

PROCESSO Nº 1887582019-8

ACÓRDÃO Nº 0337/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MAGAZINE LUIZA S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: CARLOS GUERRA GABÍNIO

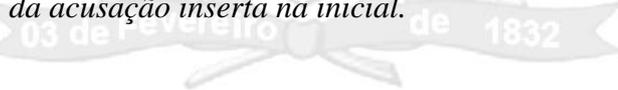
Relator: Cons.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

PRELIMINAR. NULIDADE. REJEITADA. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL *JURIS TANTUM*. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MANTIDA SENTENÇA MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção relativa de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB.*

- *Não há o que se buscar arbitramento da base de cálculo do ICMS quando se trata de análises de documentos e livros fiscais idôneos, juridicamente válidos. Os valores utilizados não poderia ser outros, senão os mesmos das operações de compras das mercadorias não contabilizadas, pois, foram estes decorrentes das omissões de vendas, por presunção legal “*juris tantum*”.*

- *Provas documentais de que parte das notas fiscais denunciadas foram canceladas pelas emissões de documentos fiscais de entrada por devolução, emitidas pelos próprios fornecedores, elidiram parte da acusação inserta na inicial.*



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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovidimento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004199/2019-09, lavrado em 16/12/2019, contra a empresa MAGAZINE LUÍZA S/A, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.200.575-0, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 160.430,96 (cento e sessenta mil, quatrocentos e trinta reais e noventa e seis centavos) sendo R\$ 80.215,48 (oitenta mil, duzentos e quinze reais e quarenta e oito centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/ fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 80.215,48 (oitenta mil, duzentos e quinze reais e quarenta e oito centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelada, por indevida, a quantia de R\$ 35.701,72 (trinta e cinco mil, setecentos e um reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 17.850,86 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta reais e oitenta e seis centavos) de ICMS e R\$ 17.850,86 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 29 de junho de 2021.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, **THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA**, **MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES** E **LEONARDO DO EGITO PESSOA**.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 1887582019-8

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MAGAZINE LUIZA S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: Cons.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

PRELIMINAR. NULIDADE. REJEITADA. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL *JURIS TANTUM*. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MANTIDA SENTENÇA MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção relativa de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB.*

- *Não há o que se buscar arbitramento da base de cálculo do ICMS quando se trata de análises de documentos e livros fiscais idôneos, juridicamente válidos. Os valores utilizados não poderia ser outros, senão os mesmos das operações de compras das mercadorias não contabilizadas, pois, foram estes decorrentes das omissões de vendas, por presunção legal “*juris tantum*”.*

- *Provas documentais de que parte das notas fiscais denunciadas foram canceladas pelas emissões de documentos fiscais de entrada por devolução, emitidas pelos próprios fornecedores, elidiram parte da acusação inserta na inicial.*

03 de Fevereiro

de 1832

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso voluntário*, interposto nos termos do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004199/2019-09, lavrado em 16 de dezembro de 2019, em desfavor da empresa, MAGAZINE LUÍZA S/A, inscrição estadual nº 16.200.575-0, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

AUTUAÇÃO DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO, NAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL, DAS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CONSTANTES DO QUADRO DEMONSTRATIVO EM ANEXO, O QUAL FICA SENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

AS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS PODERÃO SER CONSULTADAS NO PORTAL NACIONAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, ATRAVÉS DA CHAVE ELETRÔNICA INFORMADA NO REFERIDO QUADRO DEMONSTRATIVO.

Em decorrência deste fato o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 196.132,68, sendo R\$ 98.066,34, de ICMS, por infringência ao art. 158, I c/c 160, I c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, e R\$ 98.066,34 de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Demonstrativos fiscais, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Antecedentes Fiscais, instrumento procuratório, instruem o processo às fls. 5 a 23.

Cientificada da ação fiscal de forma pessoal em 17/12/2019, fl. 4, a autuada, por meio de seus procuradores habilitados nos autos, apresentou reclamação tempestiva, juntamente com suas provas documentais apenas às fls. 26 a 146, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- aduz que a utilização dos valores das notas fiscais como base de cálculo para a incidência do imposto é indevida, pois esses valores dizem respeito às supostas irregularidades e não à sua base de cálculo, e que seria pertinente ao caso as disposições contidas nos art. 3º, art. 18, art. 23 da Lei do ICMS/PB para determinar a base de cálculo;

- que a autuação é improcedente na medida que se fundamente na presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS, vedado pela Constituição Federal e CTN;

- alega que as notas fiscais de números 479, 32318, 19032, 550049 e 467214 tiveram as notas fiscais anuladas pelos respectivos fornecedores, antes da circulação da mercadoria, como atesta os documentos anexos (doc. 2 e mídia digital) e quanto as demais notas fiscais denunciadas não restou comprovado pela fiscalização a entrada das mercadorias no estabelecimento da autuada, muito menos foram anexadas as cópias das notas fiscais;

- que, na data da autuação, havia recursos em caixa suficientes para fazer frente ao valor das entradas;

- ao final requer a improcedência ou a nulidade do feito fiscal pelas suas razões de defesa.

Remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela *procedência parcial* do feito fiscal, fls. 151 a 158, sem recurso de ofício, condenando o contribuinte ao crédito tributário no montante de R\$ 160.430,96, sendo R\$ 80.215,48 de ICMS, e R\$ 80.215,48 de multa por infração, proferindo a seguinte ementa:

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE.

A lavratura do auto de infração em questão foi procedida consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam os artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, atendendo aos requisitos formais, essenciais à sua validade.

A falta de lançamento nos livros próprios de documentos fiscais relativos às operações de aquisição autoriza a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, cabendo ao contribuinte o ônus da prova. Excluídas da acusação as notas fiscais denunciadas que tiveram a operação cancelada.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de DTe, em 7/12/2020, a autuada protocolou recurso voluntário em 28/12/2020, fls. 163 a 185, em que traz à baila, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- suscita nulidade do Auto de Infração ante a falta de arbitramento da base de cálculo do imposto, pois, a fiscalização teria adotado os valores das notas fiscais de aquisição supostamente não registradas, as quais ensejaram a incidência presuntiva do imposto, como base de cálculo, de forma indevida, citando os artigos 18 e 23 da Lei nº 6.379/96, que tratam da base de cálculo do tributo por arbitramento;

- aduz que em momento algum o legislador afirmou que os valores das irregularidades que autorizam a presunção de saídas constituem base de cálculo do imposto;

- que sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo, a autoridade lançadora deveria arbitrar o valor da base de cálculo, conforme dispositivos legais por ela citado;

- destaca ainda, que constituem nos termos do art. 23, II, da lei nº 6.379/96, expressões de fundada suspeita de que os documentos e livros fiscais não refletem o valor real da operação ou da prestação, o que obrigaria a autoridade fiscal realizar o arbitramento da base de cálculo das operações presumidas;

- aduz que a presunção utilizada como instrumento para a determinação da ocorrência do fato gerador de tributo afronta ao art. 150, I, da Constituição Federal;

- que em relação às Notas Fiscais nºs 479, 32318, 19032, 550049 e 467214, ficou demonstrado na Impugnação que as respectivas operações foram anuladas pelos respectivos fornecedores, excluindo-as da autuação;

- aduz que uma simples planilha listando uma série de notas fiscais que demonstram supostas aquisições sem indicar como foram localizadas, não anexando suas cópias e não apontando qualquer indício de que realmente foram aquisições concretizadas, não demonstram a existência das operações, não podendo haver presunção, pois esta é lastreada a partir de um fato certo, provado e conhecido, e que a acusação da autoridade fiscal seria completamente aleatória;

- alega que, na data da autuação, havia recursos em caixa suficientes para fazer frente ao valor das entradas, supostamente não contabilizadas, não havendo motivo para presumir a ocorrência de vendas sonegadas;

- ao final requer a nulidade do feito fiscal, ou sua improcedência em razão da existência de recursos em caixa para fazer frente ao valor das entradas supostamente não contabilizadas.

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

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos de ofício e voluntário contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004199/2019-09, lavrado em 21/11/2019, contra a empresa MAGAZINE LUÍZA S/A, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Das Preliminares – Nulidades.

Como acima relatado, a recorrente suscita nulidade do Auto de Infração ante a falta de arbitramento da base de cálculo do imposto, pois, a fiscalização teria adotado os valores das notas fiscais de aquisição não registradas, as quais ensejaram a acusação de omissão saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, por presunção legal, citando os artigos 18 e 23 da Lei nº 6.379/96, que tratam da base de cálculo do tributo por arbitramento, o que não teria sido realizado.

Em seus argumentos, em detrimento à vasta jurisprudência desta Corte, posicionou-se a recorrente no sentido de que a acusação em epígrafe, 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, sob o argumento de que as declarações e documentos do contribuinte não mereciam fé, o que ousou discordar, pelas razões que a seguir exponho.

A irregularidade constatada pela fiscalização, ora em evidência, decorre de o contribuinte ter deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros próprios nos períodos de janeiro de 2015 a dezembro de 2015. Esta conduta omissiva faz surgir a acusação *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/PB¹, cujos valores omitidos serviram de esteio para as aquisições das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais não lançadas nos livros próprios.

O julgador singular foi preciso em sua análise, cujo trecho de sua decisão abaixo reproduzo:

“Assim, não se sustenta a tese da autuada de que não há na legislação paraibana dispositivo que autorize a fiscalização a utilizar os valores das notas fiscais denunciadas como base de cálculo, como também não se pode aqui falar em aplicação do arbitramento, que só deve se utilizado nos casos específicos do art. 18 e art. 23, todos da Lei nº 6.379/96, ou seja, no caso do valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços, direitos ou despesa, sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os documentos expedidos, a não exibição dos elementos necessários à comprovação do valor real da operação, da prestação ou das despesas, a suspeita de que os documentos fiscais não refletem o valor real da operação, declaração nos documentos fiscais, sem motivo justificado, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, transporte ou estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais.

As entradas não escrituradas foram identificadas pela fiscalização, através de documento fiscal válido, logo, a situação que ensejou a autuação não se enquadra em nenhuma das situações previstas para a aplicação do arbitramento disposto na Lei nº 6.379/96.

¹ RICMS/PB

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;

Portanto, sendo a imputação imposta decorrente da presunção de omissão detectada pela falta de registro de notas fiscais de aquisição, nada mais evidente que os valores não lançados corresponderem a base de cálculo para a aferição do imposto devido..” (fl. 156)

Ao contrário do que alega a recorrente, não foram consideradas inidôneas as notas fiscais denunciadas, tampouco os livros fiscais do contribuinte, o que não dá margem a serem desconsiderados para a aplicação do arbitramento pretendido.

As notas fiscais e os livros fiscais objetos de análise pela fiscalização, não foram afastados por não merecerem fé, como alegado pela recorrente. São documentos juridicamente válidos, tanto é que a denúncia decorreu da falta de registro das notas fiscais nos livros fiscais próprios, não havendo o que se falar no arbitramento previsto no art. 18 e 23 da Lei nº 6.3679/96, que serviu de base para os argumentos do contribuinte, tanto na Impugnação, quanto no seu Recurso Voluntário.

Este Conselho de Recursos Fiscais já se posicionou sobre esta matéria em outras ocasiões, a exemplo do Acórdão nº 371/2020, de relatoria do nobre Conselheiro Sidney Watson Fagundes da Silva, que de forma similar, e com muita propriedade, afastou a tese do arbitramento da base de cálculo, ora em discussão. Vejamos um trecho da fundamentação do citado Acórdão:

“É essencial compreendermos que o arbitramento só se legitima quando os valores (ou os preços) sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Dito isto, observemos que os valores que serviram de base de cálculo para a apuração do crédito tributário são exatamente os valores das notas fiscais não escrituradas.

E não poderia ser diferente, uma vez que o que se busca alcançar são os montantes das vendas omitidas que possibilitaram a aquisição das mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais não escriturados pela empresa.

A respeito destes documentos, é incontroversa a validade jurídica que possuem, dado que se trata de notas fiscais eletrônicas emitidas por contribuintes do ICMS, as quais foram devidamente autorizadas pelos Fiscos de seus respectivos domicílios.

Diante deste cenário, não caberia à fiscalização lançar mão de arbitramento, vez que ausentes as condições estabelecidas nos incisos do artigo 23 da Lei nº 6.379/96, pois, diferentemente do que afirma a autuada, a denúncia não se constitui expressão de fundada suspeita de que os documentos fiscais não refletem o valor real da operação, o que afasta, *ipso facto*, a possibilidade de arbitramento, nos termos do art. 23, II, da Lei nº 6.379/96.

O silogismo dialético da recorrente, caso prosperasse, traria, como consequência imediata, a impossibilidade prática de se autuar qualquer contribuinte, no âmbito da legislação do ICMS do Estado da Paraíba, com base nas presunções de que tratam os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB, à exceção da Conta Mercadorias.

Não há como se extrair entendimento diverso daquele já consolidado em relação aos valores das vendas omitidas para efeito de aplicação das presunções relativas previstas no ordenamento jurídico do Estado da Paraíba. Da mesma forma que, no caso em exame, a receita omitida corresponde aos valores das notas fiscais não lançadas; no caso do Levantamento Financeiro, é a diferença entre positiva entre o somatório das despesas e o total das receitas no período; no caso do pagamento extra caixa, são os valores dos desembolsos não registrados no Caixa, etc.

A presunção, ou seja, a compreensão lógica que se extrai de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido não se limita ao fato em si, alcançando outros elementos a ele intrinsecamente associados, a exemplo da falta de lançamento de notas fiscais e seus respectivos valores para formação da base de cálculo do fato presumido. Sendo assim, para o caso em comento, não poderia o auditor fiscal lançar mão de qualquer tipo de arbitramento, uma vez que a validade jurídica dos documentos fiscais não se está contestando.”

Nesta mesma linha de entendimento, podemos citar outras decisões desta Corte, como precedentes, a exemplo dos Acórdãos n°s 664/2019 e 497/2019, de relatorias deste Conselheiro e da Conselheira Thaís Guimarães Teixeira, respectivamente.

Diante do exposto, comprovado a ineficácia do argumento trazido pela recorrente, indefiro o pedido de nulidade por ela suscitado.

Ainda como preliminar de nulidade, a recorrente alega que a presunção não pode atuar no núcleo do fato gerador ou na composição da regra-matriz de incidência, pois estaria afrontando à Constituição, especificamente o seu art. 150, I, afirmando que é vedado cobrar tributo por presunção da ocorrência do fato gerador, além de alegar que faltou lastro probatório para a denúncia em tela, aduzindo que consta nos autos uma simples planilha listando uma série de notas fiscais que demonstram supostas aquisições sem indicar como foram localizadas, sem anexar suas cópias e sem apontar qualquer indício de que realmente foram aquisições concretizadas.

Mais uma vez se equivoca o contribuinte em sua análise, na tentativa de se esquivar da acusação inserta na inicial, desta vez questionando a omissão de saídas de mercadorias por presunção, que passo a comentar.

Pois bem. A irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros fiscais próprios, nos períodos de janeiro de 2014 a julho de 2014, e setembro de 2014 a dezembro de 2014, conforme a inicial e as planilhas demonstrativas que instruem o processo, e que verifico se tratar de Notas Fiscais eletrônicas. Esta conduta omissiva fez surgir a *presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB, acima já citado.

Portanto, por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

*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;*

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Verifico ainda, que a recorrente alega a ilegalidade da acusação, nos termos do art. 150, I, da atual Carta Magna². Sobre o tema, vejo se tratar do Princípio da Legalidade, que entendo não ter sido violado, pois, verifico que há um equívoco em sua interpretação, já que o mencionado dispositivo nos diz que só mediante **lei** são possíveis a criação e majoração de tributos, em sentido próprio e restrito. Tratamos aqui de ICMS, tributo instituído por lei estadual, fundamentada no § 8º, do art. 34, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, e disciplinada com base na Lei Complementar nº 87/1996, tudo de conformidade com Princípio da Legalidade a que se refere a recorrente.

No caso em tela, trata-se de ICMS não recolhido, cujos valores lançados se referem ao imposto inerente a omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, **por presunção legal**, cabendo ao contribuinte provar a improcedência da acusação, conforme dispositivo legal que trata da matéria, supracitado. Ou seja, referem-se às receitas omissas, que possibilitaram as aquisições das mercadorias, cujas notas fiscais não foram registradas pelo contribuinte. Assim, diante destes esclarecimentos, torna-se ineficaz os argumentos do sujeito passivo, trazidos em seu recurso voluntário.

Como consequência do argumento da recorrente, esta alega inconstitucionalidade da acusação. Esta arguição foge à alçada dos órgãos julgadores, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação *de equidade*.

Inclusive, esta matéria já foi sumulada por este Conselho de Recursos Fiscais, na Súmula nº 03, ratificada pela Portaria nº 00311/2019/SEFAZ, publicada no DOE em 19/11/2019. Vejamos:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

Ainda em suas razões pela nulidade do procedimento fiscal, argumenta que houve uma simples planilha listando uma série de notas fiscais que demonstram supostas aquisições sem indicar como foram localizadas, sem anexar suas cópias e sem apontar qualquer indício de que realmente foram aquisições concretizadas.

Sobre este ponto também não merece ser acolhido, pois a listagem das notas fiscais eletrônicas apresentada às fls. 5 a 7, contendo seus números, chaves de acesso, dados do

²Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

emitente, data das suas respectivas emissões e valores, aliado a verificação de suas ausências na EFD do contribuinte, são suficientes sim para embasar a acusação descrita na inicial. Isto porque os documentos eletrônicos tiveram suas emissões autorizadas pelas Secretarias de Estado do domicílio das empresas emitentes, sendo, portanto, documentos autênticos e dotados de validade jurídica, indicando que a existência das operações mercantis.

Portanto, a presente acusação não foi aleatória, como alegado pelo contribuinte, pois os demonstrativos de cálculo elaborados e apresentados pela fiscalização partiram da análise das referidas notas fiscais eletrônicas, emitidas por terceiros e destinadas à empresa autuada, que foram suficientes para constituição do crédito tributário, possibilitando ao sujeito passivo a obtenção de todos os elementos que caracterizaram a autuação, para produzir as provas necessárias para ilidir as denúncias, não havendo nenhuma circunstância de cerceamento do direito de defesa, pretendido pela recorrente, pois, nos termos do art. 56, parágrafo único, da Lei nº 10.094/13, o ônus da prova compete a quem esta aproveita³.

Destarte, diante das análises supra, cabe-me declarar que o lançamento de ofício em questão está de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidades considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, visto que este observa as especificações previstas na legislação de regência (art. 142 do CTN), inclusive no que concerne aos elementos necessários à perfeita identificação da pessoa do infrator e a natureza da infração. Portanto, sob o aspecto formal, revela-se regular o lançamento de ofício em tela.

No mérito, houve a alegação na Impugnação de que parte das notas fiscais denunciadas teriam tido suas operações anuladas por desfazimento do negócio jurídico, e que foi acatado pela instância singular.

Trata-se das Notas Fiscais nºs 479, 32318, 19032, 550049 e 467214, que foi devidamente comprovado que as respectivas operações não foram realizadas, mediante provas documentais juntadas às fls. 64 a 68, em constam as respectivas notas fiscais de devolução emitidas pelos fornecedores, comprovando que não houve a circulação de mercadorias. Portanto, comungo com a decisão proferida pelo julgador singular, que afastou as citadas notas fiscais da denúncia ora em questão.

Por fim, em razão da existência de recursos em caixa da empresa recorrente, que faria frente ao valor das entradas de mercadorias não contabilizadas, requer a improcedência da acusação em sua totalidade.

Tal argumento não afasta a denúncia de omissão pretéritas de mercadorias tributáveis, ora em evidência, simplesmente porque não houve a contabilização do mencionado caixa comprovando os pagamentos das notas fiscais denunciadas na inicial, de forma que a simples apresentação de saldo de caixa não significa, por dedução lógica, que as mercadorias adquiridas sem seus devidos registros, foram pagas com este saldo. Assim, não se comprovando a origem dos recursos utilizados na aquisição de mercadorias sem a devida contabilização, nos remete a presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nos termos do art. 646, IV, do RICMS/PB, já discutido e analisado.

Por todo exposto,

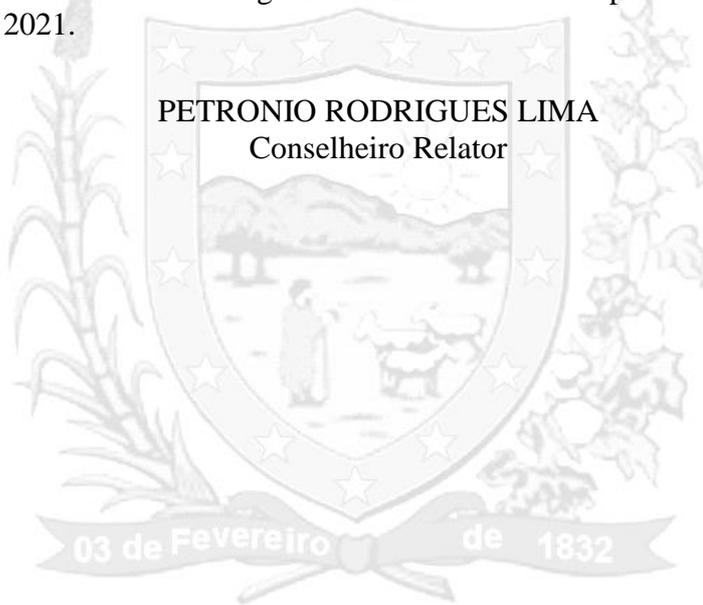
³ Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004199/2019-09, lavrado em 16/12/2019, contra a empresa MAGAZINE LUÍZA S/A, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.200.575-0, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 160.430,96 (cento e sessenta mil, quatrocentos e trinta reais e noventa e seis centavos) sendo R\$ 80.215,48 (oitenta mil, duzentos e quinze reais e quarenta e oito centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/ fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 80.215,48 (oitenta mil, duzentos e quinze reais e quarenta e oito centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelada, por indevida, a quantia de R\$ 35.701,72 (trinta e cinco mil, setecentos e um reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 17.850,86 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta reais e oitenta e seis centavos) de ICMS e R\$ 17.850,86 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência em 29 de junho de 2021.



PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832

