



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 0494072015-2

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrente: TRANSCON TRANSPORTE DE ENCOMENDAS

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER JOÃO PESSOA

Autuante(s): JACINTA DE MELO NOGUEIRA

Relatora: CONS.^a THAIS GUIMARAES TEIXEIRA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL. DECADÊNCIA PARCIAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Constatado que o contribuinte atua no ramo de transportes de cargas, não se sustenta a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, acarretando a improcedência da acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios.

Cabe ao contribuinte do Simples Nacional considerar as prestações de serviços efetuadas no cálculo da receita bruta efetiva auferida em cada mês para o cálculo do imposto devido em relação ao referido regime.

Parte do crédito tributário restou insubsistente em razão da decadência.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento para manter integralmente a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000562/2015-85, lavrado em 14/4/2015, contra a empresa TRANSCON TRANSPORTE DE ENCOMENDAS LTDA, inscrição estadual nº 16.138.528-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 319.871,52 (trezentos e dezenove mil, oitocentos e setenta e um reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 182.783,68 (cento e oitenta e dois mil, setecentos e oitenta e três reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, por infração ao art. 106 do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 18, §5º-E da Lei Complementar 123/2006, e R\$ 137.087,84 (cento e trinta e sete mil, oitenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 16, I da Res. CGSN 030/2008.

Ao mesmo tempo, mantém cancelado o montante de R\$ 1.475.807,08 (um milhão, quatrocentos e setenta e cinco mil, oitocentos e sete reais e oito centavos), composto de R\$ 738.875,74 (setecentos e trinta e oito mil, oitocentos e setenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 736.931,34 (setecentos e trinta e seis mil, novecentos e trinta e um reais e trinta e quatro centavos), de multa por infração.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de maio de 2019.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA. .

SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Relatório

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000562/2015-85, lavrado em 14/4/2015, contra a empresa TRANSCON TRANSPORTE DE ENCOMENDAS LTDA, inscrição estadual nº 16.138.528-1, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2010 e 31/12/2014, constam as seguintes denúncias:

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)

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte do Simples Nacional não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS – SIMPLES NACIONAL, em razão de omissão de informações.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I e 160, I c/c art. 646 e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição das penalidades previstas no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, e 16, I, da Res. CGSN de 7/2/2008, sendo apurado um crédito tributário de R\$ 1.795.678,60, composto de R\$ 921.659,42, de ICMS, e R\$ 874.019,18, de multa por infração.

Cientificada, da ação fiscal, por edital, publicado no D.O.E., em 15/7/2015 (fl. 236), a autuada apresentou reclamação, em 18/8/2015 (fls. 247-260).

Na sua defesa, após uma síntese dos fatos, expõe as razões do recurso:

- Argui a decadência sobre os fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 2010, nos termos do art. 150, §4º do CTN;
- Em preliminar, suscita a nulidade do auto de infração por violação ao direito de defesa, por não terem sido discriminadas as mercadorias objeto das Notas Fiscais arroladas na denúncia fiscal;
- No mérito, cita erro na identificação material do fato gerador do imposto, onde foi presumida a ocorrência de saídas pretéritas, que teriam gerado receita marginal para a aquisição das mercadorias não escrituradas, sem que fossem acostadas aos autos as Notas Fiscais “supostamente” não escrituradas;
- Afirma que sendo uma empresa de serviços de transportes no âmbito interestaduais, intermunicipais e, também, intramunicipais, se sujeita, neste último caso, ao ISS, devendo a autoridade fiscal ter levado em consideração tal proporcionalidade;
- Aduz que muitas das mercadorias adquiridas foram pagas com base em financiamentos devidamente documentados, inviabilizando a presunção de que foram adquiridas com receitas marginais;
- Indica a ocorrência de “*bis in idem*” nas infrações de falta de lançamento de Notas Fiscais de Aquisição e na de Falta de Recolhimento do ICMS – Simples Nacional, por omissão, indagando se as receitas omitidas da base de cálculo do Simples Nacional não poderiam ter sido utilizadas para adquirir as mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas.

- Advoga que a não escrituração das Notas Fiscais de entrada, apenas, configuraria um mero descumprimento de obrigação acessória não ensejando a cobrança do tributo postulado na exação fiscal, por não representar repercussão econômica ou fiscal ao Estado da Paraíba;

- Ao final, requer o acolhimento integral da presente impugnação para que seja julgado improcedente o Auto de Infração com a consequente extinção do crédito tributário exigido.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl.* 595), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário de R\$ 319.871,52 (trezentos e dezenove mil, oitocentos e setenta e um reais e cinquenta e dois centavos), composto de R\$ 182.783,68 (cento e oitenta e dois mil, setecentos e oitenta e três reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 137.087,84 (cento e trinta e sete mil, oitenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, recorrendo hierarquicamente da decisão, na forma do art. 80 da Lei nº 10.094/2013 (*fls.* 397-412).

Cientificada, pessoalmente, da decisão de primeira instância, por edital, publicado em 20/3/2018 (*fl.* 416), a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *hierárquico*, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000562/2015-85, lavrado em 14/4/2015, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Decadência

No tocante à decadência suscitada pela recorrente, cabe esclarecer que 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, conforme disciplinado no caput do art. 150, § 4º, do CTN, abaixo reproduzido:

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 à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem 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.

Com efeito, 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 estipulado no §4º da norma supracitada).

Logo, 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 pelo lançamento.

No caso presente, a acusação de falta de lançamento de nota fiscal de aquisição nos livros próprios, verifica-se que o sujeito passivo não efetuou o recolhimento do imposto nem tampouco prestou a devida declaração ao Fisco, não se configurando caso de lançamento por homologação, portanto, a exigência de tais valores deve ser providenciada pelo sujeito ativo através de lançamento de ofício, na forma do art. 149 do CTN, ficando a constituição do crédito tributário sujeito ao prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme a regra geral estabelecida no art. 173, I, do CTN, transcrito a seguir.

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.

Assim, tendo o edital de intimação sido publicado no D.O.E., em 15/7/2015, o feito fiscal estaria consolidado em 20/7/2015, nos termos do art. 11, §3º, IV, da Lei nº 10.094/2013, como se segue, portanto, a decadência não alcançaria os fatos geradores referentes à primeira denúncia, pois, para os primeiros fatos geradores, relativos ao exercício de 2010, esta só ocorreria em 1º/1/2016, como estipulado no art. 173, I, do CTN.

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

§ 3º Considerar-se-á feita a intimação:

(...)

IV - 5 (cinco) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.

No que se refere à segunda denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de não efetuar o recolhimento do imposto relativo ao Simples Nacional, declarado nas GIMs mensais, tratando-se de caso de lançamento por homologação, devendo ser aplicada a regra da decadência insculpida no art. 150, § 4º, do CTN.

Logo, os fatos geradores ocorridos entre janeiro a junho de 2010 não mais poderiam ser constituídos pelo fisco em razão de sua extinção pela decadência.

Portanto, ratifico a decisão singular para considerar extintos os créditos tributários ocorridos no período de entre 1º/1/2010 a 30/6/2010, relativos à denúncia de Falta de Recolhimento do ICMS – Simples Nacional.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de ter omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014 referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 16-36).

Como se sabe, 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. 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** 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 sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).*

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.

Em primeira instância, o julgador singular: i) tornou sem efeito a acusação referente aos fatos geradores ocorridos em 2010 e 2011, em razão de falta de previsão na norma tributária para se estabelecer a presunção de omissão de prestação de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto; ii) considerou nula a acusação, para os demais períodos, em face de a descrição da infração não corresponder a omissão de prestação de serviços tributáveis sem o

recolhimento do imposto.

De fato, nos exercícios de 2010 e 2011, não havia previsão na norma tributária para se estabelecer a presunção de omissão de prestação de serviços sem pagamento do imposto, que só veio a ser considerado a partir de 2012, como se pode verificar pelos textos do art. 646 do RICMS/PB, nos respectivos períodos:

Redação vigente até 24/1/2012

*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 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 sem pagamento do imposto**, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).*

Redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 32.718/12 (DOE de 25.01.12).

*Art. 646. 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. g.n.).*

Para os demais períodos, apesar de haver previsão na norma tributária para o estabelecimento da presunção de omissão de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, caberia à fiscalização autuar o sujeito passivo por “aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões pretéritas de prestações de serviços tributáveis”, como hoje consta na tabela de infrações do ATF.

No entanto, foi consignado no auto de infração a ocorrência de aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, diante do que, reconheço a nulidade por erro na descrição da infração, nos termos do art. 17, II, 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, corroboro o entendimento exarado pela primeira instância, a qual se manifestou pela existência de 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.

De toda forma, em convergência com a julgadora singular, decido pela nulidade da acusação no que tange aos períodos a partir de 25/1/2012.

Falta de Recolhimento do ICMS – Simples Nacional

Nesta denúncia o contribuinte deixou de levar à tributação do Simples Nacional as operações declaradas em GIM nos exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014, conforme demonstrativos (fls. 37-229), sendo autuado pela fiscalização com base no art. 106, do RICMS/PB.

Como se sabe, é obrigação do contribuinte optante do Simples Nacional considerar as receitas brutas efetivas auferidas em cada mês para o cálculo do imposto devido em relação ao referido regime, conforme previsto no art. 18, **§5º-E da Lei Complementar 123/2006, abaixo transcrita:**

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do [Anexo I desta Lei Complementar](#).

(...)

§5º-E *Sem prejuízo do disposto no [§ 1º do art. 17 desta Lei Complementar](#), as atividades de prestação de serviços de comunicação e de transportes interestadual e intermunicipal de cargas serão tributadas na forma do [Anexo III](#), deduzida a parcela correspondente ao ISS e acrescida a parcela correspondente ao ICMS prevista no [Anexo I](#).*

Configurada a falta de recolhimento do imposto, fica o contribuinte sujeito à aplicação de multa de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do art. 16, I da Res. CGSN 030/2008, *verbis*:

Art. 16. O descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007);

Em primeira instância, o julgador singular manteve parcialmente a acusação, afastando o crédito tributário referente ao período de fevereiro a junho de 2010, em razão da decadência.

Portanto, sem reparos a fazer ao procedimento do julgador singular, ratifico a referida decisão por considerar que está em consonância com a legislação tributária e as provas constantes dos autos.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento* para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000562/2015-85, lavrado em 14/4/2015, contra a empresa TRANSCON TRANSPORTE DE ENCOMENDAS LTDA, inscrição estadual nº 16.138.528-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 319.871,52 (trezentos e dezenove mil, oitocentos e setenta e um reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 182.783,68 (cento e oitenta e dois mil, setecentos e oitenta e três reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, por infração ao art. 106 do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 18, **§5º-E da Lei Complementar 123/2006**, e R\$ 137.087,84 (cento e trinta e sete mil, oitenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, nos termos do art. 16, I da Res. CGSN 030/2008.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 1.475.807,08 (um milhão, quatrocentos e setenta e cinco mil, oitocentos e sete reais e oito centavos), composto de R\$ 738.875,74 (setecentos e trinta e oito mil, oitocentos e setenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 736.931,34 (setecentos e trinta e seis mil, novecentos e trinta e um reais e trinta e quatro centavos), de multa por infração.

Por fim, ressalto a possibilidade de refazimento do feito, nos termos delineados no voto supra, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de maio de 2019.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA

Conselheira Relatora