



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

PROCESSO Nº176.505.2013-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida:GDS PRODUTOS ÓTICOS LTDA EPP

Repartição Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS GER.REG.1ª REGIÃO

Autuante:SYLVIO ROBERTO XAVIER DE MELLO REGO

Relatora:CONSª.GILVIA DANTAS MACEDO

PRELIMINARES DE MÉRITO AFASTADAS. FALTA DE LANÇAMENTOS DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. JULGAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- No caso em que o sujeito passivo deixa de efetuar o registro de suas vendas nos livros próprios, omitindo, por essa razão, fatos geradores do ICMS, não há o que se homologar, logo os valores não recolhidos deverão ser exigidos por meio de lançamento de ofício, contando-se, então, o prazo decadencial, na forma do art. 173, I, do CTN, e não do art. 150, § 4º do CTN, como entende a recorrente.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento 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 93300008.09.00001983/2013-61, lavrado em 25/11/2013, contra a empresa GDS PRODUTOS ÓTICOS LTDA EPP, CICMS nº 16.144.725-2, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.384,24 (dois mil, trezentos e oitenta e quatro reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 1.192,12 (um mil, cento e noventa e dois reais e doze centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 1.192,12 (um mil, cento e noventa e dois reais e doze centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "f", da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantém cancelado, por indevido, o montante de R\$ 4.462,34 (quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e trinta e quatro centavos), sendo R\$ 2.231,17 (dois mil, duzentos e trinta e um reais e dezessete centavos) de ICMS e R\$ 2.231,17 (dois mil, duzentos e

trinta e um reais e dezessete centavos), de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de maio de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Primeira Câmara de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI e THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001983/2013-61, lavrado em 25/11/2013, contra a empresa GDS PRODUTOS ÓTICOS LTDA EPP, CICMS nº 16.144.725-2, acima qualificada, em razão da seguinte irregularidade verificada no exercício de 2009:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido (SIMPLES NACIONAL).

O Representante Fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 6.846,58, sendo R\$ 3.423,29 de ICMS, por infringência aos arts.158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e igual valor de multa por infração, arremada no art. 82, V, "f", da Lei n.º 6.379/96.

Cientificada de forma postal, em 08/1/2014, fl. 20, a autuada ingressou tempestivamente com peça reclamatória em 06/2/2014, conforme se verifica às fls. 22 a 32, ocasião em que requer a improcedência da ação fiscal, alegando:

- ser optante pelo Simples Nacional;
- registro em janeiro/2010 das notas fiscais nº 208814, 208934, 545144 e 545145;
- lançamento da nota fiscal nº 138120 como 130120;
- lançamento da nota fiscal nº 504571 com o valor de R\$ 20.024,73;
- notas fiscais 110420 e 2611 se referem respectivamente a outras saídas (produtos para mostruário) e material de consumo;
- nas operações interestaduais, as notas fiscais são carimbadas pelo Fisco, e feito o recolhimento antecipado do imposto, incorrendo em *bis in idem* a exigência do crédito tributário denunciado nos autos;
- o grupo econômico ao qual pertence o estabelecimento tem condições de arcar com as despesas relacionadas às aquisições de mercadorias referentes às notas fiscais denunciadas;
- ausência de demonstrativo analítico da base de cálculo do imposto.

Ato contínuo, o autuante apresentou contestação (fls. 63/73), pedindo a reforma do crédito tributário para R\$ 1.500,44, sendo R\$ 750,22 de ICMS e igual valor de multa por infração, sob o fundamento de que identificou o lançamento das notas fiscais nº 208814, 208934, 545144 e 545145 e excluiu as notas fiscais nº 110420 e 2611, por não entender como devida a exigência de ICMS.

Com informação de não constarem antecedentes fiscais (fl. 76), foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que o julgador singular – Francisco Marcondes Sales Diniz - em sua decisão, julgou o auto de infração parcialmente procedente, conforme ementa abaixo transcrita:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRÉTERITAS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE LANÇAMENTO OBRIGATÓRIO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA EM LIVROS PRÓPRIOS. NOTA

FISCAL. PROVA MATERIAL NÃO ACOSTADA AOS AUTOS. REFORMA PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAIS NO PERÍODO FISCALIZADO PELO AUTO DE INFRAÇÃO. REFORMA PARCIAL. *BIS IN IDEM*. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros fiscais próprios enseja a presunção de omissão de saídas pretéritas sem pagamento do imposto devido.

A simples indicação de nota fiscal relativa à operação interestadual não perfaz prova suficiente do ilícito tributário.

Não caracteriza *bis in idem* a aplicação de penalidades relacionadas ao descumprimento de obrigações tributárias principal e acessória quando o fundamento material de tais penalizações for comum, pois tais modalidades de obrigações são independentes e autônomas entre si, de maneira que apresentam fundamentos jurídicos também independentes e autônomos para aplicação das respectivas penalidades.

Regularmente cientificada da decisão singular (AR, de fl. 93), a autuada apresentou, tempestivamente, recurso a esta Casa, e anexos (fls. 95-118), vindo a apresentar, preliminarmente, a alegação de decadência e ausência de clareza na descrição do fato infringente, e, no mérito, reafirma o lançamento da nota fiscal nº 138120, sob o número 130120 e da nota nº 504571, com valor equivocado de R\$ 2.024,73.

Argui que a nota fiscal nº 110420, refere-se a produtos para mostruário, não havendo dispêndio financeiro para a empresa, devendo, portanto, ser excluída da denúncia.

Reclama a inexistência de comprovação de vendas não declaradas pelo contribuinte; de erro de procedimento na infração de falta de recolhimento de ICMS; de incongruência na descrição da infração de omissão de vendas; da ausência de provas do ilícito fiscal e da inobservância do princípio *Non Bis In Idem*.

Ao final, alega a cominação de multa com efeito confiscatório e pugna pela reforma da decisão de primeira instância, para que o Auto de Infração de Estabelecimento seja julgado improcedente por este colegiado, pelos fundamentos expostos.

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

EIS O RELATÓRIO.

1. 1.1.1.1.1

VOTO

Em exame o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001983/2013-61, contra a empresa em epígrafe, manifestando-se pela redução do crédito tributário lançado, ao reconhecer procedente, em parte, as alegações do contribuinte.

Analizando diligentemente as peças processuais anexadas pela fiscalização, afirmamos que a lavratura do Auto de Infração atende os requisitos formais essenciais a sua validade, visto que foram aplicados os dispositivos legais inerentes à matéria objeto dessa lide, tendo ao contribuinte sido concedidas todas as oportunidades para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

Inicialmente, todavia, impõe-se a apreciação das preliminares suscitadas na peça recursal em tela.

É sabido que, no direito tributário, a decadência é a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, em razão de decurso de prazo instituído em lei.

Neste sentido, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Por outro lado, a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por homologação, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa.

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade

administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita, por decurso do prazo legal, conforme estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Seguindo a linha do CTN, a legislação estadual da Paraíba, considerando que, com a entrega da declaração, o Fisco detém todas as informações do contribuinte de forma a proceder a homologação, estabeleceu, através da Lei nº 10.094/2013, que veio a introduzir modificações no Processo Administrativo Tributário, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, para os contribuintes que tivessem realizado a entrega da declaração ou recolhido a menor o imposto declarado, conforme prevê o art. 22, § 3º, que abaixo reproduzimos:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n.).

Desta feita, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada.

Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, a autuada deixou de efetuar o registro de suas vendas nos livros próprios acarretando a falta de recolhimento do ICMS devido, em razão da omissão de valores referentes a fatos geradores do imposto.

Nestes casos, nada há o que se homologar, devendo os valores não recolhidos ser providenciados através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial, na forma do art. 173, I, do CTN, e não do art. 150, § 4º do CTN, como entende a recorrente.

Logo, considerando que esses lançamentos não são passíveis de extinção pela decadência, pois esta só se operaria em 1º de janeiro de 2014, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, afasto a preliminar.

Com relação aos demais argumentos, de acordo com recorrente, o auto de infração estaria acometido de inúmeros vícios suficientes para determinar sua nulidade, fundamentando na ausência de clareza na descrição da infração; na inexistência de comprovação de vendas não declaradas pelo contribuinte; de erro de procedimento na infração de falta de recolhimento de ICMS; de incongruência na descrição da infração de omissão de vendas; da ausência de provas do ilícito fiscal e na inobservância do princípio *Non Bis In Idem*.

É de surpreender a alegação de nulidade do lançamento de ofício, justo porque são de clareza meridiana que todos os elementos inseridos no auto de infração, conforme acima exposto, estão presentes e prontos a fornecer ao acusado todas as condições para o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, de forma que é de se estranhar as alegações feitas pelo acusado. Não devendo prosperar, portanto.

Além disso, sabe-se, que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, a autuação, conforme se aduz do artigo 41 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Conforme se observa, a infração é apontada no Auto de Infração por totalizadores mensais, a base de cálculo e as respectivas alíquotas encontram-se registradas nos demonstrativos próprios,

tornando descabidas estas arguições, questionando o crédito tributário.

Além do fato de terem sido apresentadas todas as informações com precisão, nos demonstrativos acostados ao libelo acusatório.

Buscando respaldar as afirmações aqui relatadas, deve-se observar que as notas referentes a operações interestaduais foram integralmente juntadas aos autos.

Diante do relatado, diferentemente do que aventa o recurso, presentes estão os requisitos legais, inclusive e especialmente aquele que diz respeito à descrição da acusação (art. 692, V do RICMS/PB), não sendo possível acatar tais preliminares.

Registro, portanto, que nesse aspecto a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, posto que sua confecção observou os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: determinação segura da natureza da infração e da pessoa do infrator (Interpretação a *contrario sensu* do parágrafo único do art. 695, do RICMS/PB).

Adite-se que não houve qualquer prejuízo à compreensão da recorrente sobre a infração que lhe é imputada no libelo basilar, visto que a mesma se ateve ao cerne da questão de fato e de direito efetivamente descrita no auto de infração, exercendo, assim, em sua plenitude seu direito de defesa.

Pela matéria tratada no relato acima, está em discussão uma situação em que o contribuinte omitiu o registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias, cuja infração autorizou ao entendimento de que as mercadorias foram adquiridas com receitas marginais resultantes de vendas pretéritas irregulares, durante o exercício de 2009.

A saber, a emissão da nota fiscal carrega para o contribuinte destinatário a obrigatoriedade do seu lançamento no livro próprio para controle de suas operações subsequentes. Uma vez constatada a falta de registro da entrada de nota fiscal emitida em nome do adquirente, impõe-se a transferência do ônus da prova negativa de aquisição para o contribuinte, tendo em vista a presunção de que mercadorias foram vendidas sem o recolhimento do imposto devido.

Trata-se de uma presunção legal, tendo seu fulcro no art. 646 do RICMS/PB, conforme se vê pela redação a seguir:

Art. 646 – O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.(grifo nosso)

O que se depreende da dedução lógica inserida no art. 646 do RICMS/PB é que, uma vez realizadas compras sem que as respectivas notas fiscais sejam lançadas nos livros próprios, presume-se que a intenção do contribuinte seria omitir receitas de origem desconhecida, tendo em vista que foram adquiridas através de vendas anteriores sem emissão dos devidos documentos fiscais. Pelo óbvio, receitas não lançadas cobrem despesas igualmente não contabilizadas. Tudo ao arrepio da Lei.

É bem verdade que se trata de uma presunção relativa, cuja negativa de punibilidade está a cargo do sujeito passivo, tendo em vista que é o senhor da intimidade da empresa.

Convém aqui realçar que o autuante, na contestação apresentada, pediu a reforma do crédito tributário para R\$ 1.500,44, sob o fundamento de que identificou o lançamento das notas fiscais nº 208814, 208934, 545144 e 545145 e excluiu as de número 110420 (mostruário) e 2611 (material de consumo), por não entender como devida a exigência de ICMS, todavia, o julgador singular acatou apenas parte das alegações, pelo que passo a expor.

Na oportunidade da defesa na instância prima, a reclamante utilizou a contento o instituto da inversão do ônus da prova, tanto é que o julgador singular efetuou ajustes no valor do crédito tributário, os quais corroboro em todos os seus termos, dado que por demais pertinentes. Assim, manteremos a exclusão das notas fiscais nº 7114, 208814, 208934, 545144, 545145, diante da comprovação do registro das mesmas no livro Registro de Entradas.

Pelo que se constata da decisão, o julgador, entretanto, não acatou as alegações da autuada com relação às notas fiscais nº 138120, 504571, 110420, 2611, sobre as quais manteremos a exigência do crédito tributário por concordar com o entendimento exarado na instância prima.

Assim, não reconhecemos o lançamento das notas fiscais nº 138120 e 504571, pois, em ambas, constatamos a divergência de outras informações, como a data de emissão, impossibilitando-nos de ter a certeza de se tratarem dos mesmos documentos fiscais, como bem motivou o julgador singular.

Também não acatamos os argumentos levantados pela recorrente, no que se refere à nota fiscal nº 110420, que traz como natureza da operação remessa de produtos para mostruário, quando o contribuinte não demonstra, através de documento fiscal, o retorno de tais produtos, dentro do prazo

estabelecido pelo artigo 502-B, do RICMS/PB, ou seja, 90 (noventa) dias, *verbis*:

Art. 502-B. Considera-se operação com mostruário a remessa de amostra de mercadoria, com valor comercial, a empregado ou representante, desde que retorne ao estabelecimento de origem em 90 (noventa) dias (Ajuste SINIEF 08/08).

No que se refere à nota fiscal com material de consumo do estabelecimento, ressalte-se, o que se está tributando é o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em etapa anterior e cujas receitas auferidas serviram de esteio para o pagamento das aquisições, em que as entradas não foram registradas, o que repercute em violação aos artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB, por presunção legal.

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, argumentando que é desproporcional e desarrazoada, cabe ressaltar que foge à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, 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.

Após analisar o caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, e nos próprios lançamentos realizados pela autuada em sua escrita, daí porque mantenho a decisão singular, caso em que estou desprovendo o recurso voluntário.

Este é o meu entendimento.

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 93300008.09.00001983/2013-61, lavrado em 25/11/2013, contra a empresa GDS PRODUTOS ÓTICOS LTDA EPP, CICMS nº 16.144.725-2, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.384,24 (dois mil, trezentos e oitenta e quatro reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 1.192,12 (um mil, cento e noventa e dois reais e doze centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 1.192,12 (um mil, cento e noventa e dois reais e doze centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei

nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 4.462,34 (quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e trinta e quatro centavos), sendo R\$ 2.231,17 (dois mil, duzentos e trinta e um reais e dezessete centavos) de ICMS e R\$ 2.231,17 (dois mil, duzentos e trinta e um reais e dezessete centavos), de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

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

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora