



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

PROCESSO N°1362212016-9

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:SOBRAL & CIA LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA SEGUNDA REGIÃO.

Autuante:SILAS RIBEIRO TORRES

Relatora:CONS.ªTHAIS GUIMARÃES TEIXEIRA.

.FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL – PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição obriga o contribuinte a efetuar o estorno dos créditos na proporção da redução verificada, em obediência ao Princípio da Não Cumulatividade do ICMS.

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 voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001673/2016-90, lavrado em 21 de setembro de 2016, contra a empresa SOBRAL & CIA LTDA., inscrição estadual nº 16.038.000-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.405.087,62 (um milhão, quatrocentos e cinco mil, oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 702.543,81 (setecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 85, I, do RICMS/PB e R\$ 702.543,81 (setecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
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, GÍLVIA DANTAS MACEDO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001673/2016-90 (fl. 03), lavrado em 21 de setembro de 2016, contra a empresa SOBRAL & CIA LTDA, relativamente a fatos geradores ocorridos no exercício de 2012, onde consta a seguinte denúncia:

FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL (SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte não efetuou o estorno do crédito fiscal relativo às mercadorias adquiridas c/ tributação normal e que foram objeto de saídas não tributadas pelo ICMS, resultando em utilização indevida de crédito fiscal e consequente falta de recolhimento do imposto, constatado.

Nota Explicativa: “FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO POR SAÍDAS ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EXERCÍCIO DE 2012.”

Foi apurado um crédito tributário no valor de R\$ 1.405.087,62 (um milhão, quatrocentos e cinco mil, oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 702.543,81 (setecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos), de ICMS, por infringência ao artigo 85, I, do RICMS/PB e R\$ 702.543,81 (setecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Demonstrativos acostados às fls. 8-13, dos autos.

Cientificado da ação fiscal, pessoalmente, em 5/10/2016, fl.3, a autuada apresentou peça reclamatória, fls. 15-110, arguindo, em síntese, a anulação do Auto de Infração, pois inexistente qualquer diferença que justifique a denúncia descrita na inicial.

Com a informação de existência de antecedentes fiscais (fl. 120), todavia sem reincidência, os autos foram declarados conclusos (fl. 121) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal, fls. 136-142, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL – PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA EVIDENCIADA

A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição obriga o contribuinte a efetuar o estorno dos créditos na proporção da redução verificada, em obediência ao Princípio da Não Cumulatividade do ICMS.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Sem recurso hierárquico, a autuada foi cientificada da decisão de primeira instância, pessoalmente, em 8/6/2017, fl. 144.

A recorrente apresentou recurso voluntário, em 7/7/2017, fls. 247-251, onde, após um relato dos fatos, expõe as suas razões.

Informa que os valores corretos de saídas da empresa no exercício auditado foram de R\$ 7.070.215,19 e não R\$ 3.133.740,82, como considerado pela fiscalização, alega, ainda que o estoque final da empresa é de 560.123,36.

Insurge-se contra o lançamento tributário, pois o único procedimento adotado pela fiscalização foi, unicamente, a Conta Mercadorias, e no período auditado a empresa encontrava-se enquadrada no lucro real.

Ao final, requer o recebimento do presente recurso reconhecendo-se a nulidade do lançamento tributário.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em exame, o *recurso voluntário* contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001673/2016-90 (fl. 3), lavrado em 21 de setembro de 2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Ato contínuo, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Com efeito, 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, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, e, além disso, são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando do exame do mérito, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, **não ensejando nulidade.**

A exordial versa sobre a denúncia de falta de estorno de crédito fiscal relativo às operações com mercadorias adquiridas com tributação normal e que foram objeto de saídas não tributadas de ICMS no exercício de 2012 (prejuízo bruto), o que resultou em falta de recolhimento do ICMS, constando como infringido o artigo 85, I, do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o disposto no § 6º:

I - for objeto de saídas não sujeitas ao imposto, por isenção, não incidência ou redução de base de cálculo, sendo esta circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito;

Tendo sido proposta a penalidade descrita no artigo 82, V, “h”, 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):

(...)

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

Tal irregularidade evidenciou-se a partir da análise da Movimentação da Conta Mercadorias, a qual apontou para a ocorrência de saídas de mercadorias com tributação normal com valores abaixo do custo de aquisição.

No libelo acusatório, em suas alegações a recorrente informa que no exercício de 2012, *a empresa estava enquadrada no lucro real*, enquadramento de fácil observação, pela obrigação da entrega do arquivo SPED.

Realmente, ao presente caso, por ser possuidora de escrita contábil e que tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação do imposto de renda e de proventos de qualquer natureza, a empresa deve ser tributada pelo Lucro Real, razão pela qual **a auditoria aplicou a Conta Mercadorias- Lucro Real**, fl. 12 , e não o levantamento da Conta Mercadorias – Lucro Presumido, aplicado nas empresas comerciais que não possuem Escrita Contábil Regular, caso em que o montante das vendas deve ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento), para qualquer tipo de atividade.

Ocorre que, examinado o levantamento acostado, fl. 12, este foi desenvolvido segundo a técnica comumente adotada do **Lucro Real**, distinguindo as mercadorias conforme sua forma de tributação, e ao final, observa-se que o valor levantado não se refere a saídas de mercadorias com tributação normal, *mas ao valor destas abaixo do custo de aquisição, conforme apresentado no demonstrativo.*

Esta técnica faz parte de uma rotina clássica nos procedimentos de auditoria fiscal/contábil, constando, de forma sintética, a movimentação ocorrida no âmbito da empresa comercial, podendo evidenciar a regularidade ou não do cumprimento das obrigações tributárias, tendo o crédito levantado obedecido aos parâmetros legais que delineiam o perfil da conta corrente.

Em linhas gerais, no que diz respeito à falta de estorno referente ao prejuízo bruto, **ratifica-se**, a acusação decorrente da diferença tributável levantada, conforme se observa no Levantamento Conta Mercadorias – Lucro Real.

Assim, esta diferença tributável revela falta de estorno, referente ao exercício 2012, cuja alíquota média (média de todas as alíquotas das notas fiscais de entrada, conforme cada unidade da federação) é de 16,63%.

Ressalvo, na oportunidade, que em consulta ao sistema ATF – Declarações, fl. 154, a empresa apresentou ICMS a recolher no valor de R\$ 24.227,41, no mês de dezembro, cujas informações do parcelamento em fase administrativa foram acostadas às fls. 162-170, o qual foi observado pela fiscalização, quando da reconstituição do Conta Corrente do ICMS, não necessitando proceder a nenhuma dedução no valor lançado no libelo.

E, por fim, independentemente de a mercadoria ser vendida com preço inferior ao da aquisição, o direito ao crédito subsiste, todavia, o estorno fica condicionado à observância da proporcionalidade da redução, conforme previsão do art. 85, acima transcrito.

No que diz respeito ao julgador singular não ter considerado o valor do estoque final da empresa, no montante de R\$ 560.123,36, constante da cópia do balanço patrimonial acostado à fl. 100, ressalvo que em consulta ao sistema ATF - Fiscalização não foram localizadas informações a respeito de valores de estoques finais, conforme consulta acostada às fls.170-171, dos autos.

Além disso, corroboro com o entendimento do julgador da instância singular ao afirmar que: *“Quanto ao valor destacado às fls. 100, é imperioso que destaquemos a sua imprestabilidade para figurar no campo “Estoque Final de Mercadorias c/ Tributação Normal (sem ICMS)” da Movimentação da Conta Mercadorias do Exercício de 2012, posto que não há indicação precisa de que o montante de R\$ 560.123,36 (quinhentos e sessenta mil, cento e vinte e três reais e trinta e seis centavos) representa, tão somente, o estoque de mercadorias submetidas à tributação normal.”*

Deve-se observar que a Movimentação da Conta Mercadorias foi elaborada com base nas informações prestadas pela recorrente, não tendo a auditoria inserido nenhum elemento que não tivesse sido declarado por empresa, conforme se observa da consulta realizada nos arquivos EFD transmitidos, que só possuem registro de Informações Econômico-Fiscais (saídas e prestações com débito do imposto) nos meses de janeiro, outubro, novembro e dezembro de 2012, extratos anexados às fls. 124 a 135.

Quanto às suas alegações de que os valores levantados pela fiscalização, a título de saídas tributáveis e saídas isentas e de substituição tributária, conforme demonstrativo acostado à fl. 249, tomando como referência as informações registradas no Livro Registro de Apuração do ICMS, cópias acostadas às fls. 88-119, repiso, conforme observado pelo julgador singular, para cumprir as exigências legais é imperativo que os documentos tenham validade jurídica, conforme transcrição abaixo:

“Admitir-se a legitimidade das informações prestadas pela Empresa (fls. 89 a 99 e 106 a 118), as quais não foram submetidas à validação do SPED, seria o mesmo que considerar elementos probantes junto ao Fisco os livros contábeis (em papel) que não tenham sido autenticados pela Junta Comercial.”

“A aceitação de “documentos não oficiais” como aptos a afastar a exigibilidade do crédito, produziria o efeito de tornar inócua a redação do § 1º do artigo 1º do Decreto nº 30.478/09, já transcrito anteriormente, dado que inviabilizaria qualquer levantamento fiscal, já que permitiria a omissão de informações necessárias à apuração do crédito tributário referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, acarretando consideráveis prejuízos aos Fiscos.”

Diante do exposto, mantenho inalterada a decisão prolatada no juízo singular, que declarou

procedente a ação fiscal de cobrança, cujo lançamento tributário exige o estorno de crédito fiscal relativo às vendas de mercadorias tributáveis com base de cálculo inferior ao custo de aquisição, em observância à legislação de regência, afastando também o pedido de nulidade da ação fiscal, abordada em preliminar.

Assim, tendo em vista que o lançamento tributário foi efetuado nos termos da legislação de regência e sem que a recorrente conseguisse provar suas alegações, ratifico a decisão da julgadora singular.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001673/2016-90, lavrado em 21 de setembro de 2016, contra a empresa SOBRAL & CIA LTDA., inscrição estadual nº 16.038.000-6, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.405.087,62 (um milhão, quatrocentos e cinco mil, oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 702.543,81 (setecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 85, I, do RICMS/PB e R\$ 702.543,81 (setecentos e dois mil, quinhentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal do Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018..

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora