

PROCESSO Nº 0639712018-0

ACÓRDÃO Nº 0342/2022

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: LIMA TRANSPORTES LTDA.

Advogado: Sr.º GUSTAVO BEVILAQUA VASCONCELOS, inscrito na OAB/CE sob o nº
22.128

2ª Recorrente: LIMA TRANSPORTES LTDA.

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

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

Autuante: JOAQUIM SOLANO DA SILVA NETO

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

CRÉDITO INDEVIDO (OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO) -
FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE
AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS - VÍCIOS FORMAIS
CONFIGURADOS - NULIDADE - NÃO REGISTRAR NOS
LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE
MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS
REALIZADAS - INFRAÇÃO NÃO EVIDENCIADA -
IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO -
REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE
OFÍCIO DESPROVIDO E RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Padece de nulidade por vício formal o lançamento que apresenta dissonância entre a descrição da infração e o conteúdo da nota explicativa a ela associada.

- A imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos relativos à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

- A falta de lançamento de conhecimentos de transporte na escrituração fiscal digital do contribuinte configura infração à legislação tributária, sujeitando aqueles que incorrerem nesta conduta omissiva à aplicação da penalidade prevista na legislação de regência. In casu, restou demonstrado que todos os documentos fiscais relacionados pela auditoria estão devidamente informados na EFD do contribuinte, configurando-se a improcedência da acusação.

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 de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do primeiro e provimento do segundo, para reformar a decisão singular e julgar nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000558/2018-60, lavrado em 25 de abril de 2018 contra a empresa LIMA TRANSPORTES LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão dos vícios formais indicados.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 29 de junho de 2022.



SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da LARISSA MENESES DE ALMEIDA, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor

PROCESSO Nº 0639712018-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: LIMA TRANSPORTES LTDA.

Advogado: Sr.º GUSTAVO BEVILAQUA VASCONCELOS, inscrito na OAB/CE sob o nº
22.128

2ª Recorrente: LIMA TRANSPORTES LTDA.

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

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

Autuante: JOAQUIM SOLANO DA SILVA NETO

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

CRÉDITO INDEVIDO (OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO) -
FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE
AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS - VÍCIOS FORMAIS
CONFIGURADOS - NULIDADE - NÃO REGISTRAR NOS
LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE
MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS
REALIZADAS - INFRAÇÃO NÃO EVIDENCIADA -
IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO -
REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE
OFÍCIO DESPROVIDO E RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- *Padece de nulidade por vício formal o lançamento que apresenta dissonância entre a descrição da infração e o conteúdo da nota explicativa a ela associada.*

- *A imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos relativos à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.*

- *A falta de lançamento de conhecimentos de transporte na escrituração fiscal digital do contribuinte configura infração à legislação tributária, sujeitando aqueles que incorrerem nesta conduta omissiva à aplicação da penalidade prevista na legislação de regência. In casu, restou demonstrado que todos os documentos fiscais relacionados pela auditoria estão devidamente informados na EFD do contribuinte, configurando-se a improcedência da acusação.*

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000558/2018-60, lavrado em 25 de abril de 2018, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00008036/2017-85 denuncia a empresa LIMA TRANSPORTES LTDA., inscrição estadual nº 16.139.549-0, de haver cometido as seguintes irregularidades, *ipsis litteris*:

0051 – CRÉDITO INDEVIDO (POR OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO) >> Estando sujeito a um crédito presumido, o contribuinte, de forma irregular, creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS INDEVIDOS. VALORES DOS CRÉDITOS CONTRARIAM AS REGRAS ESTABELECIDAS NO RICMS/CONVÊNIO 106/96.

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

AQUISIÇÕES COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS RELATIVAS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, CONSTATADA PELA FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS.

0028 – NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Nota Explicativa:

FALTA DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADAS OU SAÍDAS DE MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA EFD.

Como consequência destes fatos, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 82, IV; 158, I e 160, I c/ fulcro no 646; 106, 60, I e II c/c 277, todos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 782.866,08 (setecentos e oitenta e dois mil, oitocentos e sessenta e seis reais e oito centavos), sendo R\$ 392.099,78 (trezentos e noventa e dois mil, noventa e nove reais e setenta e oito centavos) de ICMS e R\$ 390.766,30 (trezentos e noventa mil, setecentos e

sessenta e seis reais e trinta centavos) a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, II, “b” e V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 11 a 13.

Depois de cientificada da autuação em 21 de maio de 2018, a autuada, por intermédio de seu procurador, protocolou, em 18 de junho de 2018, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual alega, em síntese, que:

- a) A impugnante, optante do crédito presumido, não se creditou indevidamente, mas sim realizou o estorno de um débito, pois os valores do ICMS já teriam sido recolhidos pela distribuidora de combustíveis;
- b) A realização do estorno é necessária, pois, caso contrário, haveria recolhimento de ICMS em duplicidade em favor do Estado da Paraíba;
- c) A natureza do estorno de débitos se revela inquestionável quando se analisa o Livro Registro de Apuração do ICMS, que especifica se tratar de uma retenção que já foi realizada pela distribuidora de combustíveis;
- d) Ainda que se entenda se tratar de crédito indevido, o valor a ser lançado deveria ser o total dos créditos tomados indevidamente (estorno das retenções), o que totaliza R\$ 94.964,60 (noventa e quatro mil, novecentos e sessenta e quatro reais e sessenta centavos);
- e) Desconhece as operações acobertadas pelas notas fiscais não registradas;
- f) É impossível a produção de prova diabólica, sendo dever de quem acusa provar o alegado;
- g) Registrou, em sua EFD, os conhecimentos de transportes relacionados pela fiscalização e recolheu o ICMS a eles relativos.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. RECEITA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. DENÚNCIA PROCEDENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. CRÉDITO INDEVIDO (OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO) NULIDADE. VÍCIO FORMAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. DEIXAR DE LANÇAR OPERAÇÕES DE SAÍDA NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDA. DENÚNCIA NÃO COMPROVADA.

1. A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo

646 do RICMS/PB. *In casu*, a Impugnante não se desincumbiu do ônus probatório, motivando a manutenção da acusação em sua integralidade.

2. A opção pelo aproveitamento de crédito presumido em substituição ao regime normal de apuração do imposto implica a impossibilidade de aproveitamento de quaisquer outros créditos pelo contribuinte, *ex vi* do art. 82, inciso IV do RICMS/PB. Entretanto, a infração descrita na nota explicativa é outra, qual seja a de apropriação indevida dos créditos fiscais em desobediência ao Convênio ICMS 106/96 e no RICMS/PB. Esse vício inquina de nulidade o lançamento tributário, com fundamento nos incisos II e III, do art. 17 da Lei 10.094/2013, devendo ser realizado novo procedimento fiscal.

3. Ao deixar de lançar nos livros registro de saídas e de apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, o contribuinte incorre na obrigação legal de recolher o imposto devido. *In casu*, a hipótese não foi comprovada, uma vez que os documentos fiscais de prestação de serviços (CTEs) foram escriturados espontaneamente e o ICMS da competência de dezembro de 2014 regularmente quitado.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu ao Conselho de Recursos Fiscais.

Cientificada da decisão proferida pela instância *a quo* em 7 de janeiro de 2020, a autuada interpôs, em 4 de fevereiro de 2020, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por intermédio do qual advoga que:

- a) A maior parte das notas fiscais apontadas como não registradas acobertou operações de aquisição de óleo diesel, produto este utilizado como insumo pela recorrente;
- b) A denúncia julgada procedente na primeira instância se mostra incompatível com o objeto social da autuada, pois não comercializa óleo diesel;
- c) Além disso, tal produto se encontra submetido à sistemática da substituição tributária, com imposto retido na origem;
- d) A nota fiscal nº 2545 (não escriturada), emitida pelo Posto Estrela da BR 101, corresponde às notas fiscais nº 2588 e 2589, as quais foram lançadas na EFD da recorrente. A nota fiscal nº 2291 (não escriturada), emitida pelo Posto Frei Damião, representa as operações acobertadas pelas notas fiscais nº 2310 e 2311, documentos estes registrados na EFD da empresa;
- e) O ônus da prova é de quem acusa.

Ao final, a recorrente requer:

- a) O deferimento do pedido de intimação exclusiva, inclusive para realização de sustentação oral, em nome do seu advogado, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, OAB/CE nº 15.361, com escritório

profissional localizado na Av. Santos Dumont, nº 2.456, 16º andar, C.E.P. 60.150-162, Aldeota – Fortaleza - CE;

- b) Seja provido o recurso voluntário, a fim de reformar a decisão singular para declarar a improcedência da autuação de omissão de saídas;
- c) Caso este não seja o entendimento do CRF-PB, que seja excluído, da base de cálculo do lançamento, o valor do ICMS incidente sobre as operações com óleo diesel.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral consignado pelo contribuinte às fls. 120, remeti o processo à Assessoria Jurídica desta corte para emissão de parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao que prescreve o artigo 20, X, do Regimento Interno do CRF-PB.

Eis o relatório.

VOTO

Em apreciação nesta corte os recursos voluntário e de ofício interpostos contra a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000558/2018-60, por meio do qual a empresa LIMA TRANSPORTES LTDA está sendo acusada de haver cometido as seguintes infrações: *i*) crédito indevido (por opção pelo crédito presumido); *ii*) falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios; e *iii*) não registrar, nos livros próprios, as operações de saídas de mercadorias e/ou as prestações de serviços realizadas.

Antes de discorrermos sobre as acusações, necessário se faz nos manifestarmos quanto ao pedido de intimação em nome do advogado do sujeito passivo.

DO PEDIDO PARA INTIMAÇÃO EXCLUSIVA, INCLUSIVE PARA FINS DE REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL, EM NOME DO ADVOGADO DA RECORRENTE

No que concerne ao pedido para intimação do advogado do sujeito passivo para fins de sustentar oralmente o recurso voluntário na sessão de julgamento do Processo nº 0639712018-0, destaco que inexistente previsão legal para tal procedimento. O contribuinte/interessado deve, para tanto, observar a publicação das pautas de julgamento no Diário Oficial desta Secretaria.

Vejam os teores do artigo 92, § 6º, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba:

Art. 92. A sustentação oral do recurso, na hipótese dos incisos I e VII do art. 75 deste Regimento, poderá ser realizada pelos representantes legais ou por intermédio de advogado, com instrumento de mandato regularmente outorgado, devendo ser solicitada juntamente com a peça recursal.
(...)

§ 6º Quando houver pedido de sustentação oral, a ata consignará a circunstância, indicando o nome do defensor, legível nos autos, devendo a parte que protestou pela sustentação oral comparecer à sessão de julgamento, independentemente de intimação. (g. n.)

Destarte, com fulcro no que disciplina o § 6º do artigo 92 do Regimento Interno do CRF-PB, indefiro o pleito da recorrente.

Quanto ao pleito para que todas as intimações sejam encaminhadas, com exclusividade, ao advogado da autuada, frisamos que, aos contribuintes que não mais se encontrem com inscrição estadual ativa, a Lei nº 10.094/13, em seu artigo 11, § 10, atribui ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS a prerrogativa de indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes ao processo do qual seja parte.

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), encaminhado ao domicílio tributário do sujeito passivo, observados os §§ 2º, 9º e 10 deste artigo;

(...)

§ 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo. (g. n.)

Considerando que a empresa se encontra atualmente com inscrição estadual ativa, indefiro o pedido, devendo ser observadas, para fins de intimação, as regras estabelecidas na Lei nº 10.094/13.

Passemos à análise individualizada das acusações.

0051 – CRÉDITO INDEVIDO (POR OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO)

Após analisar o caderno processual, o julgador singular decidiu pela nulidade dos lançamentos por vício formal, por entender caracterizado um descompasso entre a descrição da infração e o conteúdo da nota explicativa a ela associada. Senão vejamos:

“Confrontando os valores lançados no auto de infração e a tabela das fls. 9, comprova-se a argumentação da defendente de que foram autuados ou glosados todos os créditos fiscais apurados pelo contribuinte, mormente a informação de ICMS a recolher de R\$ 384.205,67 (diferença entre a coluna débitos de ICMS e a de ICMS recolhido).

(...)

*O motivo exposto na nota explicativa do auto de infração foi de: **“UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS INDEVIDOS. VALORES DOS CRÉDITOS CONTRARIAM AS REGRAS ESTABELECIDAS NO RICMS/CONVÊNIO 106/96”**.*

De fato, o descumprimento das condições legais previstas art. 35, II, §§ 1º, 3º e 7º do RICMS/PB, pari passu com as normas do Convênio ICMS 106/96 impedem ao benefício do crédito presumido do ICMS, permitindo-se a glosa dos créditos fiscais presumidos, por indevidos.

*Entretanto, a infração posta no auto de infração teve por fundamento o art. 82, inciso IV, ou seja, **“estando sujeito a um crédito presumido, o contribuinte, de forma irregular, creditou-se do ICMS destacado em documentos fiscais, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual”**. Ou seja, parte do pressuposto de que o contribuinte sujeito a um crédito presumido creditou-se do ICMS destacado em documentos fiscais.*

*Assim, existe uma incompatibilidade entre a acusação imputada no auto de infração e as explicações dadas na nota explicativa. **Se o contribuinte aufere ao direito ao crédito presumido**, e, em afronta ao art. 82, inciso IV, supra, se apropria de créditos fiscais referentes aos documentos fiscais de entrada, ele deve ser autuado para a glosa destes últimos.*

Porém, da nota explicativa se infere que o contribuinte não detinha as condições legais para a apropriação dos créditos fiscais, na forma do Convênio ICMS 106/96, e, observa-se nos documentos instrutórios que ele foi autuado para o fim da glosa total destes, bem como de todos os créditos fiscais e ajustes de débitos feitos.

Essa incongruência entre os fatos apurados e a infração imputada no auto de infração impõe a declaração de nulidade do lançamento tributário para que outro

seja feito no seu lugar, no qual seja indicada a infração corretamente praticada pelo contribuinte, e a fundamentação legal adequada à espécie.”

Do fragmento acima reproduzido, é possível extrair que existe, de fato, uma incompatibilidade entre a conduta infracional atribuída à autuada e o que fora consignado na nota explicativa.

Conforme bem pontuado pelo diligente julgador monocrático, as provas anexadas às fls. 9 demonstram que todo o crédito apropriado pelo contribuinte fora glosado, não só a parcela “destacada em documentos fiscais”, o que leva a crer que a denunciada não fazia jus ao crédito presumido de que trata a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 106/96 e o artigo 35, II, do RICMS/PB:

Convênio ICMS nº 106/96:

Cláusula primeira Fica concedido aos estabelecimentos prestadores de serviço de transporte um crédito de 20% (vinte por cento) do valor do ICMS devido na prestação, que será adotado, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual.

§ 1º O contribuinte que optar pelo benefício previsto no *caput* não poderá aproveitar quaisquer outros créditos.

§ 2º A opção pelo crédito presumido deverá alcançar todos os estabelecimentos do contribuinte localizados no território nacional e será consignada no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências de cada estabelecimento.

§ 3º O prestador de serviço não obrigado à inscrição cadastral ou à escrituração fiscal apropriar-se-á do crédito previsto nesta cláusula no próprio documento de arrecadação.

Cláusula segunda O benefício previsto neste Convênio não se aplica às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.

Cláusula terceira Este Convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1997 ficando revogado o Convênio ICMS 38/89, de 24 de abril de 1989.

RICMS/PB:

Art. 35. Serão concedidos, em substituição ao sistema normal de tributação previsto neste Regulamento, créditos presumidos do ICMS, nos percentuais abaixo indicados, para fins de compensação do imposto devido em operações ou prestações subseqüentes:

(...)

II - a partir de 1º de janeiro de 1997, 20% (vinte por cento), do valor do ICMS devido nas prestações de serviço de transporte, observado o disposto nos §§ 1º, 3º e 7º (Convênios ICMS 106/96 e 95/99);

§ 1º O contribuinte que optar pelo benefício previsto nos incisos I, II, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XII não poderá aproveitar quaisquer outros créditos (Convênio ICMS 26/94).

Nova redação dada ao § 1º do art. 35 pelo inciso II do art. 1º do Decreto nº 36.536/15 - DOE de 30.12.15. OBS: efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2016.

§ 1º O contribuinte que optar pelo benefício previsto nos incisos I, II, V, VI, VII, VIII, X, XI e XII não poderá aproveitar quaisquer outros créditos (Convênio ICMS 26/94; Decreto nº 36.536/15).

§ 2º A opção de que trata o parágrafo anterior deverá ser previamente comunicada à Secretaria de Estado da Receita antes do início de cada exercício.

§ 3º O benefício de que trata o inciso II, não se aplica às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.

(...)

§ 7º A opção pelo crédito presumido de que trata os incisos I e II deverá alcançar todos os estabelecimentos do contribuinte localizados no território nacional e será consignada no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências de cada estabelecimento (Convênio 95/99).

Por outro lado, a infração descrita aponta na direção de que o sujeito passivo tinha direito ao crédito presumido e, por este motivo, não lhe era possível escriturar quaisquer outros créditos, que não aqueles de que trata o artigo 35, II, do RICMS/PB.

Diante deste cenário, ratifico os termos da decisão recorrida que reconheceu a nulidade, por vício formal, vez que restou caracterizado afronta ao artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13:

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; (g. n.)

Destaco, por fim, a possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao disposto nos artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional:

Lei nº 10.094/13:

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Código Tributário Nacional:

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

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

Além de caracterizar descumprimento de obrigação acessória, a falta de escrituração de documentos fiscais de entradas pode ganhar contornos mais amplos. Isto porque a legislação tributária do Estado da Paraíba incluiu esta conduta no rol daquelas que autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto devido.

Vejam os que estabelecem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB¹:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimidos 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

¹ Redações vigentes à época dos fatos.

da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

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. (g. n.)

Além do artigo 646 do RICMS/PB, também foram indicados, como violados, os artigos. 158, I, e 160, I, também do 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;

Identificada a conduta infracional, a fiscalização aplicou, como medida punitiva, a multa prevista no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96:

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 ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

De início, faz-se imperativo destacarmos que a autuada possui, como atividade econômica, o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos (ICMS) – CNAE 4930-2/03.

Sendo assim, ainda que o artigo 646 do RICMS/PB autorize a fiscalização a presumir que a ausência de escrituração de notas fiscais de entradas configura omissão de saídas de mercadorias tributáveis e/ou a prestação de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto devido, à autuada não se aplicam os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB, mas sim as disposições relativas à emissão de **Conhecimentos de Transporte**.

Registre-se, por oportuno, que, na nota explicativa referente à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, foi exarada a seguinte informação: “*AQUISIÇÕES COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS RELATIVAS A PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, CONSTATADA PELA FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS.*” (g. n.)

Para nos certificarmos quanto às operações e prestações realizadas/declaradas pela empresa relativamente ao período dos fatos geradores (1º de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2015), consultamos o Sistema ATF da SEFAZ/PB² e identificamos as informações econômico-fiscais abaixo relacionadas:

RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS (ENTRADAS) - PERÍODO: 01/2014 A 12/2015				
CFOP	Descrição CFOP	Valor Contábil (R\$)	Base de Cálculo ICMS (R\$)	ICMS (R\$)
1126	COMPRA PARA UTILIZACAO NA PRESTACAO DE SERVICO	2.391,00	-	-
1254	COMPRA DE ENERGIA ELETRICA POR ESTABELECIMENTO PRESTADOR DE SERVICO DE TRANSPORT	14.092,01	-	-
1304	AQUISICAO DE SERVICO DE COMUNICACAO POR ESTABELECIMENTO DE PRESTADOR DE SERVICO	4.587,52	-	-
1407	COMPRA DE MERCADORIA PARA USO OU CONSUMO CUJA MERCADORIA ESTA SUJEITA AO REGIME	97.231,08	-	-
1551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	1.800,00	-	-
1556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	7.720,47	-	-
1653	COMPRA DE COMBUSTÍVEIS OU LUBRIFICANTES POR CONSUMIDOR OU USUÁRIO FINAL.	477.050,60	-	-
1933	AQUISIÇÃO DE SERVIÇO TRIBUTADO PELO ISSQN	9.800,00	-	-
2126	COMPRA PARA UTILIZACAO NA PRESTACAO DE SERVICO	439,80	-	-
2351	AQUISICAO DE SERVICO DE TRANSPORT PARA EXECUCAO DE SERVICO DA MESMA NATUREZA	219,29	-	-
2407	COMPRA DE MERCADORIA PARA USO OU CONSUMO CUJA MERCADORIA ESTA SUJEITA AO REGIME	95.037,04	7.886,69	946,42
2556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	8.870,00	-	-
2557	TRANSFERENCIA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	11.794,65	-	-
2653	COMPRA DE COMBUSTÍVEIS OU LUBRIFICANTES POR CONSUMIDOR OU USUÁRIO FINAL.	69.475,62	-	-
2908	ENTRADA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	11.496,00	-	-
2916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM REMETIDO PARA CONserto OU REPARO	2.500,00	-	-
2949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADO	216,79	-	-

RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS (SAÍDAS) - PERÍODO: 01/2014 A 12/2015				
CFOP	Descrição CFOP	Valor Contábil (R\$)	Base de Cálculo ICMS (R\$)	ICMS (R\$)
5353	PRESTACAO DE SERVICO DE TRANSPORT A ESTABELECIMENTO COMERCIAL	5.843.131,69	5.843.131,69	993.308,29
5556	DEVOLUCAO DE COMPRA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO	940,00	-	-
5949	OUTRA SAIDA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADO	480,00	-	-
6352	PRESTACAO DE SERVICO DE TRANSPORT A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL	1.522,08	1.522,08	182,65
6353	PRESTACAO DE SERVICO DE TRANSPORT A ESTABELECIMENTO COMERCIAL	3.482.837,88	3.482.837,88	417.944,29

² Fonte: Dossiê do Contribuinte do Sistema ATF da SEFAZ/PB.

6360	PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE A CONTRIBUINTE SUBSTITUTO EM RELAÇÃO AO SERVIÇO DE TRANSPORTE	289.749,19	289.749,19	34.770,05
6413	DEVOLUCAO DE MERCADORIA DESTINADA AO USO OU CONSUMO, EM OPERACAO COM MERCADORIA	8.281,00	7.886,69	946,42
6556	DEVOLUCAO DE COMPRA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO	105,00	-	-
6909	RETORNO DE BEM RECEBIDO POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	4.123,06	-	-
6915	REMESSA DE MERCADORIA OU BEM PARA CONSERTO OU REPARO	3.460,00	-	-
6932	PRESTACAO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INICIADA EM UNIDADE DA FEDERACAO DIVERSA DAQU	15.925,10	-	-
6949	OUTRA SAIDA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVIÇO NAO ESPECIFICADO	510,00	-	-

Destarte, não bastasse a declaração expressa da fiscalização, as informações econômico-fiscais acima reproduzidas ratificam que o contribuinte não exerceu (ou ao menos não restou comprovado), no período em questão, atividades de vendas de mercadorias, o que afasta a possibilidade de que tenha afrontado as disposições dos artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB.

A indicação imprecisa dos artigos infringidos impõe o reconhecimento da nulidade dos lançamentos relativos à acusação em exame, nos termos do que prescreve o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13, já anteriormente reproduzido.

Também neste caso, cabível a realização de novo procedimento fiscal, nos termos do que estabelecem os artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional.

Diante de todo o exposto, em observância ao princípio da legalidade, reformo a decisão recorrida, declarando nulos, por vício formal, os lançamentos efetuados a título de FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.

Sobre a matéria, o Conselho de Recursos Fiscais já se manifestou neste sentido em diversas oportunidades. A título exemplificativo, reproduzo a ementa do Acórdão nº 186/2020, da lavra da Conselheira Dayse Annyedja Gonçalves Chaves.

Acórdão nº 186/2020:

Processo nº 0900942017-5

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

RECORRIDA: AZEVEDO CRUZ TRANSPORTES LTDA

PREPARADORA: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA 3ª REGIÃO

AUTUANTE: WILTON CAMELO DE SOUZA

RELATORA: CONSª. DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO

- Em sendo o contribuinte empresa transportadora, a presunção relativa do art. 646 do RICMS/PB, refere-se à realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto devido, devendo constar como dispositivos infringidos os enunciados normativos próprios que cuidam do Conhecimento de Transporte Eletrônico.

- Operações interestaduais com mercadorias destinadas ao uso, consumo e imobilizado dão origem à obrigação de recolhimento do ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS, *in casu*, a autuada afirma que os bens são destinados ao uso consumo da empresa, nada alegando quanto à ausência do recolhimento do ICMS DIFAL.

0028 – NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS

Na instância prima, esta acusação foi julgada improcedente em razão de haver sido constatado que os conhecimentos de transportes eletrônicos elencados às fls. 11 e 12 estariam devidamente registrados na EFD do sujeito passivo do mês de dezembro de 2014.

Conforme bem pontuado pelo julgador *a quo*, a declaração relativa ao período autuado foi enviada à SEFAZ/PB em 9 de janeiro de 2015, conforme atesta o extrato da consulta abaixo reproduzido:

Período	Entrega	Data do processamento	IE	Razão Social	Imposto a Recolher	Saldo Credor	Imposto a Recolher ST	Tipo	Situação do arquivo	Situação ATF
dez/14	09/01/2015 10:50	28/02/2016 14:49	16.139.549-0	LIMA TRANSPORTES LTDA - CAB	49.149,62	0,00	0,00	ORIGINAL	ACEITO	Ativo

Sendo assim, resta caracterizado que o envio da EFD ocorreu em momento anterior ao início do procedimento fiscal, a saber: 23 de abril de 2018, data da ciência do Termo de Início de Fiscalização.

Examinando o conteúdo da referida declaração, constata-se que, de fato, todos os CT-e relacionados pela fiscalização às fls. 11 e 12 foram regularmente registrados pelo contribuinte em sua EFD.

Sobre o tema não há mais o que acrescentar, haja vista a comprovação inequívoca de que a conduta infracional não ocorrera, motivo pelo qual a declaração de improcedência do lançamento é medida que se impõe.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do primeiro e provimento do segundo, para reformar a decisão singular e julgar nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000558/2018-60, lavrado em 25 de abril de 2018 contra a empresa LIMA TRANSPORTES LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão dos vícios formais indicados.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 29 de junho de 2022.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator

