



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

PROCESSO Nº1677422013-4

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:ARCELORMITTAL BRASIL S.A.

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE PRIMEIRA CLASSE-CABEDELO

Autuantes:FERNANDO ANTONIO CRUZ VIEGAS DA SILVA/JOSE JAIDIR DA SILVA

Relatora:CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

NULIDADE - PRELIMINARES REJEITADAS - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS – DENÚNCIAS COMPROVADAS - MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Prejudicial de Decadência. Manutenção da regra matriz prevista pelo artigo 173, inciso I do CTN, para as acusações derivadas de falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas pretéritas de mercadorias em operações tributadas. Preliminar não acolhida. O levantamento quantitativo por espécie constitui uma técnica absolutamente legítima de que se vale a fiscalização na aferição da situação tributária do sujeito passivo. O lançamento indiciário decorrente do emprego dessa técnica de auditoria fiscal, elaborado com base nas informações prestadas pela própria autuada em seus arquivos magnéticos enviados à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, tem o efeito de transferir ao sujeito passivo, legítimo possuidor direto da documentação fiscal que lhe pertence, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir ou minimizar os efeitos do referido procedimento fiscal.

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

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 desprovisionamento, para manter a decisão monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00001995/2009-96, lavrado em 26 de novembro de 2013, em desfavor da empresa, ARCELORMITTAL BRASIL S.A., inscrição estadual nº 16.141.015-4, devidamente qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de R\$ 5.710.971,26 (cinco milhões, setecentos e dez mil, novecentos e setenta e um reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 2.855.485,63 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos) de ICMS por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 2.855.485,63 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de agosto de 2018.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, PETRONIO RODRIGUES LIMA e FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ(SUPLENTE)

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Trata-se de *recurso voluntário*, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001995/2013-96, lavrado em 26 de novembro de 2013, em desfavor da empresa, ARCELORMITTAL BRASIL S.A., inscrição estadual nº 16.141.015-4, no qual constam as seguintes acusações:

“AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS C/ RECEITAS OMITIDAS. >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte adquiriu mercadorias c/ recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis s/ o pagamento do imposto.”

“VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem a emissão de documentação fiscal, culminando na falta de recolhimento do imposto.”.

Em decorrência destes fatos, o autor do feito fiscal lançou o crédito tributário no valor total de R\$ 5.710.971,26 (cinco milhões, setecentos e dez mil, novecentos e setenta e um reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 2.855.485,63 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos), de ICMS por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 2.855.485,63 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos) a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 4-9, dos autos.

Depois de cientificada por via postal, conforme Aviso de Recebimento, fl. 11, datado de 10/12/2013, a autuada, apresentou *reclamação*, tempestiva, em 9/1/2014, fls.12-341, mediante a qual alega razões de discordância do lançamento compulsório e requer a improcedência do feito fiscal.

Em contestação, fls. 342-368, os autores do feito fazem um breve relato rebatendo os questionamentos dispostos na reclamação.

Sem informação de existência de antecedentes fiscais, fl. 370, foram os autos conclusos, fl. 371, e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, que, em medida de diligência, fl. 385 e 386, com o objetivo de buscar a verdade material, conferindo ao crédito fiscal a certeza e a liquidez necessárias, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13, solicitou à Coletoria Estadual de Cabedelo para que, na qualidade de repartição preparadora, notificasse a autuada para retificar a GIM referente a todo o exercício de 2008, de forma a retratar as informações contidas nos documentos fiscais e que, após cumprimento desta notificação, remetesse os autos à fiscalização para a conferência das informações e refazimento do Levantamento Quantitativo.

Notificação acostada à fl. 387, com ciência via Aviso de Recebimento, fl.388, em 11/2/2016.

Em resposta à diligência, fl. 439 e 440, o auditor fiscal responsável, Giuseppe Tarcísio Barbosa de Paiva, relata que a autuada cumpriu com as formalidades quanto à apresentação dos arquivos da GIM, fls. 389-402, em atendimento à notificação emitida pela Repartição Fiscal, e com base nos arquivos enviados, elaborou novo Levantamento Quantitativo de Mercadorias com os mesmos produtos do Levantamento original, tendo constatado, nos relatórios de entradas e saídas de mercadorias gerados no SANDAF, inconsistências nos arquivos.

Dando prosseguimento, relata que notificou o contribuinte, fl. 434, cientificação em 30/5/2016, concedido um prazo de 30 dias, para que este retificasse os arquivos da GIM, uniformizando as unidades de todos os produtos nas entradas, saídas e nos inventários de 31/12/07 e 31/12/08, todavia verificou que as correções não foram efetuadas, permanecendo presentes as mesmas inconsistências descritas anteriormente, conforme mídia digital – CD, fl.438, do libelo.

Os autos retornaram à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais- GEJUP, tendo sido distribuídos ao julgador singular, Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela *procedência* da exigência fiscal, fls. 443-453, segundo ementa abaixo transcrita:

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECEITAS OMITIDAS – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS – DENÚNCIAS COMPROVADAS

O Levantamento Quantitativo que indicou a ocorrência de aquisição de mercadorias com receitas omitidas e de vendas sem emissão de documentação fiscal foi elaborado com base nas informações prestadas pela própria Autuada em seus arquivos magnéticos enviados à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba.

In casu, os dados apresentados inicialmente pela Empresa foram ratificados em duas oportunidades, quando do envio dos seus arquivos retificadores para cumprimento de notificações expedidas pelo Fisco, o que confirmou o acerto do procedimento fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima, em 27 de setembro de 2016, fl.456, Notificação acostada à fl. 455, a autuada apresentou *recurso voluntário*, ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, pretendendo a reforma da decisão singular, arguindo, em síntese, os seguintes assuntos:

Inicialmente faz uma breve dissertação da autuação e a sentença da primeira instância.

Prosseguindo apresenta suas razões para a reforma da decisão de primeira instância, suscitando em *preliminar nulidade* por descon sideração do procedimento de retificação da GIM. Princípio da Verdade Material.

Neste tópico, informa que a empresa deflagrou o procedimento de retificação dos seus arquivos magnéticos, comparecendo em 15.3.2016, para apresentar o comprovante de realização do procedimento, todavia quando da intimação acerca da decisão de 1ª instância foi surpreendida, uma vez que se apercebeu que esta havia sido proferida em 14.2.2016, ou seja, 3 (três) dias após a recebimento da notificação pela recorrente e 27(vinte e sete) dias, antes do término do prazo para retificação dos dados. Deixando o julgador singular de prolatar decisão consoante a verdade material dos fatos.

Ato contínuo, argui *decadência parcial do crédito tributário*, pois desde janeiro de 2008, a recorrente promove a apuração do montante do crédito tributário, promovendo o recolhimento, mas apenas em 10.12.2013, recebeu a presente autuação. Estando parte do crédito tributário extinto (janeiro a novembro de 2008).

Quanto ao mérito, relata em outro tópico, que as diferenças apuradas no Levantamento Quantitativo estão baseadas em suposta ocorrência de omissão de entradas e saídas, e que ao apresentar sua impugnação, a empresa demonstrou, por meio de planilha de recálculo, doc. 6, da impugnação, que as divergências encontradas são equívocos na conversão das unidades.

Informa, ainda, que promoveu a retificação de seus arquivos magnéticos para o ano de 2008, entretanto esta retificação não foi levada em consideração pelo julgador singular.

Reitera que o auditor fiscal não poderia atestar a retificação dos arquivos magnéticos, tendo em vista que, respeitando o prazo estipulado pela fiscalização, estes só foram retificados em 15.3. 2016 27 (vinte e sete) dias após a prolação precoce da decisão.

Além do exposto, destaca o necessário afastamento das penalidades aplicadas, por violação ao princípio constitucional do não confisco.

Com fundamento nas alegações apresentadas, requer o cancelamento do feito fiscal.

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

Eis o relatório.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de práticas irregulares consistentes na *aquisição de mercadorias com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais*. Essas irregularidades foram detectadas mediante a aplicação do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, referente ao período de 2008.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Por sua vez, o Auto de Infração não afronta as disposições contidas no artigo 41 da Lei nº 10.094/13, *in verbis*:

Atualmente, os requisitos do Auto de Infração estão disciplinados no artigo 41 da Lei nº 10.094/13:

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando

possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

Nova redação dada ao inciso V do art. 41 pela alínea “c” do inciso I do art. 15 da Lei nº 10.912/17 – DOE de 13.06.17.

V - a descrição da infração com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, se oportunizou à reclamante todos os momentos para que se defendesse, em reclamação e recurso voluntário, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, *não ensejando nulidade.*

Preliminares

1. Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por descon sideração do procedimento de retificação da GIM. Princípio da Verdade Material.

No que tange a este item relata que por determinação da Repartição Fazendária, o contribuinte recebeu a Notificação nº 8125/2016, fl. 387, determinando que providenciasse a retificação das unidades de medida na GIM, tendo a empresa deflagrado o procedimento de retificação dos seus arquivos magnéticos, comparecendo em 15.3.2016, para apresentar o comprovante de realização do procedimento, todavia quando da intimação acerca da decisão de 1ª instância foi surpreendida , uma

vez que se apercebeu que esta havia sido proferida em 14.2.2016, ou seja, 3 (três) dias após a recebimento da notificação pela recorrente e 27(vinte e sete) dias antes do término do prazo para retificação dos dados.

Examinando as provas acostadas, observo que a notificação nº 8125/2016, fl. 387, foi expedida pela Repartição Preparadora, cuja ciência, conforme Aviso de Recebimento, fl. 388, ocorreu em 11/2/2016, tendo sido concedido à autuada um prazo de 30(trinta) dias para a retificação da Gim/2008. A empresa compareceu com as cópias dos recibos de retificação em 14/3/2016, protocolo nº 0289802016-8, fls. 389-402, dos autos.

Prosseguindo a análise, observo que foi acostada à fl.434, nova notificação, emitida pelo auditor fiscal responsável, Giuseppe Tarcísio Barbosa de Paiva, com cientificação, pessoal, em 30/5/2016, concedendo mais um prazo de 30 (trinta) dias, para que a empresa retifique os arquivos da GIM, uniformizando as unidades de todos os produtos nas entradas, saídas e nos inventários de 31/12/07 e 31/12/08, pois segundo informação fiscal , 439 e 440, verificou que as correções não foram efetuadas. Relata, ao final, que foi procedido a novo processamento de retificação da GIM/2008, desta vez em 28/7/2016, fls. 435 e 436, permanecendo presentes as mesmas inconsistências descritas anteriormente. Acosta CD, fl. 438, do libelo.

Seguindo a ordem cronológica dos fatos, à fl. 441, consta despacho, exarado pelo subgerente de fiscalização, Humberto Xavier de França, encaminhando os autos à Coletoria Estadual de Cabedelo, em 16 de agosto de 2016. Neste mesmo mês, em 23 de agosto de 2016, os autos foram despachados da Coletoria Estadual de Cabedelo para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido registrada a entrada, em 29/8/2016, cuja sentença foi incluída no sistema da SER-PB, em 15/9/2016, cópia da tela de consulta abaixo.

Eventos ocorridos

Evento	Data	Ocorrência	Justificativa
CIENCIA DE AUTO DE INFRACAO	10/12/2013	12:00:00	
RECLAMACAO	09/01/2014	08:49:41	
CONTESTACAO	10/02/2014	15:00:15	
ANTECEDENTES FISCAIS	07/03/2014	15:01:19	

CONCLUSAO GEJUP	07/03/2014 15:04:20
ENTRADA DO PROCESSO NA GEJUP	13/03/2014 11:35:03
DISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO	29/09/2015 15:42:55
DILIGENCIA	03/02/2016 09:33:58
SAIDA DO PROCESSO DA GEJUP	03/02/2016 09:34:03
DEVOLUCAO DE DILIGENCIA	29/08/2016 11:20:04
ENTRADA DO PROCESSO NA GEJUP	29/08/2016 11:20:48
DISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO	29/08/2016 11:24:00
SENTENCA PROCEDENTE	15/09/2016 12:57:55
SAIDA DO PROCESSO DA GEJUP	15/09/2016 12:58:13
CIENCIA DA SENTENCA	27/09/2016 23:59:59
RECURSO VOLUNTARIO	26/10/2016 16:18:34
ENTRADA DO PROCESSO NO CRF	02/12/2016 12:09:31
DISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO	29/01/2018 15:07:04
DISTRIBUIÇÃO DO	01/02/2018 07:59:50

PROCESSO

REPASSE DE PROCESSO 03/04/2018 13:53:09

Em que pese os argumentos apresentados pela recorrente, *denego* tal pedido de nulidade, pois, conforme relatado, observa-se que a data constante da sentença, *14 de fevereiro de 2016*, trata-se de *um erro material*, não ensejando nulidade da sentença prima. Tendo o julgador singular prolatado decisão consoante verdade material dos fatos.

Ressalvo que a ocorrência de um erro formal, quando da data constante da sentença, pois, apesar de constar, no referido documento, a indicação de 14 de fevereiro de 2016, as informações cronológicas acostadas aos autos, comprovam que a sentença foi prolatada em setembro de 2016.

Detectado o equívoco, todavia, capaz de correção de ofício, mantemos à sua correção, em observância ao que preceitua o artigo 15 da Lei nº 10.094/13:

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.

2. *Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por decadência de provas de parte do crédito tributário.*

A decadência traduz-se, em linhas gerais, como sendo a perda do direito, por parte da Administração Tributária - sujeito ativo de determinado tributo, por intermédio de sua autoridade competente, de promover o lançamento tributário. É com o lançamento que a obrigação tributária torna-se líquida e certa, surgindo, assim, o crédito tributário. Este consiste em um dos pontos de maior relevância para a segurança jurídica, não permitindo o diferimento, ao longo do tempo, do dever de agir da autoridade administrativa, promovendo a estabilização da relação Fazenda Pública x Contribuinte.

Assim, este instituto jurídico tem o condão de impedir que as relações jurídicas perdurem indefinidamente, sem termo final, dando-lhes maior segurança jurídica.

O CTN trata da decadência em seu art. 173, estipulando o prazo e nos seus incisos, de forma geral,

o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito do Estado em efetuar o lançamento tributário, abaixo transcrito:

“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;

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

Parágrafo único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Também o CTN, por outro lado, no artigo 150, § 4º, estipula o prazo de *cinco anos para a Fazenda Pública se pronunciar a respeito da homologação*, caso a lei não fixe outro prazo:

“Art. 150 – (...)

§ 4.º Se a lei não fixar prazo à 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.’

Este último reporta um prazo concedido à Fazenda Pública, considerando os casos em que houver a participação efetiva do contribuinte. O cumprimento da obrigação por parte do sujeito passivo, evita controvérsia. *No entanto, quando este deixa de recolher ou recolhe parcialmente o tributo devido, começam surgir controvérsias.*

Contudo, aqui se faz necessário enfatizar que o ICMS – imposto em análise – está sujeito ao lançamento por homologação, aquele em que o próprio contribuinte apura, informa e recolhe o tributo antecipadamente sem prévio exame do Fisco. O Estado disporia então do prazo de cinco anos para dizer se concorda ou não com o valor pago pelo contribuinte, concordando dentro desse prazo, ocorreria sua homologação expressa; se não se manifesta nesse prazo, ocorreria a

homologação tácita; e ainda, se não concorda dentro desse prazo, faria o lançamento de ofício (auto de infração), da diferença que entender cabível.

Assim, neste aspecto, torna-se relevante a análise de qual seria o termo inicial, nos casos de homologação, para efeito da contagem do prazo da decadência na esfera tributária. Neste interim, necessário se faz ressaltar as disposições do Ordenamento Processual Tributário do Estado da Paraíba, aprovado pela Lei nº 10.094, de 27 de Setembro de 2013, que consagrou o prazo da decadência nos seguintes termos:

“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)”

É possível verificar que a instância especial desta Pasta, também, já se pronunciou neste sentido, conforme vejamos adiante:

“Decisão nº 002/2013 – SER

Recurso Hierárquico nº 002/2013

Processo nº 0981242010-0

INSTÂNCIA ESPECIAL. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ESTOQUE DECLARADO A MENOR. DECADÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Já se encontra solidificada a tese majoritária de que se aplica o § 4º do art. 150 do CTN ao lançamento suplementar decorrente de pagamento a menor de imposto sujeito a lançamento por

homologação.”

Observa-se, conforme todo o relato acima, que o art. 173, I do CTN dá a regra geral de decadência, ao estabelecer que o prazo de extinção do direito de lançar é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. E esse prazo se aplica ao lançamento de ofício, na hipótese em que o sujeito passivo se tenha **omitido no cumprimento do dever de pagar**, nos casos de *omissão*, antes de qualquer exame do sujeito ativo, sob pena de decadência.

No caso *sub judice*, em se tratando da denúncia que repercute na **omissão de saídas de mercadorias tributáveis** sem o pagamento do imposto, não teria como a autoridade administrativa tomar conhecimento daquilo que, segundo a denúncia descrita, não foi declarado pelo sujeito passivo, **aplicando-se, assim, o prazo da regra geral do art. 173, I, do CTN, acima transcrito.**

Logo, os créditos tributários lançados nos períodos de janeiro a dezembro de 2008, referentes às acusações de *AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS C/ RECEITAS OMITIDAS e VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL*, que dizem respeito às *omissões de vendas*, não foram atingidos pela decadência, pois só estariam decaídos em 1º de janeiro de 2014, tendo a ciência do auto de infração ocorrido em 10/12/2013, fl.11 , do libelo.

Esse, inclusive, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que proclamou *se não houver pagamento é aplicável o prazo do art. 173, do CTN*. E caso haja pagamento, aplica-se o prazo de cinco anos contados do fato gerador, na forma do art. 150, §4º, do mesmo diploma. Em 26 de outubro de 2011, o STJ mais uma vez reitera a sua inteligência, conforme o julgado abaixo:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

3. “[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece

o § 4º do art. 150 do CTN" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despicando se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. MIN. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011)"

[TRF-3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 20971 SP 2009.61.00.020971-9 \(TRF-3\)](#)

Data de publicação: 01/09/2011

Ementa:TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO - OMISSÃO DE RECEITA - DECADÊNCIA: INOCORRÊNCIA. 1. Demonstrada a omissão de receita, aplica-se ao caso o artigo 173 , inciso I , do Código Tributário Nacional . 2. A Fazenda Nacional tem o prazo de cinco anos para lançar o crédito tributário. 3. O prazo decadencial tem início no "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado". 4. Apelação improvida.

[STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1005010 PE 2007/0265449-6 \(STJ\)](#)

Data de publicação: 29/10/2008

Ementa: TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - PREQUESTIONAMENTO: AUSÊNCIA - DECADÊNCIA - OMISSÃO DE RECEITA - TERMO INICIAL. 1. Na origem, cuida-se de exceção de pré-executividade fundada nas alegações de prescrição, decadência e cerceamento de defesa. A decisão indeferiu o incidente sem conhecer da alegação de cerceamento de defesa, por não ser a via adequada, e rejeitou as demais alegações. 2. Embora devolvida a matéria ao Tribunal, este limitou-se a confirmar a decisão monocrática, rejeitando unicamente à tese da decadência ou prescrição do crédito tributário. Não houve embargos

de declaração e a alegação de cerceamento de defesa não foi decidida em última instância. Aplicação da Súmula 282/STF. 3. A omissão de receitas exige lançamento de ofício, cujo prazo decadencial se inicia do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser realizado, nos termos do art. 173, I, do CTN. 4. Nos termos do acórdão, os fatos mais antigos ocorreram em 1998, fato gerador em 31.12.1998. Não se comprovou prévio conhecimento da infração pelo Fisco, de forma que o termo inicial da decadência do período mais antigo é 1º.01.2000. Válida a notificação do lançamento efetuada em 2004. Inexistência de decadência ou de prescrição. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido.

É sabido que, sobre a matéria, o entendimento ora exposto é pacífico em nossa Corte de Justiça Fiscal, em se tratando de omissões de saídas, aplicar-se-á a regra do art. 173, I do CTN, como se verifica do Acórdão, *in verbis*:

“CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. DECADÊNCIA DE PARCELA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REDUÇÃO DA PENALIDADE PELA APLICABILIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Quando as vendas de cartão de crédito declaradas pelo contribuinte são inferiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, surge a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Decadência de parcela do crédito tributário pela aplicação do art. 173, I do CTN, tendo como termo inicial de contagem o primeiro dia do exercício subsequente ao que deveria ter sido efetuado o lançamento.

Aplicam-se ao presente julgamento as disposições da recente legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei nº. 10.008/2013.

Acórdão 341/2014

CONS.^a DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.”

Assim sendo, afasto a preliminar de decadência arguida pela recorrente.

Razões Meritórias

Aquisição de mercadorias com receitas provenientes de omissões pretéritas de mercadorias tributáveis e Vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais.

Ambas as irregularidades foram detectadas mediante a aplicação do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, referente ao período fechado, de 2008.

O referido levantamento é uma técnica usualmente adotada pelo fisco no desempenho da sua atividade precípua, isto é, a verificação da regularidade fiscal quanto ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, relativas à circulação de mercadorias no estabelecimento dos contribuintes do ICMS, neste Estado, e consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, em determinado período, e tem o efeito de transferir para o sujeito passivo, que é o legítimo possuidor da posse direta da documentação afeta ao seu negócio, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir o feito fiscal, visto que, somente a comprovação de erros na contagem ou nos itens considerados (tanto na espécie como na quantidade), bem como nos valores levados a efeito no quantitativo, e, ainda, no imposto porventura pago, podem modificar o resultado do levantamento em tela.

No caso dos autos, a recorrente alegou a existência de equívoco nas quantidades dos produtos levados a efeito no Levantamento Quantitativo de Mercadorias, visto que a auditoria se valeu de unidades heterogêneas considerando as entradas no estabelecimento notificado sob a unidade de medida “quilograma” (KG), confrontando-as, após, com as saídas registradas sob a unidade “barras” de metal (BR), o que teria comprometido a liquidez e certeza do crédito tributário lançado e, com essas razões refez os cálculos apresentados, adequando as entradas e saídas sob uma única unidade de medida, no caso quilogramas, conforme doc.06-CD.

Aduz que no decurso do processo, a empresa foi notificada a regularizar as declarações mensais referentes ao exercício de 2008, intimação cumprida, mas apesar disso percebe-se da sentença monocrática que o julgador monocrático, apenas atestou o não atendimento às exigências fiscais.

Inicialmente, cumpre-me informar que nos casos de período fechado, ou seja, aquele em que se tem por base o período findo em 31 de dezembro do ano de 2008, o estoque considerado é o *lançado ou declarado em Inventário da escrita do contribuinte*, no presente caso a GIM do contribuinte, o que dispensa, pois, a contagem das mercadorias porventura existentes em estoque no estabelecimento em fiscalização.

No que concerne à afirmação da recorrente de que o auditor fiscal não poderia atestar a retificação dos arquivos magnéticos, tendo em vista que, respeitando o prazo estipulado pela auditoria, os arquivos foram retificados em 15.3.2016, 27 (vinte e sete) dias após a prolação precoce da decisão, **rejeito tal afirmação**, pois conforme relatado no tópico: *Preliminar de nulidade. Nulidade do auto de infração por descon sideração do procedimento de retificação da GIM. Princípio da Verdade Material*, este ponto já foi bem esclarecido.

Quanto à afirmação de que a decisão *não considerou a totalidade das informações fornecidas pela recorrente, as quais sanariam os equívocos relativos às divergências na consignação das unidades de medida*, observo que tal afirmação *não procede*, haja vista que a fiscalização notificou o contribuinte em duas oportunidades, fls. 387 e 434, com ciência da empresa autuada, buscando que a autuada procedesse à uniformização das unidades de medidas de cada produto nas entradas, saídas e inclusive os inventários de 31.12.2007 e 31.12. 2008, na busca de promover os ajustes no Levantamento Quantitativo e antes da decisão monocrática.

Relativamente à compilação do recálculo realizada pela autuada, constantes em planilhas anexas em mídia digital (CD), segregadas de acordo com os códigos dos produtos. Observo que tais informações não foram transmitidas ao banco de dados da SER-PB, conforme a recorrente afirma, quando relata que a empresa foi notificada a regularizar a GIM , referente ao ano de 2008, *intimação cumprida*. Mantendo-se, desta forma, o entendimento emitido pelo auditor fiscal, em informação fiscal, fls. 403 e 440, quando assevera que após novo processamento de retificação da GIM/2008, realizado em 28/7/20016, fls. 435 e 436, a fiscalização informa que o contribuinte não efetivou a correção dos arquivos, mantendo as mesmas incorreções, *confirmando o acerto do procedimento fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela*.

Desta maneira, corroboro com o entendimento da instância monocrática ao afirmar que:

“A apuração precisa do imposto referente às operações e prestações praticadas pelos contribuintes só pode ser obtida quando as informações apresentadas correspondam, de fato, à realidade. Para atender às exigências legais, não basta prestar as informações. É imperativo que elas espelhem a verdade.”

“Ao enviar os arquivos com os mesmos dados utilizados pelo Fisco para elaboração do Levantamento Quantitativo, concluímos que, de fato, para a Empresa, estes são os dados corretos, uma vez que os ratificou em duas oportunidades.”

“Partindo desta premissa, tem-se que o procedimento dos Auditores Fiscais não merece reparos, haja vista haverem laborado com informações fornecidas (e ratificadas) pelo Contribuinte para elaboração do Levantamento Quantitativo que apontou para o descumprimento de obrigações tributárias principais.”

Neste tópico, repiso informação prestada pelo julgamento monocrático: *“Importante destacarmos que a defesa apresentou dois quantitativos (fls. 58 e 79). No primeiro, contestou os resultados apenas para 08 (oito produtos). No segundo, o número de itens passou a 22 (vinte e dois). Note-se que, em ambos os casos, a Reclamante confirma – embora em quantidades inferiores ao levantamento fiscal – a ocorrência de omissões de entradas/saídas no exercício de 2008 (vide coluna OMISSÃO ENTRADAS/SAÍDAS). Para os demais itens que compuseram o Levantamento Quantitativo elaborado pela Auditoria[1], a defesa não questionou os procedimentos de conversão*

de unidades realizados pelos Auditores.”

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 a afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais foram transcritos abaixo:

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;

Tratando-se de presunção *juris tantum*, o lançamento pode ser elidido por prova em contrário, todavia, conforme exposto, anteriormente, o contribuinte não apresentou elementos suficientes para tal.

Diante dessas considerações, resta-me, apenas, confirmar a regularidade das exações fiscais.

Não se tendo mais o que analisar em relação ao ICMS, passa-se à análise da afirmação feita pela empresa, em sua defesa, quanto à multa.

Penalidade e Multa Confiscatória

Nas oportunidades em que compareceu aos autos, o autuado repisa o argumento da *inconstitucionalidade das multas aplicadas*, posto caracterizarem, na sua ótica, verdadeiro confisco, devendo, por esse fato, serem reduzidas a patamares condignos.

Ocorre que, para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade. E, não cabe aos Tribunais Administrativos, adentrar nessa seara pretendida. Observe-se o que diz o art. 55 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.”

Portanto, *impossível se torna acolher o pleito da recorrente*, para excluir a penalidade aplicada, ao argumento de serem confiscatórias ou ultrapassarem os limites da razoabilidade.

Dessa forma, concluo por *manter os termos da decisão monocrática*.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para *manter a decisão monocrática*, que julgou *procedente* o Auto de Infração nº 93300008.09.00001995/2009-96, lavrado em 26 de novembro de 2013, em desfavor da empresa, ARCELORMITTAL BRASIL S.A., inscrição estadual nº 16.141.015-4, devidamente qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de R\$ 5.710.971,26 (cinco milhões, setecentos e dez mil, novecentos e setenta e um reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 2.855.485,63 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos) de ICMS por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 2.855.485,63 (dois milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal do Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de agosto de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora