

PROCESSO Nº 1220662015-4

ACÓRDÃO Nº 0609/2021

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: FABIO DUARTE DE ARAUJO.

2ª Recorrente: FABIO DUARTE DE ARAUJO.

Advogado (a): Sr.º EDUARDO SÉRGIO CABRAL DE LIMA, inscrito na OAB/PB sob o nº 9.049

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR2 DA SEFAZ - GUARABIRA.

Autuante: RUY CARNEIRO BATISTA DE PAIVA.

Relatora: Cons.ª. MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO) - INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. VÍCIO FORMAL. ALTERADA, DE OFÍCIO, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- *A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias) obriga o contribuinte a efetuar o estorno desses créditos na proporção da redução verificada, mercê do princípio da não cumulatividade do ICMS.*

- *Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de "Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF", o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos, hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001493/2015-27, lavrado em 31/8/2015, contra a empresa, FABIO DUARTE DE ARAUJO, inscrição estadual nº 16.124.008-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 972.724,30 (novecentos e setenta e dois mil, setecentos e vinte e quatro reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 486.362,15 (quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e sessenta e dois reais e quinze centavos), de ICMS, por infringência ao art. 85, III, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 486.362,15 (quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e sessenta e dois

reais e quinze centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o valor de R\$ 1.236.125,92 (um milhão, duzentos e trinta e seis mil, cento e vinte e cinco reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 641.086,80 (seiscentos e quarenta e um mil, oitenta e seis reais e oitenta centavos), de ICMS, e R\$ 595.039,12 (quinhentos e noventa e cinco mil, trinta e nove reais e doze centavos) de multa por infração de multa por infração.

Ressalto que poderá ser realizado outro feito fiscal, referente à acusação de FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF, com a descrição correta dos fatos, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 12 de novembro de 2021.



MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE).

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALNECAR
Assessora

PROCESSO Nº 122.066.2015-4

TRIBUNAL PLENO (SUSTENTAÇÃO ORAL)

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: FABIO DUARTE DE ARAUJO.

2ª Recorrente: FABIO DUARTE DE ARAUJO.

Advogado (a): Sr.º EDUARDO SÉRGIO CABRAL DE LIMA, inscrito na OAB/PB sob o nº 9.049

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS – GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR2 DA SEFAZ - GUARABIRA.

Autuante: RUY CARNEIRO BATISTA DE PAIVA.

Relatora: Cons.ª. MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO) - INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. VÍCIO FORMAL. ALTERADA, DE OFÍCIO, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias) obriga o contribuinte a efetuar o estorno desses créditos na proporção da redução verificada, mercê do princípio da não cumulatividade do ICMS.

- Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001493/2015-27, lavrado em 31/8/2015, contra a empresa, FABIO DUARTE DE ARAUJO, inscrição estadual nº 16.124.008-9, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2010 e 31/12/2014, constam as seguintes denúncias:

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS) >> Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), resultando na obrigação de recolhimento do imposto estadual.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE DEXOU DE REGISTRAR NA ESCRITA FISCAL (LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS) AS VENDAS REALIZADAS ATRAVÉS DO ECF NO EXERCÍCIO DE 2012, IMPLICANDO NA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS CONFORME
DEMONSTRAÇÕES (MEMÓRIA FISCAL).

Foram dados como infringidos o art. 85, III; art. 376, art. 379 c/c art. 106, II, “a”; todos do RICMS-PB, sendo propostas as penalidades previstas no art. 82, V, “h” e II, “e”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 2.208.850,22 (dois milhões, duzentos e oito mil, oitocentos e cinquenta reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 1.145.146,29 (um milhão, cento e quarenta e cinco mil, cento e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos), de ICMS, e R\$ 1.063.703,93 (um milhão, sessenta e três mil, setecentos e três reais e noventa e três centavos), de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 11/9/2015, a atuada apresentou reclamação, em 13/10/2015 (*fls. 21-29*). Em sua defesa, a atuada apresenta os seguintes argumentos:

- Que na execução dos levantamentos da conta mercadorias, não foram analisados os registros fiscais constantes dos livros e da contabilidade da atuada, defendendo que o auditor fiscal não considerou a existência de contabilidade regular;
- Alega que houve erro da fiscalização em não considerar os valores de crédito e débito de sua contabilidade, o que não resultaria em falta de recolhimento do imposto e que no exercício de 2012, fez confissão de débito, alternado os valores de suas saídas, de modo que registrou um lucro bruto com mercadorias então prejuízo;
- Defende que a fiscalização não promoveu o ajuste exigido pela legislação, impondo alíquota interna sobre o montante da diferença de crédito levantada, onde, para o estorno, deveria ter sido considerado alíquotas próprias e não a alíquota interna;
- Que não cabe a aplicação da multa do art. 82, V, “h”, pois não foi demonstrado nenhum dos dois requisitos exigidos para a incidência da referida penalidade;
- No tocante a acusação de falta de recolhimento do imposto por irregularidade do ECF, defende que fez o devido registro dos cupons fiscais denunciados no livro registro de saídas, e que grande parte dos cupons se referem a operações sujeitas ao regime de substituição tributária;
- Informa que os cupons foram lançados na contabilidade e não no SPED, mas não teve o imposto a recolher porque parte das operações estavam sujeitas ao regime de substituição tributária e outra parte foi objeto de apuração do imposto.

Ao final, protesta pelo recebimento da impugnação, sendo julgado improcedente o auto de infração em epígrafe.

Encontra-se apenso, aos autos, Representação Fiscal para fins Penais.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 666*) e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP,

onde foi distribuído para a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que solicitou diligência para averiguar provas trazidas pela defesa (fls. 668-669).

Em decorrência da solicitação supra pelo Órgão Julgador, a fiscalização, através de Informação Fiscal, às fls. 673 a 675, prestou as seguintes informações:

1. No tocante a acusação de falta de recolhimento do imposto por irregularidades no ECF, o próprio contribuinte confessa que não fez o lançamento das vendas no SPED FISCAL, e que, consoante, se observa na memória fiscal, as mercadorias objeto dos cupons não lançados na escrita fiscal estavam sujeitas a tributação normal, ou seja, tributadas a 17%;
2. Defende que não estando os cupons fiscais lançados no SPED Fiscal, por consequência, não estão lançados nos livros fiscais que compõem SPED, resultando no prejuízo quanto ao recolhimento do ICMS devido nas operações de venda via ECF;
3. Em relação ao Levantamento da Conta Mercadorias, defende que os valores constantes na utilização desta técnica foram tomados a partir das próprias informações da autuada, através do SPED fiscal e da ECD, e que constituiu o crédito tributário utilizando-se de alíquotas incidentes relativos à média das alíquotas de entradas;
4. Por fim, conclui não haver correções a serem feitas, entendendo pela manutenção do crédito tributário em sua integralidade.

Cumprida a solicitação, com emissão de relatório de informação fiscal (fls. 673-675), os autos retornaram à GEJUP, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, onde a julgadora fiscal decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, com fixação do crédito tributário em R\$ 1.139.461,74, sendo R\$ 597.520,44, de ICMS, e R\$ 541.941,30, de multa por infração (fls. 678-686), conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS). INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. IRREGULARIDADE NO ECF. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. NULIDADE PARCIAL.

A Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), enseja a obrigação do recolhimento do imposto estadual. In casu, ajustes no levantamento da Conta Mercadorias do Exercício de 2012 e correções realizadas a partir da reconstituição da Conta Corrente do ICMS elidiram parte do crédito tributário.

A falta de lançamento de vendas efetuadas por ECF, nas declarações e livros fiscais próprios do contribuinte, caracteriza irregularidade fiscal, ensejando o lançamento de ofício para cobrança do ICMS devido no tocante as operações tributadas. A constatação de vício formal fez sucumbir parte dos créditos tributários lançados na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão, através de seu Domicílio tributário eletrônico – DTe, em 19/7/2019 (fl. 689), a autuada apresentou recurso voluntário, em 19/8/2019 (fls.692-701), onde expõe o seguinte:

- i) Aborda, inicialmente, sobre a tempestividade do recurso e faz um breve resumo dos fatos;
- ii) Reafirma que os valores encontrados pela fiscalização, na apuração do prejuízo bruto, não se harmonizam com aqueles registrados na escrita contábil da empresa;
- iii) Cita como exemplo o exercício de 2014, onde declara que foi registrado na contabilidade um imposto creditado no valor de R\$ 1.332.083,37 e um imposto debitado de R\$ 1.364.945,05;
- iv) Aponta, novamente, como indevida a utilização de alíquota interna de 17% (dezesete por cento), afirmando que promove inúmeras aquisições de outros estados;
- v) Expressa que para o estorno dos créditos decorrentes de operações de outros estados devem ser consideradas as alíquotas próprias e não a alíquota interna;
- vi) No que diz respeito à infração de falta de recolhimento do ICMS pelo uso irregular do ECF, declara que a autoridade fiscal não observou a contabilidade da empresa e que, embora reconhecendo que não registrou todos os cupons fiscais, essas operações foram registradas no Livro de Saídas e de Apuração do ICMS, ressaltando que parte das operações estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, não causando prejuízo ao erário;
- vii) Ao final, requer o recebimento e processamento do recurso julgando pelo seu total provimento, reconhecendo a preliminar de nulidade por erro na fundamentação legal da penalidade aplicada;
- viii) Manifesta o desejo de fazer a sustentação oral de suas razões, por ocasião do julgamento do recurso, indicando o advogado, Eduardo Sérgio Cabral de Lima, OAB/PB nº 9049, com escritório na Av. João Machado, 553, sala 102, Edifício Plaza Center, Centro, João Pessoa/PB.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral consignado pelo contribuinte às *fls.701*, remetemos o processo à Assessoria Jurídica desta Casa, solicitando emissão de parecer técnico acerca da legalidade do lançamento, o qual foi juntado aos autos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos, *hierárquico* e *voluntário*, contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001493/2015-27, lavrado em 31/8/2015, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Importa declarar que o recurso voluntário atendeu ao pressuposto extrínseco da tempestividade, previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Antes de adentrar o mérito das acusações, necessário se faz a análise do aspecto formal da peça basilar, em que verifico a existência de um vício, em relação apenas à segunda acusação.

Com todo respeito à decisão proferida pela nobre Julgadora Fiscal, que analisou a matéria de mérito, peço vênias para discordar do seu entendimento inerente à denúncia de falta de recolhimento do ICMS, em virtude de irregularidades no uso do ECF, em que decidiu pela parcial procedência da acusação, pois, observo um vício de natureza formal, insuscetível de correção nos próprios autos, no que tange à descrição dos fatos.

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, havendo um descompasso entre a Descrição da Infração e o esclarecimento trazido em Nota Explicativa.

Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional, que é a falta de recolhimento do ICMS, à irregularidades no uso do ECF, a segunda justifica a infração com arrimo de que o contribuinte teria indicado nos documentos fiscais alíquota de 12% nas operações com tributação normal, ou seja, sujeitas à tributação de 17%, detectado na análise dos itens comercializados, na memória fiscal dos equipamentos ECF.

Em verdade, o que se depreende dos autos é que o fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo registrado as operações de vendas por ele realizadas com alíquotas a menor, de 12%, quando estas seriam tributáveis com alíquotas de 17%, reduzindo, desta forma, o valor do tributo devido. Assim, o contribuinte não cometeu, ao menos não restou demonstrado, irregularidades no uso dos equipamentos ECF, ou seja, que teria descumprido algum ponto estabelecido no Capítulo VII do RICMS/PB, “AS OPERAÇÕES COM USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF”, conforme indicado nos arts. 376 e 379, que fundamentou a inicial.

Este capítulo regulamenta a forma de uso do referido equipamento, como sua autorização, uso de lacres, transferências do ECF entre lojas (matriz/filial), uso do programa PAF, gravação da memória de Fita Detalhe, características do ECF, sobre a memória fiscal, credenciamento do equipamento, características dos cupons fiscais, entre outros. O fato de o contribuinte codificar os produtos de vendas pelos cupons fiscais, de forma a haver recolhimento a menor não é irregularidade no uso do equipamento ECF, e sim de débito do ICMS calculado a menor.

Portanto, entendo que resta configurado um vício formal previsto no art. 17, II e III da Lei nº 10.094/2013:

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.

Neste sentido, divirjo da decisão exarada pela primeira instância, pela existência do mencionado vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de vício formal na acusação, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

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.

Ressalto que situações similares já foi objeto de decisões deste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo dos recentes Acórdãos nº 490/2020 e 179/2021, de relatoria dos digníssimos Conselheiros Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon e Petrônio Rodrigues Lima, respectivamente, infracitados:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - FALTA DE PROVAS - ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL - IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A descrição da infração que se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa enseja reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.

- Acusação que não produz instrução probatória suficiente acarreta a improcedência da acusação, por falta de certeza e liquidez do crédito tributário, impossibilitando a defesa do contribuinte na determinação da matéria tributável.

ACÓRDÃO Nº 490/2020

PROCESSO Nº 1566052015-4

Relator: Cons.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. VÍCIO FORMAL. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PARCIALIDADE. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. - Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador da denúncia de “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a infração e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN. - Evidenciada em parte a acusação de falta de recolhimento do ICMS, pela falta de débito do imposto Estadual nos documentos fiscais emitidos. Ficou demonstrado nos autos que parte das notas fiscais denunciadas acobertava mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, o que sucumbiu parcialmente o crédito tributário inicialmente apurado. - Diferenças tributáveis apuradas, provenientes das declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito, caracterizam a presunção legal “juris tantum” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, a recorrente trouxe argumentos que demonstraram equívocos na autuação, com relação ao levantamento dos valores de vendas por ela declaradas. Fato que elidiu parte do crédito tributário denunciado após a devida correção.

PROCESSO Nº 1082882015-5

ACÓRDÃO Nº 0179/2021

Relator: Cons.º Petrônio Rodrigues Lima

Diante das considerações supra, reformo a decisão de primeira instância, com relação à segunda acusação, por existirem razões suficientes para caracterização da nulidade da infração de por “FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF”, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta tipificação.

Falta de Estorno (Prejuízo Bruto com Mercadorias)

No caso em análise, tendo o contribuinte apresentado escrita fiscal/contábil, impossibilitando a aplicação da Conta Mercadorias por lucro presumido, a fiscalização constatou a ocorrência de vendas abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), nos exercícios de 2010, 2012 e 2014, assim, lavrou o competente Auto de Infração, exigindo o estorno dos créditos utilizados pelo contribuinte, no exercício considerado, na proporção da redução verificada entre o montante das saídas e o valor das operações de entrada, conforme demonstrativos (fls. 6-10).

Neste sentido, cabe-nos declarar a regularidade do levantamento da Conta Mercadorias Lucro Real, método, exaustivamente, utilizado pelos órgãos de fiscalização da Receita Estadual da Paraíba e aceita pelos seus órgãos julgadores.

Assim, verificada a hipótese de ocorrência de prejuízo bruto com mercadorias, fica o contribuinte obrigado a efetuar o

estorno dos créditos, na proporção da redução verificada, conforme prevê o art. 85, III, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

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:

(...)

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

§ 3º Na determinação do valor a estornar, observar-se-á o seguinte:

II – não sendo possível precisar a alíquota vigente no montante da entrada de mercadoria, ou se as alíquotas forem diversas, em razão da natureza das operações, aplicar-se-á a alíquota da operação preponderante, se possível identifica-la, ou a média de alíquotas vigentes para as diversas operações de entrada, ao tempo do estorno.

Neste caso, sujeita-se o contribuinte à multa de 100% (cem por cento), sobre o valor do imposto devido, conforme previsto no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, transcrita anteriormente.

Analisando as alegações da defesa e a informação fiscal inserida pela fiscalização, os valores constantes na utilização desta técnica foram tomados a partir das informações da escrita fiscal e contábil da autuada e foram utilizadas as alíquotas incidentes relativas à média das alíquotas de entradas, logo, não se vislumbra erro na técnica aplicada nem quanto aos valores constantes nos levantamentos.

Nada obstante, a julgadora singular, corretamente, procedeu à correção dos valores exigidos, considerando os débitos confessados pelo contribuinte, no exercício de 2012, no montante de R\$ 1.140.633,37, e os saldos existentes no mês de dezembro, dos exercícios onde foram apurados prejuízo bruto com mercadorias, acarretando uma redução do crédito tributário apurado pela fiscalização (fls. 681-683). Desta forma, para o exercício de 2012, o valor a estornar é de R\$ 168.961,79 (cento e sessenta e oito mil, novecentos e sessenta e um reais e setenta e nove centavos).

No tocante ao exercício de 2010, conforme bem pontuado pela julgadora singular, verifica-se que mesmo procedendo ao estorno do crédito indevido, o resultado foi um saldo credor, sendo descaracterizada a repercussão concernente à falta de recolhimento do ICMS relativo a este exercício, sucumbindo a exação arrimada na acusação de falta de estorno de crédito fiscal em decorrência das saídas realizadas abaixo do valor do CMV.

No que se refere aos exercícios de 2012 e 2014, vislumbra-se repercussão tributária, entretanto no valor menor que o lançado na inicial.

Registre-se que os valores apurados pela fiscalização tomaram como base os registros constantes das declarações mensais da empresa, soterrando as alegações da recorrente de que os valores encontrados pela fiscalização não se harmonizam com aqueles registrados na escrita contábil da empresa.

Da mesma forma, não prospera o entendimento da recorrente de que foi utilizada indevidamente a alíquota interna de 17% (dezesete por cento), sob o argumento de que promove inúmeras aquisições de outros estados, devendo ser consideradas as alíquotas próprias e não a alíquota interna.

Neste sentido, os valores apurados resultaram da aplicação da média das alíquotas das entradas, conforme os registros efetuados nas declarações mensais do contribuinte.

Destarte, com as devidas correções acima evidenciadas, deve o crédito tributário total ser constituído de acordo com o quadro resumo abaixo:

INFRAÇÃO	FATO GERADOR		ICMS DEVIDO	MULTA DEVIDA	TOTAL
0063 - FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS)	01/01/2010	31/12/2010	0	0	0
	01/01/2012	31/12/2012	R\$149.154,95	R\$149.154,95	298.309,90
	01/01/2014	31/12/2014	R\$337.207,20	R\$337.207,20	R\$674.414,40
0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF	01/01/2011	30/11/2011	0	0	0
	01/01/2012	31/12/2012	0	0	0
	01/09/2012	30/09/2012	0	0	0
	01/10/2012	30/10/2012	0	0	0
TOTAL			486.362,15	486.362,15	972.724,30

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos, hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovisamento* de ambos, alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001493/2015-27, lavrado em 31/8/2015, contra a empresa, FABIO DUARTE DE ARAUJO, inscrição estadual nº 16.124.008-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 972.724,30 (novecentos e setenta e dois mil, setecentos e vinte e quatro reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 486.362,15 (quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e sessenta e dois reais e quinze centavos), de ICMS, por infringência ao art. 85, III, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 486.362,15 (quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e sessenta e dois reais e quinze centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96.

Cancelo, por indevido, o valor de R\$ 1.236.125,92 (um milhão, duzentos e trinta e seis mil, cento e vinte e cinco reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 641.086,80 (seiscentos e quarenta e um mil, oitenta e seis reais e oitenta centavos), de ICMS, e R\$ 595.039,12 (quinhentos e noventa e cinco mil, trinta e nove reais e doze centavos) de multa por infração de multa por infração.

Ressalto que poderá ser realizado outro feito fiscal, referente à acusação de FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF, com a descrição correta dos fatos, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 12 de novembro de 2021.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

