



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

Processo nº 095.534.2013-3

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 032/2016

1ª RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ª RECORRIDA: BIMBO DO BRASIL LTDA

2ª RECORRENTE: BIMBO DO BRASIL LTDA

2ª RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE: FRANCISCO ILTON PEREIRA MOURA

RELATORA: CONS.ª GÍLVIA DANTAS MACEDO

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Contrariando a legislação tributária, restou configurado o recolhimento a menor do ICMS-ST pelo contribuinte legalmente responsável por tal ato, devido à exclusão da base de cálculo de descontos incondicionais, o que acarretou o lançamento de ofício do imposto.

Afastada a aplicação de multa recidiva, em consonância com o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96.

Promovida a redução no percentual das multas nos termos delineados na Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos *hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovemento* do primeiro e *provimento parcial* do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001101/2013-68, lavrado em 22/7/2013, contra a empresa, BIMBO DO BRASIL LTDA, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.900.566-6, devidamente qualificado nos autos, condenando ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 215.579,60 (duzentos e quinze mil, quinhentos e setenta e nove reais e sessenta centavos), sendo R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 399, II, "a", 397, II, e 395, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "g" da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que *cancelo*, por indevido, o montante de R\$ 161.684,70 (cento e sessenta e um mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e setenta centavos), sendo R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) de multa por infração e R\$ 53.894,90 (cinquenta e três mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa centavos) de multa recidiva, pelos fundamentos já expostos .

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de julho de 2017.

Gílvia Dantas Macedo
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1^a Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário interpostos perante este egrégio Conselho de Recursos Fiscais, com fundamento nos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001101/2013-68, lavrado em 22/7/2013, segundo o qual, a autuada, BIMBO DO

BRASIL LTDA, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) (PERÍODO A PARTIR DE 28/12/00) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando os dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

Exercícios de 2009 e 2010.

Por considerar infringidos os arts. 399, II, “a”, 397, II, e 395, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária no valor de R\$ 215.579,60 (duzentos e quinze mil, quinhentos e setenta e nove reais e sessenta centavos), nos termos do art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 323.369,40 (trezentos e vinte e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta centavos).

Documentos instrutórios constam nas fls. 6/67.

Cientificada do resultado da ação fiscal, por meio de Aviso de Recebimento (fl. 67) em 9/8/2013, a autuada apresentou reclamação tempestiva (fls. 69/90), aduzindo, em síntese, a licitude da exclusão da base de cálculo dos descontos incondicionais, bem como a indelegabilidade da competência legislativa, sendo ilegal a determinação de sujeição passiva por meio de Decreto, e a inconstitucionalidade da multa aplicada. Ao final, pugnou pela improcedência do feito.

Juntou documentos às fls. 91/114.

Em contestação apresentada às fls. 116/119, o autuante reafirma a procedência da acusação, tecendo comentário acerca da composição da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária.

Após a prestação de informação sobre a existência de antecedentes fiscais da autuada (fl. 121), os autos foram conclusos e remetidos à GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que decidiu pela procedência parcial do auto de infração, ao considerar que houve recolhimento a menor do ICMS-ST caracterizado pela exclusão indevida dos valores referentes aos descontos incondicionais de sua base de cálculo, em desacordo com a legislação tributária. Ao final, entendeu pela aplicação de multa recidiva e redução no percentual da penalidade aplicável ao caso.

Com as alterações promovidas, o crédito tributário restou constituído no montante de R\$ 269.474,50 (duzentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e setenta e quatro reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), de ICMS, igual valor de multa por infração e R\$ 53.894,90 (cinquenta e três mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa centavos) de multa recidiva.

Interposto o recurso hierárquico e cientificada da decisão monocrática em 18/1/2016 (fl. 134), a autuada interpôs recurso voluntário argumentando, preliminarmente, acerca da necessidade de perícia contábil para o atendimento da verdade real.

No mérito, reafirma as razões apontadas na defesa acerca da composição da base de cálculo do ICMS, inclusive na Substituição Tributária e milita acerca da impossibilidade de imposição de multa por infração, bem como a insubsistência da multa recidiva. Ao final, pugna pelo provimento do recurso, a fim de anular o lançamento fiscal em questão.

Aportados os autos nesta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento da matéria de que dispõem.

Está relatado.

VOTO

Em exame, está a acusação de recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária em virtude de exclusão indevida da base de cálculo do tributo de descontos incondicionais fornecidos, tendo sido infringidos os arts. 399, II, "a", 397, II, e 395, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e cominada penalidade com arrimo no art. 82, V, "g" da Lei nº 6.379/96.

Antes da análise do mérito da contenda, necessário se faz examinar os questionamentos dispostos no Recurso Voluntário, fls. 136/165, acerca de posicionamento explícito para reforma da decisão quanto à preliminar de nulidade por necessidade de perícia.

Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado, quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme aduz-se dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

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.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Assim, repita-se, 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 na análise do mérito, e ainda, foram oportunizados ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Na sequência, urge também necessário, adentrar no proclame da empresa, quando advoga pedido de produção de prova pericial, em razão da ausência de provas, juntada de documentos comprobatórios dos fatos.

Neste campo, ressalvo a desnecessidade, tendo em vista que todos os elementos probatórios,

necessários à clara delimitação da lide, encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado, consubstanciado por meio dos documentos acostados.

Esta razão se infere, uma vez que as matérias de fato postas no libelo acusatório podem ser plenamente esclarecidas e se exaurem no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, nos termos da denúncia, estas informações consolidadas já se encontram nos autos, nos demonstrativos elaborados pelos autores do feito e nos documentos acusatórios, motivo por que se torna desnecessária a produção de prova pericial para a correta apreciação do feito.

Os pontos contestados pela recorrente, na peça impugnatória, estão claramente dispostos nos autos, sendo mais que suficientes para a elucidação da controvérsia, não havendo, portanto, a necessidade de realização de diligência para identificá-los. Ademais, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, poderia tê-la juntado aos autos, em qualquer momento, antes do encerramento da fase administrativa.

Outrossim, deve-se frisar que, atualmente, quanto à prova pericial, inexistente previsão legal em nosso ordenamento jurídico. No que diz respeito à revisão processual, este instituto foi excluído do nosso arcabouço legal, em razão de os artigos 650 a 652, do RICMS/PB, terem sido revogados pelo Decreto nº 32.718 de 25/1/2012.

Diante disso, afasto a preliminar levantada pela empresa autuada, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Como bem pontuado pela instância prima ao proferir decisão, o caso trata de Substituição Tributária “para frente”, isto é, quando o fato gerador ocorre após o recolhimento do tributo, cuja autorização legal é prevista no art. 150, § 7º, da Constituição Federal e art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, os quais atribuem a outro contribuinte, denominado substituto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelo substituído.

Neste ponto, interessa ressaltar que a sistemática de recolhimento nesses casos possui regulamentação própria para composição da base de cálculo, sendo regida, no Estado da Paraíba, pelos art. 395, II, do RICMS/PB e art. 19 da Lei nº 6.379/96, os quais preveem que, para fins de substituição tributária, deve ser considerado como tal o valor que o produto alcançaria ao chegar ao consumidor final, se aproximando, o máximo possível, dos preços usualmente praticados no mercado. Vejamos:

Art. 395 A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo sujeito passivo por substituição ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete, impostos e outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes ou tomadores de serviço não sendo admitidos descontos condicionado ou não;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

Art. 19. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea “c”, do inciso, II do “caput” será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, sendo permitido eventualmente, acrescentar-se outros critérios que venham a subsidiar a sua fixação.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II, do “caput”, corresponderá a diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para às operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo.

Pois bem. Diante dos enunciados supratranscritos, verifica-se a regularidade da cobrança, vez que, em desacordo com a previsão legal acerca do tema, foram indevidamente excluídos da base de cálculo do ICMS-ST os descontos incondicionais, motivo pelo qual confirmo a decisão proferida pela instância prima, a qual manteve a autuação em tela.

Acerca da multa por infração, também corroboro o entendimento exarado, tanto no que tange à impossibilidade de análise da matéria pelo prisma da inconstitucionalidade, oportunidade em que também invoco o teor constante no art. 55 da Lei nº 10.094/2013, como pela redução promovida, a fim de adequar aos novos parâmetros impostos pela Lei nº 10.008/2013, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, II, c, do CTN.

Entretanto, no que concerne à multa recidiva, entendo que merece reparos a decisão proferida pela instância a quo. O art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96, prevê expressamente que a reincidência é considerada quando da prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da decisão definitiva referente à infração anterior, vejamos:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Em consulta ao Sistema ATF, é possível observar que o Processo nº 071.669.2009-2, constante no Termo de Antecedentes Fiscais de fl. 121, teve decisão definitiva proferida em 27/6/2012, momento posterior aos fatos geradores da infração ora em análise, ocorridos em 2009 e 2010.

Assim, não vejo razões para a manutenção da multa recidiva, razão pela qual, afasto a sua incidência, passando o crédito tributário a figurar nos seguintes valores:

Para tanto,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo desprovimento do primeiro e provimento parcial do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001101/2013-68, lavrado em 22/7/2013, contra a empresa, BIMBO DO BRASIL LTDA, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.900.566-6, devidamente qualificado nos autos, condenando ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 215.579,60 (duzentos e quinze mil, quinhentos e setenta e nove reais e sessenta centavos), sendo R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 399, II, “a”, 397, II, e 395, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 161.684,70 (cento e sessenta e um mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e setenta centavos), sendo R\$ 107.789,80 (cento e sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) de multa por infração e R\$ 53.894,90 (cinquenta e três mil, oitocentos e noventa e quatro reais e noventa centavos) de multa recidiva, pelos fundamentos já expostos .

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de julho de 2017.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora