devido. Constituem infrações à legislação tributária, punível com multa acessória, a falta de registro das operações de aquisição de mercadorias nos livros próprios, bem como a utilização de livros fiscais sem autenticação da repartição competente. Ajustes realizados, em razão de utilização de valores incorretos, acarretaram a redução do crédito tributário. Reduzida a multa aplicada 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 da 2ª Câmara 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, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000335/2011-26, lavrado em 15/7/2011, contra a empresa ROGER GÁS LTDA., inscrição estadual nº 16.137.514-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 43.879,28 (quarenta e três mil, oitocentos e setenta e nove mil reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 20.862,85 (vinte mil, oitocentos e sessenta e dois reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS, com base nos arts. 150, 172 c/c 391, §7º, II, art. 397, I e 399, I; art. 119, III e VIII c/c o art. 272, todos do RICMS-PB, R\$ 20.862,85 (vinte mil, oitocentos e sessenta e dois reais e oitenta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, "c", da Lei nº 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013 e R\$ 2.153,58 (dois mil, cento e cinquenta e três reais e cinquenta e oito centavos), referentes à multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 85, II, "b", III, "a", da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 24.189,36 (vinte e quatro mil, centos e oitenta e nove reais e trinta e seis centavos), sendo R\$ 949,57 (novecentos e quarenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), de ICMS, R\$ 23.239,59 (vinte e três mil duzentos e trinta e nove reais e cinquenta e nove centavos) de multa.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de junho de 2017.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000335/2011-26, lavrado em 15/7/2011, contra a empresa ROGER GÁS LTDA., inscrição estadual nº 16.137.514-6, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2006 e 30/3/2010, constam as seguintes denúncias:

- AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTE DO ANEXO 05 SEM NOTA FISCAL >>
Falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, adquiriu mercadorias sob a égide da Substituição Tributária sem nota fiscal.

Nota Explicativa:

INFRAÇÃO FISCAL DETECTADA PELA EXECUÇÃO DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO.

- FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS >> O contribuinte está sendo autuado por descumprimento de obrigação acessória por ter deixado de lançar as notas fiscais correspondentes às mercadorias recebidas ou às prestações efetuadas nos livros fiscais próprios.

- UTILIZAR LIVROS SEM AUTENTICAÇÃO DA REPARTIÇÃO FISCAL COMPETENTE >> O contribuinte está sendo autuado por utilizar livros sem autenticação da repartição fiscal, nos prazos estabelecidos no RICMS/PB

Nota Explicativa:

LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS DOS EXERCÍCIOS DE 2006 e 2007.

Foram dados como infringidos os arts. 150, 172 c/c 391, §7º, II, art. 397, I e 399, I; art. 119, III e VIII c/c o art. 272, todos do RICMS-PB, sendo proposta a penalidade prevista nos arts. 82, V, “c” e 85, II, III, “a”, da Lei nº 6.379/96. Com apuração de um crédito tributário no valor de R\$ 68.068,64, sendo R\$ 21.812,42, de ICMS, e R\$ 46.256,22, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, em 20/10/2011, por via postal, conforme AR (*fl.* 242), a autuada apresentou reclamação em 29/12/2011 (*fls.* 245-249), onde, apenas, questiona a aplicação de multa de 200% (duzentos por cento), atribuindo-lhe cunho confiscatório. Por sua vez, o autuante, opôs contestação conforme (*fls.* 255-258).

Com informação de antecedentes fiscais, porém sem configurar reincidência, os autos foram conclusos (*fl.* 262) e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Sydney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 43.879,28 (quarenta e três mil, oitocentos e setenta e nove reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 20.862,85 (vinte mil, oitocentos e sessenta e dois mil, e oitenta e cinco centavos), de ICMS, e R\$ 23.016,43 (vinte e três mil, dezesseis reais e quarenta e três centavos), de multas por infração, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais (*fls.* 264-275).

Cientificada da decisão de primeira instância, por edital, publicado no D.O.E., em 2/10/2015, (fl. 280), a autuada não apresentou recurso voluntário.

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

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso hierárquico contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000355/2011-26, lavrado em 15/7/2011, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Mérito

Aquisição de Mercadorias do Anexo V sem Nota Fiscal

(Levantamento Quantitativo de Mercadorias)

A denúncia trata de falta de recolhimento do ICMS, onde a fiscalização, através de levantamento quantitativo, apurou estoque a descoberto de mercadorias sujeitas à substituição tributária, nos exercícios de 2006 a 2009, denotando aquisição de mercadorias sem Nota Fiscal, conforme demonstrativos (fls. 12-16).

Como se sabe, o levantamento quantitativo de mercadorias é um procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado.

A constatação de estoque a descoberto, mediante levantamento quantitativo de mercadorias, constitui comprovação suficiente de aquisições de mercadorias sem documento fiscal, em desacordo com os arts 158 e 160 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;

Assim, sujeita-se, o contribuinte, ao pagamento do imposto, por substituição tributária, na forma dos artigos 391, §7º, II; 397, I e 399, I; todos do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao (Lei nº 7.334/03):

(...)

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

(...)

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.

Art. 397. O recolhimento do imposto devido por contribuintes que realizem operações sujeitas à substituição tributária far-se-á nas seguintes formas:

I - nas entradas de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, para comercialização neste Estado, quando não houver retenção na origem:

a) através do DAR modelo 1, quando o contribuinte regularmente inscrito possuir regime especial para dilação de prazo, concedido pelo Secretário de Estado da Receita, previsto no § 3º do art. 106;

b) através do DAR modelo 3, nos demais casos;

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

Em primeira instância, o julgador singular observou que os cálculos efetuados pela fiscalização não consideraram o Preço Médio Ponderado de Venda a Consumidor Final – PMPF, conforme rege o Convênio ICMS 139/01 e no § 2º da Cláusula Nona do Convênio ICMS 110/07, abaixo reproduzidos:

CONVÊNIO ICMS 139/01

Cláusula primeira Em substituição aos percentuais previstos nos Anexos I e II a que se referem os incisos I e II do § 1º e no Anexo III a que se refere o § 2º, todos da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, de 16 de abril de 1999, ao disposto no Convênio ICMS 37/00, de 26 de julho de 2000, bem como no Convênio ICMS 70/97, de 25 de julho de 1997, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a adotar nas operações promovidas por estabelecimento fabricante ou importador, a margem de valor agregado obtida na forma deste convênio, relativamente às saídas subseqüentes com gasolina, diesel, querosene de aviação e gás liquefeito de petróleo.

Cláusula segunda A margem de valor agregado será obtida mediante aplicação da seguinte fórmula, a cada operação: $MVA = x \cdot 100$.

Parágrafo único. Para efeito desta cláusula, considera-se:

I - MVA: margem de valor agregado, expressa em percentual;

II - PMPF: preço médio ponderado a consumidor final do combustível considerado, com ICMS incluso, praticado em cada unidade federada, expresso em moeda corrente nacional e apurado nos termos da cláusula quarta, exceto seu inciso III, do Convênio ICMS 70/97, de 25 de julho de 1997;

III - ALIQ: alíquota do ICMS aplicável à operação praticada pelo fabricante ou importador, salvo na hipótese de operação interestadual, em que assumirá o valor zero;

IV - VFI: valor da aquisição pelo importador ou o valor da operação praticada pelo estabelecimento fabricante ou importador, sem ICMS, expresso em moeda corrente nacional;

V - FSE: valor constituído pela soma do frete sem ICMS, seguro, tributos, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, expresso em moeda corrente nacional;

VI - AEAC: índice de mistura do álcool etílico anidro carburante na gasolina C, salvo quando se tratar de outro combustível, em que assumirá o valor zero.

Cláusula terceira O PMPF a que se refere a cláusula segunda será divulgado mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

CONVÊNIO ICMS 110/07

Cláusula nona - Em substituição aos percentuais de margem de valor agregado de que trata a cláusula oitava, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a adotar, nas operações promovidas pelo sujeito passivo por substituição tributária, relativamente às saídas subseqüentes com combustíveis líquidos e gasosos derivados ou não de petróleo, a margem de valor agregado obtida mediante aplicação da seguinte fórmula, a cada operação: $MVA = x \cdot 100$, considerando-se:

I - MVA: margem de valor agregado expressa em percentual;

II - PMPF: preço médio ponderado a consumidor final do combustível considerado, com ICMS incluso, praticado em cada unidade federada, apurado nos termos da cláusula quarta do Convênio ICMS 70/97, de 25 de julho de 1997;

III - ALIQ: percentual correspondente à alíquota efetiva aplicável à operação praticada pelo sujeito passivo por substituição tributária, salvo na operação interestadual com produto contemplado com a não incidência prevista no art 155, § 2º, X, "b", da Constituição Federal, hipótese em que assumirá o valor zero;

IV - VFI: valor da aquisição pelo sujeito passivo por substituição tributária, sem ICMS;

V - FSE: valor constituído pela soma do frete sem ICMS, seguro, tributos, exceto o ICMS relativo à operação própria, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário;

VI - AEAC: índice de mistura do álcool etílico anidro combustível na gasolina C, salvo quando se tratar de outro combustível, hipótese em que assumirá o valor zero.

§ 1º - Considera-se alíquota efetiva aquela que, aplicada ao valor da operação, resulte valor idêntico ao obtido com a aplicação da alíquota nominal à base de cálculo reduzida.

§ 2º - O PMPF a ser utilizado para determinação da margem de valor agregado a que se refere esta cláusula será divulgado mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

§ 3º - Na impossibilidade de aplicação, por qualquer motivo, do disposto nesta cláusula, prevalecerão as margens de valor agregado constantes do Ato COTEPE elaborado e divulgado nos termos da cláusula oitava.

Sem que o sujeito passivo tenha apresentado quaisquer provas em seu favor, resta-nos confirmar os termos da decisão singular, por considerar regular o lançamento fiscal.

Falta de Lançamento de Notas Fiscais

no Livro Registro de Entradas – Exercícios 2006 a 2010

Nesta acusação, estamos a tratar de lançamento fiscal por descumprimento de obrigação acessória, em razão de a autuada ter deixado de registrar Notas Fiscais, referentes a aquisições de mercadorias, no Livro Registro de Entradas, conforme demonstrativo (fl. 226).

Neste sentido, o art. 119, do RICMS/PB, estabeleceu a obrigação de os contribuintes efetuarem a escrituração dos livros fiscais, disciplinando os procedimentos a serem adotados, nos termos do art. 276, vejamos os dispositivos:

Art. 119. São obrigações do contribuinte:

(...)

VIII - escriturar os livros e emitir documentos fiscais, observadas as disposições constantes dos Capítulos próprios deste Regulamento;

Art. 276. O Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, Anexos 24 e 25, destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, a qualquer título, no estabelecimento e de utilização de serviços de transporte e de comunicação.

§ 1º Serão também escriturados os documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias que não transitarem pelo estabelecimento adquirente.

§ 2º Os lançamentos serão feitos um a um, em ordem cronológica das utilizações dos serviços ou das entradas efetivas no estabelecimento ou da data da aquisição ou do desembaraço aduaneiro, na hipótese do parágrafo anterior.

§ 3º Os lançamentos serão feitos, documento por documento, desdobrados em tantas linhas quantas forem às naturezas das operações, segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações, nas colunas próprias, da seguinte forma:

Como prova da acusação, a fiscalização apresentou planilha (*fls. 137-239*) com a relação das Notas Fiscais não registradas, com base nas declarações efetuadas pelos respectivos emitentes.

Sem qualquer contraprova apresentada pela autuada, evidencia-se o descumprimento da obrigação de fazer, sujeitando o contribuinte à penalidade prevista no art. 85, II, da Lei 6.379/96, abaixo reproduzido:

Art. 85. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso I, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II – de 03 (três) UFR-PB:

b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem as notas fiscais correspondentes às mercadorias recebidas ou às prestações efetuadas nos livros fiscais próprios;

Assim, ratifico a decisão singular por considerar que o lançamento fiscal se procedeu conforme os ditames da legislação tributária.

Utilizar Livros sem Autenticação da Repartição Competente

Esta denúncia trata de descumprimento de obrigação acessória pelo fato de o contribuinte ter deixado de autenticar, na repartição fiscal de seu domicílio, os Livros Registro de Entradas dos exercícios de 2006 e 2007, contrariando o art. 119, III, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 119. São obrigações do contribuinte:

(...)

III - solicitar à repartição fiscal competente a autenticação de livros e documentos fiscais, antes de sua utilização;

Assim, fica o contribuinte sujeito a multa de 5 (cinco) UFR-PB, conforme art. 85, II, “a”, abaixo reproduzido:

Art. 85. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso I, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

III - de 05 (cinco) UFR-PB:

a) aos que utilizarem livros ou notas fiscais sem a prévia autenticação na repartição competente;

Concluo por ratificar os termos da decisão singular que manteve os valores apurados pela auditoria.

Da Multa

No que se refere às alusões da autuada de que o percentual cobrado é desproporcional e confiscatório, cabe considerar que o Princípio Constitucional do Não Confisco está restrito aos tributos, não devendo ser estendido às multas, em virtude de estas não se configurarem como tal, mas sim como sanções por ato ilícito, cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer qualquer prejuízo ao Estado.

Ademais, a análise da constitucionalidade das leis está fora da esfera de competência dos Tribunais Administrativos, conforme determinação do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo reproduzido:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

No entanto, ressalto que o julgador singular reduziu corretamente a multa referente à primeira denúncia a um percentual de 100% (cem por cento), em conformidade com as alterações introduzidas, pela Lei nº 10.008/13, no art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, como disposto abaixo:

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):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

Dessa forma, concluímos, por ratificar o crédito tributário fixado na decisão proferida na primeira instância, por considerar que se procedeu em consonância com os ditames da legislação de regência.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000335/2011-26, lavrado em 15/7/2011, contra a empresa ROGER GÁS LTDA., inscrição estadual nº 16.137.514-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 43.879,28 (quarenta e três mil, oitocentos e setenta e nove mil reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 20.862,85 (vinte mil, oitocentos e sessenta e dois reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS, com base nos arts. 150, 172 c/c 391, §7º, II, art. 397, I e 399, I; art. 119, III e VIII c/c o art. 272, todos do RICMS-PB, R\$ 20.862,85 (vinte mil, oitocentos e sessenta e dois reais e oitenta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013 e R\$ 2.153,58 (dois mil, cento e cinquenta e três reais e cinquenta e oito centavos), referentes à multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 85, II, “b”, III, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 24.189,36 (vinte e quatro mil, centos e oitenta e nove reais e trinta e seis centavos), sendo R\$ 949,57 (novecentos e quarenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), de ICMS, R\$ 23.239,59 (vinte e três mil duzentos e trinta e nove reais e cinquenta e nove centavos) de multa.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões do Conselho de Recursos Fiscais, em 16 de
junho de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora