



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

PROCESSO Nº1456142014-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ª Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A.

2ª Recorrente: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuante: JULIO DE OLIVEIRA COELHO

Relatora: CONS.ª THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Confirmada a prática irregular de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, detectada mediante a falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios. O contribuinte trouxe aos autos provas elidentes de parte da acusação, sendo exigível o crédito tributário remanescente.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara 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, quanto ao mérito pelo *desprovemento de ambos*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001631/2014-97 (fls. 6 e 7), lavrado em 17/9/2014, contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A., inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.082.144-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 42.116,44 (quarenta e dois mil, cento e dezesseis reais e quarenta e quatro centavos), sendo R\$ 21.058,22 (vinte e um mil, cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos) de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, IV, todos do RICMS/PB e R\$ 21.058,22 (vinte e um mil, cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantém cancelado, por indevido, o montante de R\$ 516.867,64 (quinhentos e dezesseis mil, oitocentos e sessenta e sete reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 258.433,82 (duzentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e trinta e três reais e oitenta e dois oitenta centavos) de ICMS e R\$ 258.433,82 (duzentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e trinta e três reais e oitenta e dois oitenta centavos) de multa por infração.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, 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 da Primeira Câmara de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, GÍLVIA DANTAS MACEDO E REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001631/2014-97 (fls. 6 e 7), lavrado em 17 de setembro de 2014, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

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

Considerando infringidos os art. 158, I, 160, I, com fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o agente fazendário, por lançamento de ofício, constituiu crédito tributário no importe de R\$ 558.984,08, sendo R\$ 279.492,04, de ICMS e R\$ 279.492,04, de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, "f", da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 8 a 38 dos autos.

Regularmente cientificado da lavratura do auto de infração em análise, via postal, com Aviso de Recebimento – AR anexo às fls. 44, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 46 a 76) em tempo hábil.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 77 a 95 dos autos.

A reclamante (fls. 48) alega que o libelo basilar contém vícios de fundamentação, os quais impeliram o cerceamento de defesa, que gera a nulidade do feito fiscal.

Quanto aos fatos, aduz que há nos autos (i) diversas notas fiscais elencadas no anexo do auto de infração foram devidamente escrituradas em seus Livros Registro de Entradas; (ii) que a D. Fiscalização relacionou várias Notas Fiscais com numeração equivocada, bem como que (iii) algumas notas foram elencadas em duplicidade.

No tocante ao direito, argumenta que elaborou planilha discriminando todas as notas fiscais efetivamente lançadas com as respectivas datas de escrituração, bem como aquelas indicadas em duplicidade pelo autor, conforme fls. 51 a 68.

Discorre ainda sobre a abusividade e caráter confiscatório da multa por infração sugerida pela fiscalização como também solicita a apresentação de prova pericial (fls. 74 e 75).

Por fim, requer o acatamento integral da sua impugnação para ser declarada a insubsistência do lançamento tributário em questão.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 96), os autos foram conclusos (fls. 97) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que os devolveu à repartição

preparadora em diligência a fim de esclarecer se ocorreu o cometimento dos atos infracionais denunciados, consoante fls. 99 e 100.

Dando seguimento, foram adotados os procedimentos necessários ao recolhimento das custas referentes à diligência solicitada pela ora recorrente, segundo documento anexo às fls. 101 a 109.

Em resposta, o auditor fiscal reexaminou o feito fiscal, informando (fls. 117 e 118) que, da relação inicialmente elaborada pela fiscalização (fls. 24 a 38), constatou a falta de lançamento de apenas 20 (vinte) notas fiscais de entradas, as quais importam no valor contábil de R\$ 271.152,82, todavia, verificou a escrituração de 414 (quatrocentas e quatorze) notas fiscais de entradas, no montante de R\$ 1.372.917,91, conforme demonstrativos às fls. 110 a 112.

Importante anotar que o autor do procedimento fiscal destacou que a escrituração dos documentos ora reclamados foi verificada junto ao livro Registro de Entradas da empresa auditada, cuja reprodução está inserta em mídia digital, *CD-Rom*, anexo ao verso da capa deste processo.

Enfim, os autos foram examinados pelo julgador singular, que decidiu pela parcial procedência do auto de infração *sub judice*, em conformidade com a sentença acostada às fls. 120 a 126 e a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

“NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS – OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – DENÚNCIA CONFIGURADA

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis em pagamento do imposto estadual, nos termos do art. 646 do RICMS/PB.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE”

Como resultado, a ora recorrente foi condenada ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 42.116,94, sendo R\$ 21.058,22, de ICMS, por violação aos arts. 158, I; 160, I; com fulcro no art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 21.058,22, de multa por infração, com supedâneo no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 129), a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 131 a 175, por meio de advogada legalmente habilitada, conforme documentos às fls. 176 a 184.

No recurso voluntário (fls. 131 a 175), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, em preliminar, o contribuinte reporta-se a tempestividade da peça recursal, em seguida, narra os seguintes fatos:

- 1) Em 1º/10/2014, foi intimado da lavratura do AI nº 93300008.09.00001631/2014-97, que visa à cobrança de ICMS e multa por infração decorrente da não escrituração de notas fiscais nos livros próprios;
- 2) O auto de infração foi lavrado com vícios de fundamentação, que geraram cerceamento ao direito de defesa, acarretando a nulidade do feito fiscal;
- 3) Reitera que (i) diversas notas fiscais elencadas no anexo do auto de infração foram devidamente escrituradas em seus Livros Registro de Entradas; (ii) que a D. Fiscalização relacionou várias Notas Fiscais com numeração equivocada, bem como que (iii) algumas notas foram elencadas em duplicidade;
- 4) Afirma que a multa aplicada pela fiscalização deve ser cancelada, pois tem caráter confiscatório e abusivo;
- 5) Na sequência, sumaria a sentença singular, porém afirma que passará a expor os motivos pelos quais esta não merece prosperar.

No tocante ao direito, a ora recorrente repete os argumentos acostados à impugnação, são eles:

- 1) A fiscalização incorreu em equívocos quando da lavratura do auto de infração em questão, gerando cerceamento ao seu direito de defesa;
- 2) Violação ao art. 142 do Código Tributário Nacional, vez que há erros formais que maculam a exigibilidade do lançamento fiscal, pois a maioria das notas fiscais foi devidamente lançada nos seus livros fiscais;
- 3) Adita que a fiscalização equivocou-se na transcrição do número de diversas notas fiscais, objeto da autuação, como também alega que foi relacionado nos anexos do lançamento fiscal números de notas fiscais inexistentes;

- 4) Afirma que os sucessivos erros da fiscalização impediram de realizar o levantamento de todas as notas fiscais elencadas nos anexos do auto de infração em tela, portanto, impeliram ao cerceamento do seu direito de defesa, acarretando a nulidade do libelo basilar;
- 5) Prossegue reforçando os argumentos arguindo a nulidade do auto de infração;
- 6) Reapresenta planilha (fls. 137 a 167), já exibida à GEJUP, em que afirma elenca todas as notas efetivamente escrituradas como também as indicadas em duplicidade pelo autor;
- 7) Com a exibição dessa planilha, conclui que o auto de infração partiu de premissa equivocada, vez que a fiscalização desconsiderou a escrituração das notas fiscais nos seus livros, daí requer a insubsistência do libelo basilar;
- 8) Solicita também a exclusão da multa por infração, em virtude do seu caráter confiscatório, abusivo e inconstitucional, conforme fls. 167 a 174;

Por fim, requer o provimento da sua peça recursal a fim de que o auto de infração seja desconstituído, assim como cancelada a sua cobrança.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a mim, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Nestes autos, cuidam-se dos recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001631/2014-97 (fls. 6 e 7), lavrado em 17/9/2014, contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A., devidamente qualificada nos autos, cuja acusação se reporta à falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributárias sem o pagamento do imposto devido.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo 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 depreende dos artigos 15, 16 e 17, 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, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal administrativo. Portanto, não há motivação para declaração de nulidade do auto de infração em tela como pleiteia a ora interessada.

No mérito, lendo o dispositivo regulamentar abaixo transcrito, art. 646 do RICMS/PB, em que se funda a acusação, é notório que esta decorre de uma presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, em razão da falta de lançamento de notas fiscais de entrada, *litteris*:

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.” (RICMS/PB - grifos nossos)

O fragmento regulamentar acima trasladado não deixa pairar dúvida quanto à legalidade da denúncia de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, **quando verificada a falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios, como no caso dos autos.**

Importante registrar que a acusação em análise trata de aquisições pretéritas de mercadorias, ou seja, a omissão de saídas denunciada se refere aos fatos passados, não aos produtos descritos nas notas fiscais de entradas não lançadas.

Postos estes esclarecimentos, passemos ao mérito propriamente dito.

Do exame dos autos, é fato que parte das alegações da recorrente suscitou dúvida na formação do convencimento do julgador singular, que retornou os autos em diligência à repartição preparadora, conforme despacho às fls. 99 e 100, solicitando os seguintes esclarecimentos do agente fazendário:

“(i) Se da análise dos Livros Registros de Entrada da Impugnante pode-se chegar à conclusão de que todas as Notas Fiscais elencadas no Anexo do auto de infração de fato não foram escrituradas pela Impugnante;

(ii) Se as notas fiscais elencadas pela Impugnante estão, de fato, escrituradas;

(iii) Se os números indicados nas Notas Fiscais elencadas no Anexo do Auto de Infração estão corretos e coincidem com os números indicados nas Notas Fiscais em que foram registradas as operações;

(iv) Se a D. Fiscalização incorreu em equívoco ao transcrever para a planilha anexa ao auto de infração o número de várias das Notas Fiscais autuadas, bem como a quantidade das Notas Fiscais indicadas com numeração equivocada.”

Como resposta, verificada a EFD da ora recorrente, o autor da exordial afirma que, indubitavelmente das notas fiscais inicialmente objeto do lançamento tributário, restaram apenas 20 (vinte) notas fiscais cuja escrituração no livro Registro de Entradas não foi constatada, de acordo com a EFD reproduzida em *CD-Rom* inserto nos autos, anexo ao verso da capa deste processo.

É imprescindível anotar que as notas fiscais de entradas não lançadas no livro Registro de Entradas, cuja exigência tributária permanece, estão relacionadas às fls. 110, 111 e 112.

Destas, o julgador fiscal excluiu aquelas que não geraram desembolso financeiro, logo não causaram repercussão tributária, por se tratarem de operações cuja natureza estava descrita como TRANSFERÊNCIA DE ATIVO IMOBILIZADO e DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS, sendo as referidas Notas Fiscais materializadas nos seguintes DANFES nºs 70804, 6, 87353, 89261,92128 e 93146.

Assim, restou exigível a cobrança do crédito tributário referente às demais notas fiscais, cuja escrituração fiscal não foi exibida à fiscalização, conforme fls. 124, importando no crédito tributário no importe de R\$ 42.116,44, sendo R\$ 21.058,22 de ICMS e de R\$ 21.058,22.

Por oportuno, esta relatoria trouxe aos autos cópias dos DANFES (fls. 187 a 207), que representam as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e objeto da autuação, **no intuito de demonstrar que as NF-e, cujo lançamento na escrita fiscal está sendo reclamado nesta autuação, são documentos fiscais reais**, porquanto não merece prosperar o argumento da recorrente de que há nos anexos do lançamento fiscal números de notas fiscais inexistentes, pois aquelas cuja exigência tributária se mantém estão com os DANFES correlatos apensos às fls. 187 a 207, quanto às demais, a fiscalização confirmou o lançamento nos registros fiscais.

Com referência à suscitada inconstitucionalidade da multa por infração, que violaria os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco, reitero que a sanção em comento decorre de lei, devendo os auditores fiscais aplicá-la, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos dos arts. 141 e 142 do CTN.

Além disso, não compete aos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, em harmonia com o art. 99 da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito, *in verbis*:

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

I - a **declaração de inconstitucionalidade;**” (grifos nossos)

Posto isto, entendo que remanesce a cobrança do crédito tributário a seguir discriminado:

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e, voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo *desprovemento de ambos*, para manter inalterada a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001631/2014-97 (fls. 6 e 7), lavrado em 17/9/2014, contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S.A., inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.082.144-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R\$ 42.116,44 (quarenta e dois mil, cento e dezesseis reais e quarenta e quatro centavos), sendo R\$ 21.058,22 (vinte e um mil, cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos) de ICMS, por infringência aos art. 158, I e 160, I c/c o art. 646, IV, todos do RICMS/PB e R\$ 21.058,22 (vinte e um mil, cinquenta e oito reais e vinte e dois centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 516.867,64 (quinhentos e dezesseis mil, oitocentos e sessenta e sete reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 258.433,82 (duzentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e trinta e três reais e oitenta e dois oitenta e dois centavos) de ICMS e R\$ 258.433,82 (duzentos e cinquenta e oito mil, quatrocentos e trinta e três reais e oitenta e dois oitenta e dois centavos) de multa por infração.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora