Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 135.286.2012-9
Recurso VOL/CRF Nº 072/2016
Recorrente:LOJAS INSINUANTE LTDA.
Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG DE PROC FISCAIS – GEJUP.
Preparadora:SUBG.DA RECEB. DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA TERCEIRA REGIÃO.
Autuantes:NEWTON ARNAUD SOBRINHO/ FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA.
Relatora:CONSª.DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VENDA PARA ENTREGA FUTURA. DECADÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO..

No caso em que o sujeito passivo deixa de efetuar o registro de suas vendas nos livros próprios, omitindo, por essa razão, fatos geradores do ICMS, não há o que se homologar, logo os valores não recolhidos deverão ser exigidos por meio de lançamento de ofício, contando-se , então, o prazo decadencial, na forma do art. 173, I, do CTN, e não do art. 150, § 4º do CTN, como entende a recorrente. Nas operações de venda para entrega futura, o vendedor tem a opção de emitir uma nota fiscal de simples faturamento, sem destaque do ICMS, para formalizar o adiantamento do pagamento, e, por ocasião da entrega da mercadoria ao adquirente, emitir nota fiscal com destaque do imposto, devido na operação. No caso dos autos, a operação de entrega da mercadoria, que deveria se fazer acompanhada da nota fiscal emitida pelo vendedor, constando o destaque do imposto, não se realizou nos termos da legislação em vigor, repercutindo negativamente no recolhimento do ICMS respectivo devido ao Estado da Paraíba. Reduzida a multa aplicada em razão de lei mais benéfica ao contribuinte.

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

A C O R D A M os membros da 2ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter integralmente a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002968/2012-50, lavrado em 14/11/2012, contra a empresa LOJAS INSINUANTE LTDA., inscrição estadual nº 16.109.884-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 8.167,88 (oito mil, cento e sessenta e sete reais e oitenta e oito centavos), sendo R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de ICMS, nos termos do art. 609, §2º e art. 106, II, “a”, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de multa, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de multa por infração.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de setembro de 2017.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No de Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002968/2012-50, lavrado em 14/11/2012, contra a empresa LOJAS INSINUANTE LTDA., inscrição estadual nº 16.109.884-3, consta a seguinte denúncia, relativa a fatos geradores ocorridos entre 1/1/2007 e 31/12/2009:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

TAL IRREGULARIDADEDECORRE DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE VENDAS PARA ENTREGA FUTURA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, INFRINGINDO O ART. 609, §2º, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/96. TUDO COMPROVADO MEDIANTE CÓPIAS DE DOCUMENTOS PRODUZIDOS PELO CONTRIBUINTE ATRAVÉS DO PROCESSO Nº 1309862012-9, QUE DORAVANTE PASSAM A INTEGRAR OS AUTOS.

Foram dados como infringidos os artigos 106 e 609, §2º, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “a”, da Lei n° 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R$ 12.251,82, sendo R$ 4.083,94, de ICMS, e R$ 8.167,88, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, em 30/11/2012, por via postal, conforme AR *(fl. 02)*, a autuada apresentou reclamação, tempestiva, em 27/12/2012 *(fls. 22-40)*.

Por sua vez os autuantes opuseram contestação conforme *(fls. 87-93)*.

Sem informação de que constam antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl. 96)* e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R$ 8.167,88 (oito mil, cento e sessenta e sete reais e oitenta e oito centavos), sendo R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de ICMS, e R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de multa por infração, dispensando o recurso nos de ofício, termos do art. 80, § 1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (*fls.98-110).*

Notificada, da decisão de primeira instância, em 16/2/2016, por via postal, conforme AR *(fl. 113)*, a autuada protocolou recurso voluntário, em 10/3/2016 *(fls. 114-130)*, discorrendo sobre os seguintes pontos:

- Argui a decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2007.

- No mérito, considera irregular a exigência fiscal, afirmando que a fiscalização desconsiderou a previsão legal de que a incidência do imposto ocorre no momento da saída da mercadoria do depósito localizado no Estado da Bahia.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- Acrescenta que as operações apontadas no auto de infração não representam hipótese de incidência do ICMS, tendo em vista que o fato gerador do imposto não se dá no momento da realização do pedido de compra, mas tão somente com a efetiva circulação da mercadoria, nos termos do art. 1º do RICMS/PB.

- Explica que quando um cliente se dirige a um de suas lojas, e esse estabelecimento não possui o produto desejado, é efetuado um pedido de compra, acompanhado do respectivo pagamento, no Caixa da loja solicitante, mas a venda é realizada diretamente por um dos centros de distribuição localizado no Estado da Bahia.

- Ressalva que a prática é inusual, só acontecendo em casos de urgência, nos demais casos, os centros de distribuição transferem as mercadorias para suas lojas que, então, efetuam o faturamento para seus clientes.

- Ao final requer a reforma da decisão recorrida, para que seja reconhecida a decadência dos créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos entre janeiro/2007 a dezembro/2007 e, no mérito, que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *voluntário* interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002968/2012-50, lavrado em 14/11/2012, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

Decadência

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Analisaremos, em primeiro lugar, a arguição da decadência dos créditos tributários, referentes a fatos geradores ocorridos janeiro e dezembro de 2007.

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

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

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

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

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

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

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

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

(...)

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação especifica 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.

§ 3° 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.).

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, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

Logo, ratifico os termos da decisão da instância singular, considerando que esses lançamentos não são passíveis de extinção pela decadência, pois esta só se operaria em 1º de janeiro de 2013, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Mérito

No presente auto de infração a autuada foi acusada de falta de recolhimento do ICMS por realizar vendas para entrega futura descumprindo as exigências do art. 609, § 2º, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 609. Nas vendas à ordem ou para entrega futura, **poderá ser emitida nota fiscal, para simples faturamento, vedado o destaque do imposto**.

§ 2º No caso de venda para entrega futura, por ocasião da efetiva saída global ou parcial das mercadorias, **o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, com destaque do valor do imposto**, quando devido, **indicando-se**, além dos requisitos exigidos, **como natureza da operação, "Remessa - Entrega Futura"**, e o número, a data e o valor da operação da nota fiscal relativa ao simples faturamento. **(g.n.)**.

No caso em exame, a fiscalização verificou divergência entre o total da rubrica, vendas a vista, e o total do movimento diário, registrado nos equipamentos ECF da autuada, ver exemplo (fl. 76).

Então, foi levantado que essas divergências eram decorrentes de operações não registradas no movimento diário onde os clientes efetuavam o pagamento no Caixa do estabelecimento autuado, que em contrapartida emitia um cupom, sem fins fiscais, consignando que se tratava de venda para entrega futura (fl. 78).

Pari passu, era emitido um pedido de compra para seu centro de distribuição, localizado no Estado da Bahia, que, então, enviava a mercadoria diretamente ao adquirente, com emissão de Nota Fiscal de Venda de mercadoria, com destaque do imposto em favor do Estado da Bahia.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Como se observa, o procedimento realizado pelo sujeito passivo contraria as determinações do art. 609, § 2º, do RICMS/PB, anteriormente transcrito, que prevê que, nas operações de venda para entrega futura, o vendedor terá a opção de emitir uma nota fiscal de simples faturamento, sem destaque do ICMS, formalizando o adiantamento do pagamento, e, por ocasião da entrega da mercadoria ao adquirente, deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto, referenciando a natureza da operação como “Remessa – Entrega Futura”.

Por sua vez, a recorrente defende a regularidade da operação, afirmando que a fiscalização desconsiderou a previsão legal de que a incidência do imposto ocorre no momento da tradição da mercadoria, que se consumou no momento da saída da mercadoria do depósito localizado no Estado da Bahia. Assim, o ICMS teria como local de incidência aquele de onde saiu a mercadoria para o consumidor final.

Como se sabe, a Constituição Federal estabeleceu a competência, aos Estados e ao Distrito Federal, para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, estabelecendo o âmbito de sua incidência, conforme disposição expressa no art. 155, verbis:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Na esteira da Constituição Federal, a Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), assim, dispôs sobre o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS:

Art. 1º. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2°. O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Dentro da competência atribuída pela Constituição Federal e observando os limites impostos pela Lei Complementar nº 87/96 e art. 97 do CTN, o Estado da Paraíba veio a instituir, através da Lei nº 6379/96, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, estabelecendo o escopo do fato gerador do tributo:

Art. 2º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, tem como fato

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Ressalve-se que, para efeitos do ICMS, a doutrina caminha para aproximar a definição de circulação de mercadorias de seu conceito jurídico, levando-se em conta a mudança de titularidade do bem.

Para Eduardo Sabag, na sua obra, Manual de Direito Tributário, circulação é a mudança de titularidade jurídica do bem (não é mera movimentação “física”, mas circulação jurídica do bem). O bem sai da titularidade de um sujeito e passa à titularidade definitiva de outro.

Sacha Calmon tem o mesmo entendimento quando diz que a *mera e estrita saída física de mercadorias não caracteriza o fato gerador jurígeno do ICMS, necessária a circulação econômica e, principalmente, a jurídica, que se perfaz somente quando ocorre alteração na titularidade da "res".*

Assim, a simples mudança de titularidade (circulação jurídica) provoca o nascimento da obrigação tributária decorrente da circulação de mercadorias, não importando se houve ou não a circulação física.

Voltando aos autos, o negócio jurídico de venda para entrega futura, ajustado entre a autuada e o adquirente, consolidou-se no momento do pagamento do preço da mercadoria no Caixa do estabelecimento da recorrente, gerando a obrigação da entrega da mercadoria no prazo pactuado.

Neste sentido, não seria razoável supor que o negócio jurídico se deu entre a filial da Bahia e o adquirente, pois estaríamos diante de caso de enriquecimento sem causa.

Assim, entendo que o negócio jurídico se deu entre a recorrente e o adquirente das mercadorias, cabendo a exigência do ICMS, nos termos do art. 3º IV, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

No tocante à multa, o julgador singular, corretamente, procedeu à sua redução, aplicando os novos percentuais previstos no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, verbis:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

V - de 100% (cem por cento):

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Dessa forma, concluo por ratificar os termos da decisão monocrática por se alinhar aos preceitos da legislação tributária.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter integralmente a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002968/2012-50, lavrado em 14/11/2012, contra a empresa LOJAS INSINUANTE LTDA., inscrição estadual nº 16.109.884-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 8.167,88 (oito mil, cento e sessenta e sete reais e oitenta e oito centavos), sendo R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de ICMS, nos termos do art. 609, §2º e art. 106, II, “a”, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de multa, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R$ 4.083,94 (quatro mil, oitenta e três reais e noventa e quatro centavos), de multa por infração.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de setembro de 2017.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora

Phoca PDF