



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

**Processo Nº:0839982015-6**

**TRIBUNAL PLENO**

**Recorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS**

**Recorrida:VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.**

**Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO EM ALHANDRA**

**Autuante:JOSÉ EDINILSON MAIA DE LIMA**

**Relatora:CONS<sup>a</sup>. MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS**

**Relator voto divergente:CONS.<sup>o</sup> PETRONIO RODRIGUES LIMA**

**FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONFIRMAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MANTIDA DENÚNCIA EM PARTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.**

- A constatação de notas fiscais de aquisição, sem a devida contabilização nos livros próprios, evidencia a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. No presente caso, a autuada não trouxe aos autos provas materiais que pudessem ilidir o crédito tributário inserto na inicial.
- Sobre recolhimento de ICMS-ST, não é devido na hipótese de transferência de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista.
- No que se refere à aquisição de materiais destinados ao uso e consumo da empresa, formaliza a incidência do ICMS diferencial de alíquotas, ICMS normal fronteira e ICMS bloqueio antecipado sobre as entradas destes produtos.

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

unanimidade e de acordo com o voto da relatora pelo recebimento do Recurso Hierárquico por regular e, quanto a mérito pelo seu desprovidimento a fim de manter a decisão pela parcial procedência do auto de Infração nº: 993300008.09.00000917/2015-36, lavrado em 11/6/2015, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., já qualificada nos autos, considerando devido o crédito tributário no valor de R\$ 976.464,85 (novecentos e setenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos), sendo R\$519.503,26 (quinhentos e dezenove mil, quinhentos e três reais e vinte e seis centavos) de ICMS, pela infringência aos artigos 158, I e 160, I, cm fulcro no art. 646, do RICMS/PB e artigo 106 do RICMS/PB, além do valor de R\$ 456.961,59 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos) a título de multa com esteio no art. 82, V, alínea “f” e art. 82, II, “e”, da Lei nº: 6379/96.

Em tempo, mantém cancelado o valor de R\$ 514.550,77 (quinhentos e quatorze mil, quinhentos e cinquenta reais e setenta e sete centavos) pelas razões já evidenciadas.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2019.

MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS  
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, acompanhando integralmente o voto da relatora, A CONS.<sup>a</sup> DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES e acompanhando o relator do voto divergente quanto à fundamentação da acusação de Nota Fiscal não lançada – CONS. PETRONIO RODRIGUES LIMA, os Conselheiros MAIRA DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA e ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor Jurídico

#

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000917/2015-36-30 (de fls.3/7), lavrado em 11/6/2015, onde o autuado, acima identificado, é acusado de cometimento das seguintes irregularidades fiscais:

***“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 devido do imposto, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios*

**NOTA EXPLICATIVA:** DEIXOU DE REGISTRAR NO LIVRO PRÓPRIO NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS DESTINADAS POR TERCEIROS, CONFORME DEMONSTRATIVO EM ANEXO-EXERCÍCIO DE 2011/2012/2013.

***“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”- Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.***

**NOTA EXPLICATIVA:** CONFORME DAR FATURA EM ANEXO, COD. RECEITA- 1106- ICMS ST POR ENTRADAS, DAR Nº 3006007147 REF. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SEM A RETENÇÃO NA FONTE.

***“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 devida retenção do imposto devido.***

**NOTA EXPLICATIVA:** CONFORME DAR FATURA EM ANEXO, COD. RECEITA- 1106- ICMS ST POR ENTRADAS, DAR Nº 3005339218, 3008449054, 3008598250 REF. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SEM A RETENÇÃO NA FONTE.

***“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS”- Falta de recolhimento do Imposto Estadual.***

**NOTA EXPLICATIVA:** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PREVISTO NO ART. 106 DO RICMS/PB, CONFORME DAR FATURA EM ANEXO AOS SEGUINTE CÓDIGOS DE RECEITAS: 1145 E 1154- ICMS ANTECIPADO BLOQUEIO/INDÚSTRIA – ART. INFRINGIDO 106, I, ALÍNEA “h” DO RICMS/PB; COD. RECEITA 1108/1137- ICMS DIFAL ATIVO FIXO, USO E CONSUMO E DIFAL COMPLEMENTAR- ART. INFRINGIDOS: 106, II, ALÍNEA “c” DO RICMS/PB COD RECEITAS 1120/1139- ICMS GARANTIDO E ICMS GARANTIDO COMPLEMENTAR- ART. INFRINGIDOS: 106, II, ALÍNEA “g” DO RICMS/PB.

No caso dos autos, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 1.491.015,62 (um milhão, quatrocentos e noventa e um mil, quinze reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 849.326,05 (oitocentos e quarenta e nove mil, trezentos e vinte e seis reais e

cinco centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 646, art. 399, VI, com fulcro no art. 391, §5º e 7º, II, ART. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec 18.930/97 e R\$ 641.689,57 (seiscentos e quarenta e um mil, seiscentos e oitenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), de multa por infração, com fundamento no artigo 82, V, “c”, “f” e “g” e 82, II, “e”, da Lei Estadual nº 6.379/96.

Regularmente cientificado do resultado da ação fiscal, em 17/6/2015, conforme atesta Aviso de Recebimento de fl. 7, o autuado se insurge contra a acusação, passando a discorrer, em suma:

1 – No primeiro momento, faz breve narrativa fática transcrevendo o disciplinamento legal ali infringido;

2 – Ato contínuo, aduz a tempestividade da peça defensiva pedindo o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito com base no art. 151, II, do CTN;

3 – Invoca os princípios da legalidade dos atos administrativos e seu efeito vinculante e obrigatório com esteio no art. 142, do CTN;

4- Que o auto de infração deve ser considerado nulo em virtude do desrespeito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que não há indicação precisa das infrações e da subsunção dos fatos ao tipo legal, com também o termo de conclusão de fiscalização;

5- Alega que não reconhece nenhuma compra de mercadoria, como também, não recebeu nenhuma mercadoria dos fornecedores materializada nas notas fiscais alvo da fiscalização e que, portanto, não pode prosperar a presunção de saídas pretéritas;

6- Cita a doutrina, enfatizando que o ônus da prova é de quem alega;

7- Afirma ainda que, a ausência dos comprovantes de recebimentos dos documentos fiscais contamina de nulidade a cobrança exigida;

8- Pede que o feito seja convertido em diligência a fim de se demonstrar que não há comprovante de recebimento das mercadorias supostamente entregues às empresas emitentes das notas fiscais objetos da autuação;

9- Aduz o fato de que opera na modalidade de estabelecimento equiparado ao industrial e que, portanto, não estaria sujeita ao regime de ICMS-ST, uma vez que aqueles produtos foram adquiridos

com o escopo de viabilizar a operação industrial;

10- Também contesta a multa aplicada, pelos fins confiscatórios;

11- Cita jurisprudência e doutrina sobre o tema.

Por fim, requer a improcedência alegando que o auto se baseia em erro de fato. Solicita que seja deferida a produção diligência.

Com informações de inexistência de antecedentes fiscais (317/318), foram os autos remetidos ao Julgador Singular – Cristian Vilar de Queiroz- que entendeu pela parcial procedência do auto, exarando a seguinte ementa:

ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. CONFIRMAÇÃO TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE.- Mantida a denúncia de ausência de registro de notas fiscais de entrada nos livros próprios, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

- Não é devido o recolhimento do ICMS substituição Tributária na hipótese de transferências de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento atacadista.

- A aquisição de materiais que não se integram ao produto final na qualidade de matérias-primas ou produtos intermediários, haja vista serem destinados ao uso e/ou consumo da empresa, formaliza a incidência do ICMS diferencial de alíquotas, ICMS normal fronteira e ICMS bloqueio antecipado sobre as entradas destes produtos.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Regularmente notificada da decisão monocrática, conforme Aviso de Recebimento fl. 354, a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos os autos a esta casa, e distribuídos à Conselheira Mônica Oliveira Coelho Lemos, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento do recurso hierárquico.

Eis o relatório.

VOTO DIVERGENTE

1- DA FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS

Senhora Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, colegas Conselheiros, Senhor Assessor Jurídico desta Casa e aos demais aqui presentes nesta sessão.

Com todo respeito ao entendimento da nobre Conselheira Relatora pelo voto proferido, peço *venia* para discordar sobre os seus fundamentos fáticos e jurídicos utilizados em relação à denúncia de *omissão de saídas* pretéritas de mercadorias tributáveis, detectada pela ausência de registros de notas fiscais nos livros próprios.

Em seus fundamentos, em detrimento à vasta jurisprudência desta Corte, posicionou-se a ínclita Relatora no sentido de que esta acusação, sob o prisma do artigo 646 do RICMS/PB, toma-se a base de cálculo do ICMS valores arbitrados, devendo-se utilizar, assim, um dos critérios previstos no parágrafo único do art. 23 da Lei nº 6.379/96, como se as declarações e documentos do contribuinte não merecessem fé, o que ousou discordar, pelas razões que a seguir exponho.

A irregularidade constatada pela fiscalização, ora em evidencia, decorre de o contribuinte ter deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros próprios nos meses de agosto de 2011 a junho de 2016. Esta conduta omissiva faz surgir a *presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, por *presunção legal*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, §8º, da Lei nº 6.379/96, regulamentada pelo art. 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º 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.

## **RICMS/PB:**

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;** ( g. n.)

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, a constatação desta omissão de vendas pretéritas obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a falta de emissão de documentos fiscais das operações omissas, por afronta ao disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB [DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA](#)

[A autuada alegou em sua reclamação que as mercadorias adquiridas pela empresa não geram cobrança desse imposto. De fato, em alguns casos, mesmo havendo circulação subsequente da mercadoria, não será cabível a substituição tributária. É a inteligência do art.390, §4º, do RICMS/PB, conforme já observou o julgador monocrático.](#)

[Após a análise das notas fiscais eletrônicas nºs: 42.590, 30.755, 84.134, 80.729, 80.822, 117.063,](#)

60.141 e 70.749, que se referem a “transferência de mercadoria adquirida e recebida de terceiros” é de se observar que, conforme regra trazida pelo art.390, I, parágrafo 4º, a condição de transferência entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento atacadista não está condicionada ao fato de ter sido a mercadoria produzida pelo estabelecimento remetente.

-

Por essa razão, assim como o julgador monocrático, compreendo que as infrações relacionadas a estas acusações restaram prejudicadas não havendo de prosperar.

-

### 3- DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- ICMS- DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, ICMS- NORMAL FRONTEIRA E ICMS BLOQUEIO (ANTECIPADO)

-

-

Apreciando as razões do contribuinte, bem como a direção do voto do julgador monocrático, entendo que, de fato, a condição de indústria enseja algumas prerrogativas outorgadas pela legislação paraibana e isso não ocorre por caridade. Na realidade, o escopo desses benefícios fiscais é justamente o fomento da economia local e a importância das unidades industriais nesse contexto.

-

Ocorre que, no que se refere às aquisições interestaduais relativas às mercadorias destinadas a uso e consumo, a condição de contribuinte industrial não apresenta relevância.

-

Ainda que a autuada tenha firmado contrato de industrialização com outras unidades fabris contribuintes ou não do ICMS no Estado da Paraíba, a responsabilidade pelo recolhimento dos impostos acima listados é do adquirente e, como restou demonstrado nos autos e explicado na sentença monocrática, o adquirente foi o contribuinte autuado, motivo pelo qual a alegação de que houve contrato de remessa para industrialização é irrelevante, sendo o ICMS diferencial de alíquota, bloqueio e normal fronteira são devidos.

-

Assim, corroborando com decisão singular, entendo como devido os créditos lançados nos presentes autos a título de FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (ICMS- DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, ICMS- NORMAL FRONTEIRA E ICMS BLOQUEIO).

-

-

ICMS- GARANTIDO

-

A legislação regente à época dos fatos lastreia-se apenas na aquisição de produtos que sejam destinados à comercialização. Após análise dos autos e observação do entendimento do julgador monocrático, verifico que os produtos constantes das notas objeto da fiscalização e alvo desta denúncia referem-se à bens que são utilizados direta ou indiretamente na industrialização, ou seja, não alheios à atividade do estabelecimento.

Assim, analisando as provas acostadas e as alegações da defesa, afirmando que as mercadorias adquiridas não foram destinadas a simples revenda, mas que foram utilizadas com matéria-prima ou insumo no processo de produção do produto final, hei de corroborar com o entendimento do julgador singular no sentido de considerar desprovida de amparo legal tal acusação (ICMS Garantido) e, por conseguinte improcedente.

Pelos fundamentos acima evidenciados, peço *venia* para divergir apenas do posicionamento da nobre relatora, quanto ao seu entendimento em relação acusação por “aquisição de mercadorias com receitas omitidas”, e manter a decisão da instância monocrática, com os ajustes por ela realizados.

Diante do exposto.

Voto pelo recebimento do Recurso Hierárquico por regular e, quanto a mérito pelo seu desprovimento a fim de manter a decisão pela parcial procedência do auto de Infração nº: 993300008.09.00000917/2015-36, lavrado em 11/6/2015, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., já qualificada nos auto, considerando devido o crédito tributário no valor de R\$ 976.464,85 (novecentos e setenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos), sendo R\$519.503,26 (quinhentos e dezenove mil, quinhentos e três reais e vinte e seis centavos) de ICMS, pela infringência aos artigos 158, I e 160, I, cm fulcro no art. 646, do RICMS/PB e artigo 106 do RICMS/PB, além do valor de R\$ 456.961,59 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos) a título de multa com esteio no art. 82, V, alínea “f” e art. 82, II, “e”, da Lei nº: 6379/96.

Em tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 514.550,77 (quinhentos e quatorze mil, quinhentos e cinquenta reais e setenta e sete centavos) pelas razões já evidenciadas.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA

Conselheiro do voto divergente

-

-

-

-

PROCESSO Nº: 16.027.016-2

RECORRENTE : GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

RECORRIDA : VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.

PREPARADORA : CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO EM ALHANDRA

AUTUANTE : JOSÉ EDINILSON MAIA DE LIMA

RELATORA : CONS<sup>a</sup>. MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

-

-

NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO DE BASE DE CÁLCULO ADEQUADO QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL UTILIZAR OS DEMAIS CRITÉRIOS ELENCADOS NO ART. 23, INCISO V. DA LEI Nº 6.379/93. PERÍODO DE FISCALIZAÇÃO EM EXERCÍCIO INCOMPLETO. ACOLHIMENTO DAS NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS COMO CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO DE BASE DE CÁLCULO DAS OPERAÇÕES PRETÉRITAS OMITIDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MANTIDA DENÚNCIA EM PARTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A denúncia sobre Nota Fiscal não lançada e, por conseguinte, presunção de saídas pretéritas omitidas, no caso em análise, deve ser mantida, uma vez que os exercícios fiscalizados apresentam períodos incompletos, não sendo possível realização da técnica de conta mercadorias. Assim, é inteligência do art. 23, inciso V, da Lei nº: 6.379/96 que, restando inaplicáveis as técnicas ali elencadas para arbitramento de base de cálculo, subsidiariamente, atri-se uso do montante de notas fiscais como técnica mais próxima para arbitramento da base de cálculo.

- Sobre recolhimento de ICMS-ST, não é devido na hipótese de transferência de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista.

- No que se refere à aquisição de materiais destinados ao uso e consumo da empresa, formaliza a incidência do ICMS diferencial de alíquotas, ICMS normal fronteira e ICMS bloqueio antecipado sobre as entradas destes produtos.

-

## RELATÓRIO

-  
Trata-se de recurso hierárquico, interposto contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000917/2015-36-30 (de fls.3/7), lavrado em 11/6/2015, onde o autuado, acima identificado, é acusado de cometimento das seguintes irregularidades fiscais:

-  
**“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 devido do imposto, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios

-  
**NOTA EXPLICATIVA:** DEIXOU DE REGISTRAR NO LIVRO PRÓPRIO NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS DESTINADAS POR TERCEIROS, CONFORME DEMONSTRATIVO EM ANEXO- EXERCÍCIO DE 2011/2012/2013.

-  
**“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”**- Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

-  
**NOTA EXPLICATIVA:** CONFORME DAR FATURA EM ANEXO, COD. RECEITA- 1106- ICMS ST POR ENTRADAS, DAR Nº 3006007147 REF. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SEM A RETENÇÃO NA FONTE.

-  
**“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 devida retenção do imposto devido.

-  
**NOTA EXPLICATIVA:** CONFORME DAR FATURA EM ANEXO, COD. RECEITA- 1106- ICMS ST POR ENTRADAS, DAR Nº 3005339218, 3008449054, 3008598250 REF. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SEM A RETENÇÃO NA FONTE.

**“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS”- Falta de recolhimento do Imposto Estadual.**

-

**NOTA EXPLICATIVA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PREVISTO NO ART. 106 DO RICMS/PB, CONFORME DAR FATURA EM ANEXO AOS SEGUINTE CÓDIGOS DE RECEITAS: 1145 E 1154- ICMS ANTECIPADO BLOQUEIO/INDÚSTRIA – ART. INFRINGIDO 106, I, ALÍNEA “h” DO RICMS/PB; COD. RECEITA 1108/1137- ICMS DIFAL ATIVO FIXO, USO E CONSUMO E DIFAL COMPLEMENTAR- ART. INFRINGIDOS: 106, II, ALÍNEA “c” DO RICMS/PB COD RECEITAS 1120/1139- ICMS GARANTIDO E ICMS GARANTIDO COMPLEMENTAR- ART. INFRINGIDOS: 106, II, ALÍNEA “g” DO RICMS/PB.**

-

-

No caso dos autos, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 1.491.015,62 (um milhão, quatrocentos e noventa e um mil, quinze reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 849.326,05 (oitocentos e quarenta e nove mil, trezentos e vinte e seis reais e cinco centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 646, art. 399, VI, com fulcro no art. 391, §5º e 7º, II, ART. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec 18.930/97 e R\$ 641.689,57 (seiscentos e quarenta e um mil, seiscentos e oitenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), de multa por infração, com fundamento no artigo 82, V, “c”, “f” e “g” e 82, II, “e”, da Lei Estadual nº 6.379/96.

-

Regularmente cientificado do resultado da ação fiscal, em 17/6/2015, conforme atesta Aviso de Recebimento de fl. 7, o autuado se insurge contra a acusação, passando a discorrer, em suma:

-

1 – No primeiro momento, faz breve narrativa fática transcrevendo o disciplinamento legal ali infringido;

-

2 – Ato contínuo, aduz a tempestividade da peça defensiva pedindo o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito com base no art. 151, II, do CTN;

-

3 – Invoca os princípios da legalidade dos atos administrativos e seu efeito vinculante e obrigatório com esteio no art. 142, do CTN;

-

4- Que o auto de infração deve ser considerado nulo em virtude do desrespeito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que não há indicação precisa das infrações e da subsunção dos fatos ao tipo legal, com também o termo de conclusão de fiscalização;

5- Alega que não reconhece nenhuma compra de mercadoria, como também, não recebeu nenhuma

mercadoria dos fornecedores materializada nas notas fiscais alvo da fiscalização e que, portanto, não pode prosperar a presunção de saídas pretéritas;

6- Cita a doutrina, enfatizando que o ônus da prova é de quem alega;

-

7- Afirma ainda que, a ausência dos comprovantes de recebimentos dos documentos fiscais contamina de nulidade a cobrança exigida;

-

8- Pede que o feito seja convertido em diligência a fim de se demonstrar que não há comprovante de recebimento das mercadorias supostamente entregues às empresas emitentes das notas fiscais objetos da autuação;

-

9- Aduz o fato de que opera na modalidade de estabelecimento equiparado ao industrial e que, portanto, não estaria sujeita ao regime de ICMS-ST, uma vez que aqueles produtos foram adquiridos com o escopo de viabilizar a operação industrial;

10- Também contesta a multa aplicada, pelos fins confiscatórios;

-

11- Cita jurisprudência e doutrina sobre o tema.

-

Por fim, requer a improcedência alegando que o auto se baseia em erro de fato. Solicita que seja deferida a produção diligência.

-

Com informações de inexistência de antecedentes fiscais (317/318), foram os autos remetidos ao Julgador Singular – Cristian Vilar de Queiroz- que entendeu pela parcial procedência do auto, exarando a seguinte ementa:

-

ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. CONFIRMAÇÃO TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE.- Mantida a denúncia de ausência de registro de notas fiscais de entrada nos livros próprios, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

- Não é devido o recolhimento do ICMS substituição Tributária na hipótese de transferências de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento atacadista.

- A aquisição de materiais que não se integram ao produto final na qualidade de matérias-primas ou produtos intermediários, haja vista serem destinados ao uso e/ou consumo da empresa, formaliza a

incidência do ICMS diferencial de alíquotas, ICMS normal fronteira e ICMS bloqueio antecipado sobre as entradas destes produtos.

-

## AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

-

Regularmente notificada da decisão monocrática, conforme Aviso de Recebimento fl. 354, a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento do recurso hierárquico.

-

Eis o relatório.

-

-

VOTO
------

-

Trata-se de *recurso hierárquico* contra a decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000917/2015-36-30, sobre denúncia de descumprimento de obrigação principal, ocasionada por várias infrações, dentre elas: **FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS, FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.**

-

Em primeiro plano, observa-se que a peça basilar preenche os pressupostos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, estando preenchidos todos os requisitos necessários à sua lavratura, conforme os ditames do art. 692 do RICMS/PB, sendo determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator, conforme art. 105, § 1º, da Lei nº 6.379/96.

-

Adentrando ao mérito, passarei a enfrentar ponto a ponto as acusações ali apontadas no libelo acusatório.

-

4- DA FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS

-

Recentemente, passei a me posicionar pela nulidade dos autos de infração que contivessem a acusação em análise, porque, no meu entendimento, o montante das notas fiscais não lançadas não pode ser utilizado como arbitramento de base de cálculo para auferir as receitas pretéritas omissas, por completa ausência de previsão legal neste sentido.

É sabido que arbitramento de base de cálculo é matéria de reserva de lei, portanto, não podendo a autoridade fiscal lançar mão do critério que achar mais lógico ou conveniente para chegar a base de cálculo, mas estaria adstrita a se valer dos cinco critérios elencados no art. 23, da Lei nº 6379/96.

-

Seguindo esse raciocínio, entendo que o critério adequado para as empresas do comércio é a técnica de Levantamento de Conta Mercadorias e para as empresas da Indústria, a técnica de Levantamento Financeiro. Todavia, não havendo a possibilidade de utilização desses critérios, invocáramos o inciso V, o qual preceitua que, em síntese, o fiscal estaria autorizado a utilizar o critério que mais se aproximasse para chegar ao valor de base de cálculo. Critério esse subsidiário, pelo próprio texto legal.

-

E sobre as situações em que não seria possível o uso das técnicas supramencionadas, é imperioso que se acolha o montante das notas fiscais não lançadas para que a autoridade fiscal possa chegar a um valor de base de cálculo. Essas situações seriam aquelas em que o período do exercício fiscalizado fosse incompleto, ocasião em que não seria possível a aplicação da técnica “Conta Mercadorias”, uma vez que o exercício não se encontra fechado.

-

No caso dos presentes autos, temos que, no tocante a esta acusação, os exercícios fiscalizados estão incompletos, devendo, portanto, a autuada demonstrar por meio de documentos fiscais que não omitiu as receitas pretéritas e, somente assim, afastar a acusação fiscal.

-

A ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas 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.

-

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, 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;

-

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido. Neste sentido, a comprovação de que o sujeito passivo deixou de registrar suas operações de aquisição de mercadorias no Livro Registro de Entradas faz surgir a presunção insculpida no texto legal, restando ao infrator a prova da improcedência da presunção, conforme se extrai da norma acima transcrita.

-

No presente caso, a autuada apenas se limitou a declarar que não efetuou as compras e muito menos recebeu tais mercadorias. Em relação ao argumento trazido pela autuada, observa-se que a defesa não fez prova dos fatos alegados, não obtendo êxito em enfraquecer as provas acostadas pela fiscalização.

-

Assim, em consonância com a previsão legal e, pelo conjunto probatório inserto no caderno processual, a infração resta caracterizada. Portanto, mantida a decisão relacionada a esta acusação, corroborando com o julgador monocrático.

-

-

## 5- DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

-

A autuada alegou em sua reclamação que as mercadorias adquiridas pela empresa não geram cobrança desse imposto. De fato, em alguns casos, mesmo havendo circulação subsequente da mercadoria, não será cabível a substituição tributária. É a inteligência do art.390, §4º, do RICMS/PB, conforme já observou o julgador monocrático.

Após a análise das notas fiscais eletrônicas nºs: 42.590, 30.755, 84.134, 80.729, 80.822, 117.063, 60.141 e 70.749, que referem-se a “transferência de mercadoria adquirida e recebida de terceiros” é de se observar que, conforme regra trazida pelo art.390, I, parágrafo 4º, a condição de transferência entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento atacadista não está condicionada ao fato de ter sido a mercadoria produzida pelo estabelecimento remetente.

-

Por essa razão, assim como o julgador monocrático, compreendo que as infrações relacionadas a estas acusações restaram prejudicadas não havendo de prosperar.

## 6- DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- ICMS- DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, ICMS- NORMAL FRONTEIRA E ICMS BLOQUEIO (ANTECIPADO)

-

Apreciando as razões do contribuinte, bem como a direção do voto do julgador monocrático, entendo que, de fato, a condição de indústria enseja algumas prerrogativas outorgadas pela legislação paraibana e isso não ocorre por caridade. Na realidade, o escopo desses benefícios fiscais é justamente o fomento da economia local e a importância das unidades industriais nesse contexto.

-

Ocorre que, no que se refere às aquisições interestaduais relativas às mercadorias destinadas a uso e consumo, a condição de contribuinte industrial não apresenta relevância.

-

Ainda que a autuada tenha firmado contrato de industrialização com outras unidades fabris contribuintes ou não do ICMS no Estado da Paraíba, a responsabilidade pelo recolhimento dos impostos acima listados é do adquirente e, como restou demonstrado nos autos e explicado na sentença monocrática, o adquirente foi o contribuinte autuado, motivo pelo qual a alegação de que houve contrato de remessa para industrialização é irrelevante, sendo o ICMS diferencial de alíquota, bloqueio e normal fronteira são devidos.

-

Assim, corroborando com decisão singular, entendo como devido os créditos lançados nos

presentes autos a título de FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (ICMS- DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, ICMS- NORMAL FRONTEIRA E ICMS BLOQUEIO).

-

-

### ICMS- GARANTIDO

-

A legislação regente à época dos fatos lastreia-se apenas na aquisição de produtos que sejam destinados à comercialização. Após análise dos autos e observação do entendimento do julgador monocrático, verifico que os produtos constantes das notas objeto da fiscalização e alvo desta denúncia referem-se à bens que são utilizados direta ou indiretamente na industrialização, ou seja, não alheios à atividade do estabelecimento.

-

Assim, analisando as provas acostadas e as alegações da defesa, afirmando que as mercadorias adquiridas não foram destinadas a simples revenda, mas que foram utilizadas com matéria-prima ou insumo no processo de produção do produto final, hei de corroborar com o entendimento do julgador singular no sentido de considerar desprovida de amparo legal tal acusação e, por conseguinte improcedente.

-

Feitas essas considerações e analisados os ajustes feitos pelo juízo monocrático, mister e faz corroborar com sua decisão considerando-a acertada.

-

Diante do exposto.

-

Voto pelo recebimento do Recurso Hierárquico por regular e, quanto a mérito pelo seu desprovimento a fim de manter a decisão pela parcial procedência do auto de Infração nº: 993300008.09.00000917/2015-36, lavrado em 11/6/2015, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., já qualificada nos auto, considerando devido o crédito tributário no valor de R\$ 976.464,85 (novecentos e setenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos), sendo R\$519.503,26 (quinhentos e dezenove mil, quinhentos e três reais e vinte e seis centavos) de ICMS, pela infringência aos artigos 158, I e 160, I, cm fulcro no art. 646, do RICMS/PB e artigo 106 do RICMS/PB, além do valor de R\$ 456.961,59 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos) a título de multa com esteio no art. 82, V, alínea "f" e art. 82, II, "e", da Lei nº: 6379/96.

-

Em tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 514.550,77 (quinhentos e quatorze mil, quinhentos e cinquenta reais e setenta e sete centavos) pelas razões já evidenciadas.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2019

**MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS**  
**Conselheira Relatora**