



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

Processo nº 064.356.2011-3

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 082/2015

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

1ª RECORRIDA: FRANCISCO DE SOUSA PIRES ARMAZÉM

2ª RECORRENTE: FRANCISCO DE SOUSA PIRES ARMAZÉM

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

PREPARADORA: COLETORIA ESTADUAL DE SÃO JOÃO DO RIO DO PEIXE

AUTUANTE: MARGÔNIA MARIA ABREU PESSOA

RELATORA: CONS.ª GÍLVIA DANTAS MACEDO

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RECOLHIDO 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, cujo fato acarretou o lançamento de ofício do imposto.

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 *desprovisionamento* de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000226/2011-09, lavrado em 25/5/2011, segundo o qual, a autuada, FRANCISCO DE SOUSA PIRES ARMAZÉM, lavrado em 22/7/2013, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.083.045-1, devidamente qualificado nos autos, condenando ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 113.500,89 (cento e treze mil, quinhentos reais e oitenta e nove centavos), sendo R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos art. 106, II, "a" c/c 390, § 7º, Inciso II c/c 390, § 2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "c" da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que *mantenho cancelado*, por indevido, o montante de R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de multa por infração, 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 18 de agosto de 2017.

Gilvia Dantas Macedo
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

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

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 93300008.09.00000226/2011-09, lavrado em 25/5/2011, segundo o qual, a autuada, FRANCISCO DE SOUSA PIRES ARMAZÉM, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

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

NOTA EXPLICATIVA:

FALTA DE RECOLHIMENTO DE DIFERENÇAS ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – SOBRE ENTRADAS INTERESTADUAIS DE QUEROSENE – CÁLCULOS EFETUADOS A MENOR. (sic)

A Representante Fazendária constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 227.001,78 (duzentos e vinte e sete mil, hum real e setenta e oito centavos), sendo R\$ 113.500,89 (cento e treze mil, quinhentos reais e oitenta e nove centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 113.500,89 (cento e treze mil, quinhentos reais e oitenta e nove centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 82, II, “e”, da Lei n.º 6.379/96, anexando os demonstrativos e provas documentais da acusação às fls. 07 a 168.

Com a devida ciência por via postal, por meio de Aviso de Recebimento – AR nº RG 026563834 BR (fls. 175), recepcionado em 31/05/2011, nos termos do art. 46, II, da Lei nº 10.094/13, o contribuinte apresentou peça reclamatória tempestivamente em 30/06/2011, fls. 176 a 187, e anexos às fls. 188 a 229, em que requer a manutenção total do auto de infração.

Contestando, (fls. 231 e 234), o auditor atuante rebate as alegações defensivas aduzindo, em suma, que teria observado a legislação aplicável à matéria expressa nos Convênios ICMS 03/99, válido até 30/06/2008, e ICMS 110/2007, válido a partir de 1/7/2008. Por fim, requer que seja ratificado o levantamento do crédito tributário exigido, requerendo a manutenção do feito fiscal em sua totalidade.

Após a prestação de informação sobre a existência de antecedentes fiscais da autuada (fl. 235), 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, em desacordo com a legislação tributária. Ao final, entendeu pela redução no percentual da penalidade aplicável ao caso.

Com as alterações promovidas, o crédito tributário restou constituído no montante de R\$ 170.251,33 (cento e setenta mil, duzentos e cinquenta e um reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 113.500,89 (cento e treze mil quinhentos reais e oitenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de multa por infração.

Interposto o recurso hierárquico e cientificada da decisão monocrática em 11/2/2015 (fl. 248), a autuada apresentou reclamação tempestiva (fls. 250/257), apresentando as mesmas arguições trazidas por ocasião da defesa perante a instância prima. Vejamos:

- a) em preliminar, requer a nulidade da autuação alegando indefinição dos critérios adotados para a constituição da inicial e incerteza e iliquidez do crédito tributário: por erro na identificação do responsável tributário, na determinação da matéria tributável e no cálculo do montante do tributo devido;
- b) que o responsável e recolhimento do imposto seria o remetente da mercadoria para comercialização (querosene), com base no art. 36, §1º, IV, do RICMS/PB, bem como no art. 1º, III, do Decreto nº 29.537/2008;
- c) que não haveria incidência do ICMS nas vendas interestaduais com combustíveis, conforme disposto no art. 4º, III, do RICMS/PB e art. 155, X, “b” e XII, “h” da Constituição Federal (CF);
- d) que não haveria o que se falar em recolhimento de ICMS-ST por parte do adquirente de combustíveis e lubrificantes, quando comprados em outras unidades da Federação e destinados à comercialização;
- e) que a empresa teria recolhido o ICMS-ST incidente sobre todas as operações interestaduais de querosene, mediante DAR’s emitidos pela própria Receita Estadual, e posteriormente determinou que seus próprios cálculos fossem revisados via procedimento de fiscalização, o que comprovaria a iliquidez e incerteza do crédito tributário;
- f) que a fiscalização teria aplicado o TVA de 56,63%, quando deveria tê-lo aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos a partir de 13/06/2007, pelo Decreto nº 28.259/2007, e para os demais períodos deveria ter sido aplicado o TVA de 30%;
- g) ao final, requer a improcedência da autuação em tela.

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, sobre aquisições de querosene, provenientes do Estado do Rio Grande do Norte, cujo imposto foi cobrado a menor, durante os períodos de maio de 2006 a março de 2011, consoante as provas documentais colacionadas às fls. 07 a 168.

De primeira, cumpre-nos analisar as arguições de nulidade do auto de infração, trazidas pela

defendente.

Alega a defendente que, na autuação, há indefinição dos critérios adotados para a constituição da inicial e incerteza e iliquidez do crédito tributário: por erro na identificação do responsável tributário, na determinação da matéria tributável e no cálculo do montante do tributo devido.

Com verdade, o que determina a nulidade do ato administrativo é sua ilegalidade ou ilegitimidade. Praticado por pessoa competente, tendo por finalidade o interesse público, com forma prescrita ou não defesa em lei, vinculada a motivo legal e visando objeto lícito, o ato administrativo não pode ser objeto de nulidade. Todos esses requisitos se fizeram cumprir no presente feito, de nada valendo a apelação recursal de que deve ser anulado o auto de infração.

De fato, em se considerando a vasta e pormenorizada argumentação da defendente, revelando o pleno conhecimento do *animus* fiscal, seguramente apreendido pela mesma, constata-se que não foi cerceado o direito de defesa do contribuinte, não havendo motivo, pois, para se anular o auto de infração.

Importa tecer considerações, ainda, sobre a alegação relativa à ilegitimidade passiva suscitada pela defendente.

A recorrente, em sua defesa, argui ilegitimidade passiva, sustentando que a remetente das mercadorias é que deveria se responsabilizar pela retenção e recolhimento do imposto ora questionado.

Não posso lhe dar razão, todavia, porquanto é sabido que fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto. Ilação ao Inciso II do § 7º do art. 391 do RICMS/PB.

Ou seja, as mercadorias sujeitas ao referido regime de tributação, que não se encontram em situação de regularidade fiscal, atraem a responsabilidade pelo pagamento do imposto, ainda que o seu possuidor se trate de contribuinte substituído, como ocorre no caso dos autos.

Tem-se, assim, perfeitamente caracterizada a titularidade passiva da autuada no caso sob exame, atribuída pela lei tributária estadual, na espécie “contribuintes do ICMS-ST”.

Passando à análise de mérito, tem-se que foi identificado nas notas fiscais relativas às mercadorias adquiridas pela empresa - querosene iluminante - que, por ocasião da apuração da base de cálculo do ICMS -ST, foi calculado a menor o imposto respectivo, a saber, às margens do que determinavam os Convênios ICMS 03/99, válido até 30/06/2008 e o Convênio ICMS 110/07, vigente a partir de 01/07/2008, que em ambos ficou determinada a aplicação da margem de valor agregado que resulta em 56,63%, por se tratar de operações interestaduais, cujo fato ensejou o lançamento de ofício do imposto; *in verbis*:

Convênio ICMS 03/99

Cláusula terceira *A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.*

§ 1º Na falta do preço a que se refere o "caput", a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:

(...)

1. MVA: margem de valor agregado, expressa em percentual, III - em relação aos demais produtos não abrangidos pelos incisos I e II, contemplados com a não-incidência prevista no art. 155, § 2º, X, "b", da Constituição Federal:

a) 30% nas operações internas;

b) 47,73% nas operações interestaduais quando a alíquota interna do produto na unidade federada de destino for 12%;

c) 56,63% nas operações interestaduais quando a alíquota interna do produto na unidade federada de destino for 17%;

Convênio ICMS 110/07

Cláusula décima primeira *Nas operações com mercadorias não relacionadas no Ato COTEPE a que se referem as cláusulas oitava a décima, inexistindo o preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:*

I - tratando-se de mercadorias contempladas com a não incidência prevista no art. 155, § 2º, X, b da Constituição Federal, nas operações:

a) internas, 30% (trinta por cento);

b) interestaduais, os resultantes da aplicação da seguinte fórmula: $MVA = [130 / (1 - ALIQ)] - 100$, considerando-se:

arredondada para duas casas decimais;

2. ALIQ: percentual correspondente à alíquota efetiva aplicável ao produto na unidade federada de destino, considerando-se alíquota efetiva aquela que, aplicada ao valor da operação, resulte valor idêntico ao obtido com a aplicação da alíquota nominal à base de cálculo reduzida;"

Pelo que se vê, a legislação é clara quanto aos cálculos a serem aplicados ao caso em comento (Convênios ICMS 03/99 e 110/07), donde se conclui pela assertiva da ação fiscal.

No que tange à alegação de que não haveria incidência do ICMS nas vendas interestaduais com combustíveis, tenho a dizer que o caso sob censura diz respeito a uma operação sujeita ao ICMS-ST, cuja tributação alcança as operações subseqüentes e internas, as quais sofrem a incidência do ICMS, razão pela qual afasto as arguições defensivas neste quesito.

De fato, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 110/2007 estabelece que ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, relacionados naquele Convênio, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações como, por exemplo, o querosene (Inciso III), cujo produto é o objeto desta ação fiscal, daí porque ficou caracterizada a subsunção do fato à norma de regência.

Considerando que a autuada foi infringente aos dispositivos de lei supracitados, mantenho a autuação, pelo que dou como desprovidos os recursos hierárquico e voluntário.

Acerca da multa por infração, faço observar que, em verdade, a penalidade que deveria ter sido aplicada é aquela atinente ao art. 82, V, "c" da Lei 6.379/96, que prevê uma multa correspondente a 200% (duzentos por cento) do valor do ICMS àqueles contribuintes que deixarem de recolher ICMS-ST (redação em vigor à época da autuação). No caso dos autos, entretanto, foi atribuído, pela fiscalização, multa em valor inferior, no montante de 100% do valor do ICMS, com base no art. 82, II, "e" do mesmo diploma legal, e, por ocasião do julgamento da instância prima, tal importe foi reduzido para 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS, fundamentado na retroatividade benéfica da lei, disciplinado no art. 106, II, "c", do CTN, dada a alteração da Lei nº 10.008/2013. Ante esse fato, e tendo em vista a impossibilidade de majoração do crédito tributário, em respeito, especialmente, aos princípios da ampla defesa e do contraditório, mantenho como está o valor da multa que foi reduzida pelo julgador singular, por ser de justiça.

É como voto.

VOTO pelo recebimento dos recursos *hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovemento* de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000226/2011-09, lavrado em 25/5/2011, segundo o qual, a autuada, FRANCISCO DE SOUSA PIRES ARMAZÉM, lavrado em 22/7/2013, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.083.045-1, devidamente qualificado nos autos, condenando ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 113.500,89 (cento e treze mil, quinhentos reais e oitenta e nove centavos), sendo R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos art. 106, II, “a” c/c 390, § 7º, Inciso II c/c 390, § 2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “c” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que *mantenho cancelado*, por indevido, o montante de R\$ 56.750,44 (cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos) de multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de agosto de 2017.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora