Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº1110172013-1
TRIBUNAL PLENO
1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP
1ªRecorrida:TIM NORDESTE S.A.
2ªRecorrente:TIM NORDESTE S.A.
2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP
Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ªREGIÃO
Autuantes:MARIA JOSE LOURENCO DA SILVA/FERNANDA CEFORA VIEIRA BRAZ
Relatora: CONS.ªTHAIS GUIMARAES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONFIRMADA A REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acertada a cobrança do ICMS Substituição Tributária sobre as entradas de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do imposto, entretanto, houve redução do ICMS exigível, quando da análise de provas trazidas pela recorrente em medida de saneamento processual por diligência.
Mantida a exigência do ICMS DIFAL, inexistem nos autos provas elidentes da acusação fiscal.
Confirmada a redução da penalidade aplicada na forma disciplinada pela edição da Lei n° 10.008/2013, em observância ao princípio da retroatividade benigna, preconizado pelo art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno 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, 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 n.º 93300008.09.00001306/2013-43 (fls. 3 a 5), lavrado em 16 de agosto de 2013, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no importe de R$ 1.025.611,90 (um milhão e vinte e cinco mil, seiscentos e onze reais e noventa centavos), sendo R$ 512.946,43 (quinhentos e doze mil, novecentos e quarenta e seis reais e quarenta e três centavos), de ICMS, por violação aos arts. 399, VI; 391, §§ 5º e 7º, II, c/c o art. 106, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R$ 512.665,47 (quinhentos e doze mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e quarenta e sete centavos), de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, “c”; II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em tempo, cancelo, por indevido, o montante de R$ 576.772,70 (quinhentos e setenta e seis mil, setecentos e setenta e dois reais e setenta centavos), sendo R$ 21.369,08 (vinte e um mil, trezentos e sessenta e nove reais e oito centavos) de ICMS e R$ 555.403,62 (quinhentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e três reais e sessenta e dois centavos) de multa por infração, em razão dos fundamentos expostos neste voto.

P.R.I

Tribunal Pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de dezembro de 2018.

THAIS GUIMARAES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, GILVIA DANTAS MACEDO, ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, PETRONIO RODRIGUES LIMA, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (SUPLENTE).

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário**,** interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001306/2013-43 (fls. 3 a 5), lavrado em 16 de agosto de 2013, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento das irregularidades abaixo transcritas, ipsis litteris:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte substituído ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

a devida retenção do imposto devido.

Nota Explicativa: A empresa acima identificada foi notificada a apresentar os comprovantes de pagamento do ICMS referentes às faturas emitidas pela SER/PB que se encontram na situação A MENOR ou EM ABERTO no sistema ATF. Em resposta, apresentou a esta fiscalização planilhas em EXCEL relacionando as notas fiscais que continham mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária. Contudo, ao realizarmos as exclusões das referidas notas fiscais das faturas A MENOR ou EM ABERTO, o valor remanescente não corresponde ao montante do ICMS ST (1106) recolhido através dos DARs Avulsos constantes no sistema ATF. Além disso, não foram apresentadas as notas fiscais discriminando as mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária. Diante disso, realizamos a autuação em conformidade com o Relatório de Omissos/Inadimplentes em anexo que discrimina os lançamentos e estão acompanhados das faturas respectivas informando as notas fiscais a que se referem.

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

Nota Explicativa: A empresa acima identificada foi notificada a apresentar os comprovantes de pagamento do ICMS referentes às faturas emitidas pela SER/PB que se encontram na situação A MENOR ou EM ABERTO no sistema ATF. Em resposta, apresentou a esta fiscalização planilhas em EXCEL relacionando as notas fiscais que foram excluídas das faturas. Contudo, ao realizarmos as exclusões das referidas notas fiscais das faturas A MENOR ou EM ABERTO, remanesceu exigível ICMS DIFAL Complementar - (Código de Receita 1137), conforme Relatório de Omissos/Inadimplentes em anexo que discrimina os lançamentos e estão acompanhados das faturas respectivas informando as notas fiscais a que se referem.”

Considerando infringido o art. 106 c/c o art. 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, as agentes fazendárias, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R$ 1.602.384,60, sendo R$ 534.315,51 de ICMS e R$ 1.068.069,09 de multa por infração nos termos do art. 82, II, “e”, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 6 a 62 dos autos, dentre os quais consta a Notificação 04/2013 (fl. 9) para apresentar comprovante de pagamento do ICMS referente às faturas emitidas no período de SETEMBRO/2008 a FEVEREIRO/2012, que se encontravam na situação EM ABERTO ou A MENOR no sistema ATF desta Secretaria, de acordo com o Relatório de Omissos/ Inadimplentes anexo às fls. 13 e 14 e cópias das referidas FATURAS apensas às fls. 15 a 62 dos autos, cuja resposta consta às fls. 8; 10 a 11.

Pessoalmente cientificado da lavratura do auto de infração, conforme aposição de assinatura no Termo de Ciência constante da exordial, fls. 5, por meio de representante legalmente habilitado, de acordo com os documentos apensos às fls. 6 e 7.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Na peça reclamatória (fls. 64 a 89), o contribuinte requer o cancelamento do crédito tributário, referente ao período compreendido entre março a agosto de 2008, porque, no seu entender, foi fulminado pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, c/c o art. 156 do CTN. Quanto ao restante do crédito tributário, referente ao período de setembro de 2008 a dezembro de 2011, requer a sua improcedência em razão da extinção do credito tributário pelo pagamento.

Clama ainda pelo cancelamento das penalidades aplicadas no período de março de 2008 a dezembro de 2009, alegando que a empresa autuada, TIM NORDESTE S.A., foi incorporada pela TIM CELULAR S.A., que, na qualidade de incorporadora, pode responder apenas pelos tributos devidos pela sociedade incorporada, nos termos do art. 132 do CTN.

No intuito de robustecer seus pedidos, o sujeito passivo acostou aos autos os seguintes documentos:

1) Ata da assembleia geral extraordinária realizada em 31 de dezembro de 2009 (fls. 91);

2) Protocolo e justificação de incorporação da Tim Nordeste S.A. pela Tim Celular S.A. (fls. 92 e 93);

3) Cópias de documentos de identificação de advogados, procuração e substabelecimento (fls. 94 a 99);

4) Cópias do Diário Oficial contendo publicações de atas de assembleias extraordinárias (fls. 100 e 101);

5) Comprovantes de Inscrição e Situação Cadastral no CNPJ (fls. 104 a 106) e no Sintegra/ICMS (fls. 107);

6) Mídia digital (CD), contendo planilhas em EXCEL, discriminando Notas Fiscais, Data de Entrada, descrição do produto, sem identificar o NCM (fls. 113);

7) Cópias de Documentos de Arrecadação Avulsos – DARs Avulsos, que discriminam o recolhimento do ICMS Substituição por Entradas e o respectivo valor, comprovantes de pagamento, todavia, os DARs Avulsos não identificam as notas fiscais a que se referem (fls. 116 a 145).

Instadas a apresentar contestação às razões reclamatórias, as autoras do feito comparecem aos autos, conforme fls. 147 a 152, dizendo que não acolhem o pedido de decadência suscitado pela impugnante, vez que entendem que o prazo decadencial é regido pelo art. 173, I, do Código Tributário Nacional c/c o art. 176 da Lei Estadual nº 6.379/96.

Neste norte, colacionam aos autos jurisprudência da lavra do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No mérito (fls. 150 a 152), as auditoras fiscais relatam que a reclamante assume a infração ao realizar o recolhimento de parte do crédito tributário autuado.

Acrescentam que eventuais ajustes nas faturas devem ser realizados mediante procedimento administrativo próprio, bem como que apenas as notas fiscais são os documentos hábeis e idôneos para comprovar a alegação da reclamante de que as mercadorias por ela excluídas da base de cálculo não estão sob a égide do regime de substituição tributária, porquanto é unicamente no corpo das notas fiscais que estão assinaladas as posições de enquadramento da NCM das mercadorias. Porém, ressalta-se, nenhuma nota fiscal nos foi apresentada até a presente data. Esta a motivação que fundamenta a lavratura do presente Auto de Infração.

No tocante à arguição de que parte das mercadorias não ingressou no estabelecimento da autuada, reputam inconsistente dada à ausência de prova material que lhe dê sustentação.

Com relação à responsabilidade da incorporadora, as autoras registram que há a responsabilidade por sucessão preconizada no art. 132 do CTN e jurisprudência pátria.

Quanto à multa por infração, reputam que esta é decorrente da Lei nº 6.379/96, portanto, é legal.

Por fim, requerem a manutenção integral do crédito tributário.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 154 a 156), os autos foram conclusos (fls. 157) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela parcial procedência do auto de infração *sub judice,*em conformidade com a sentença acostada às fls. 159 a 175 e a ementa abaixo reproduzida, *litteris:*

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – DENÚNCIAS COMPROVADAS – DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – REVISÃO DA PENALIDADE PROPOSTA – RETROATIVIDADE – APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.008/13

- Excluídos os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos até o dia 22 de agosto de 2008, haja vista terem sido alcançados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

- Os argumentos apresentados pela defesa mostraram-se inócuos para afastar a exação contida na inicial. *In casu*, caberia à Reclamante comprovar, por meio de notas fiscais, que os lançamentos

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

relativos ao ICMS-ST tiveram suas gêneses com base em mercadorias não sujeitas a esta sistemática e em produtos que não ingressaram em seu estabelecimento.

- A interpretação sistemática do artigo 129 com o artigo 132 do CTN aponta para a responsabilidade da sucessora por incorporação também em relação à multa punitiva aplicada, ainda que a constituição do crédito tributário se dê após os atos correspondentes à incorporação.

- Reformadas as sanções aplicadas, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE”

Como resultado, a ora recorrente foi condenada ao pagamento do crédito tributário no importe de R$ 1.028.298,86, sendo R$ 514.289,91 de ICMS e R$ 514.008,95 de multa por infração. Em tempo, foi cancelado o crédito tributário no valor de R$ 574.085,75, sendo R$ 20.025,60 de ICMS e R$ 554.060,15 de multa por infração.

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 172 a 174), a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 175 a 188.

No recurso voluntário (fls. 175 a 188), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, inicialmente, reporta-se a tempestividade da peça recursal, narra os fatos ocorridos, transcreve fragmento da sentença singular, para, em seguida, sumariar que esta acolheu os reclamos de decadência de parte do crédito tributário como também reduziu a penalidade do patamar de 200% (duzentos por cento) para 100% (cem por cento), em conformidade com a nova redação do art. 82, inciso V, da Lei Estadual nº 6.379/1996.

Prossegue afirmando que o auto de infração em apreço deve ser totalmente cancelado pelos seguintes motivos:

(i) estão sendo exigidos débitos de ICMS –ST relacionados a operações realizadas com mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, ou que não ingressaram no seu estabelecimento;

(ii) ademais, tem-se que os créditos tributários efetivamente devidos ao Estado da Paraíba, a título de ICMS-ST e DIFAL, foram regularmente recolhidos, logo se encontram extintos pelo pagamento;

(iii) a multa aplicada, ainda que reduzida por força de lei superveniente mais benéfica ao

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

contribuinte, permanece com caráter confiscatório, irrazoável e desproporcional.

A seu favor, noticia que no Processo nº 075.124/2013-07, caso análogo, já julgado nesta instância *ad quem* foi realizada diligência pelo conselheiro relator, oportunidade na qual foram comprovadas as alegações da então recorrente.

Por fim, a recorrente pede mais uma vez o cancelamento *in totum* do crédito tributário *sub judice*, bem como que todas as intimações sejam dirigidas ao advogado André Gomes de Oliveira, inscrito na OAB/RJ sob o nº 85.266, e, pleiteia a sustentação oral das suas razões de recorrer na sessão de julgamento neste Colegiado, de acordo com as fls. 188.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 189 a 215.

Em 15/4/2016, a Chefe de Expediente, deste Colegiado, juntou aos autos documento expedido pela incorporadora da empresa autuada, o qual relaciona os e-mails e patronos da ora recorrente para recebimento de correspondência oficial, fls. 219 e 220.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a Conselheira Doriclécia do Nascimento Lima Pereira, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Naquela oportunidade, a então relatora, primando por um decisório justo, requereu diligência fls. 224 e 225, solicitando que:

“Em vista disso, remeto o presente processo à Repartição Preparadora para solicitar às autoras que notifiquem a empresa TIM NORDESTE S.A. a fim de:

1) apresentar documentos probatórios das suas alegações recursais, haja vista que o recurso voluntário está carente de provas;

2) informar quais notas fiscais, relacionadas nas faturas em ABERTO (fls. 15/62), contêm mercadorias que não são sujeitas ao regime de tributação da substituição tributária; em quais Documentos de Arrecadação – DARs foram recolhidos o ICMS devido;

3) relacionar a que notas fiscais se reportam os DARs Avulsos relacionados às fls. 184/185;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

4) indicar se a empresa TIM NORDESTE S.A. protocolou processos administrativos nesta Secretaria referente a CANCELAMENTO DE DAR ou ALTERAÇÃO DE FATURAS relativos aos lançamentos constantes nestes autos. Em caso positivo, comunicar os números de protocolo.

Cumprido o solicitado, o presente processo deve ser devolvido a esta Egrégia Corte Fiscal para prossecução do julgamento.

Executando a solicitação do órgão julgador supratranscrita, a auditora fiscal, Maria José Lourenço da Silva, emitiu a Notificação nº 00027364/2018, fls. 227 e 228, que para atender a interessada solicitou dilação de prazo, de acordo com informação às fls. 233.

Em resposta à Notificação nº 00027364/2018, a ora recorrente, por intermédio de seus advogados, apresentou os seguintes documentos como declarou às fls. 235 e 236 e mídia CD apensa às fls. 237, *ipsis litteris*:

1. Em relação ao ICMS-ST, no que diz respeito às mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, amostragem das notas fiscais de aquisição referentes a Aparelhos Fixos (12 Notas Fiscais) e a Modem (17 Notas Fiscais).

2. Em relação ao ICMS-ST, no que diz respeito às mercadorias que não ingressaram no estabelecimento da Recorrente, o Livro Registro de Entradas de julho/2010, juntamente com as relações das notas que não compõe a apuração.

3. Em relação ao ICMS-ST, no que diz respeito aos valores recolhidos, comprovantes de recolhimento para os meses de Setembro e Outubro/2009. Com relação aos meses de Agosto e Novembro/2009, não foi possível obtê-los junto ao banco, devido ao período ser muito antigo.

Adicionalmente, a Recorrente aproveita a oportunidade para ressaltar que a decisão de primeira instância administrativa não contestou as NCMs, em si, mas o fato de não terem sido apresentadas as notas fiscais para confirmar as NCMs indicadas, a partir do que se pode concluir que a Autoridade Julgadora reconheceu que as NCMs indicadas pela Recorrente não se submetem ao regime de substituição tributária."

Dando seguimento, os autos retornaram a este Colegiado a fim de ser dada continuidade ao exame do feito fiscal. No entanto, em razão do término do mandato da Conselheira Relatora, Doriclécia do

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Nascimento Lima Pereira, nesta Corte Administrativa, estes autos foram redistribuídos à mim, que, também solicitei diligência, conforme despacho às fls. 243 e 244, requerendo:

"...diante dos documentos fiscais apresentados pela ora recorrente, após o primeiro pedido de diligência fiscal (fls. 224 a 225), conforme CD anexo às fls. 237, remeto o presente processo à Repartição Preparadora para solicitar às autoras que verifiquem junto a Central de Faturas da SER/PB:

1) a possibilidade de excluir das faturas, anexas às fls. 15 a 62 dos autos, as notas fiscais cujo NCM dos produtos nelas discriminados não estejam sujeitos à substituição tributária, conforme Decreto nº 28.057/2007. Caso seja possível, solicito que as faturas sejam ajustadas para os valores efetivamente devidos;

2) caso não seja factível o procedimento acima descrito, solicito que a Central de Faturas exclua das faturas correspondentes (fls. 15 a 62) o ICMS-ST referente às notas fiscais apresentadas, conforme CD anexo às fls. 237, cujos produtos não são sujeitos à substituição tributária, consoante NCM anotado nas informações complementares do campo DADOS ADICIONAIS, de acordo com a Nota Fiscal nº 675.813 anexa a título exemplificativo."

Em resposta (fls. 248 e 249), o setor competente (Central de Faturas) informou que, quanto à resposta emitida para Notificação nº 00027364/2018, a empresa relacionou em CD (fls. 237) amostragem de notas fiscais que continham mercadorias não sujeitas à substituição tributária, após as análises necessárias, a auditora fiscal concluiu que as Notas Fiscais nºs 631237, 631394 e 632182 (fls. 277 a 279) continham declarados como produtos telefones celulares, NCM 8517.12.31, sujeitos ao ICMS-ST. Daí, relacionou os ajustes nas FATURAS correspondentes, conforme fls. 250.

Remetidos os autos a este Colegiado, verificando o pedido de sustentação oral formulado pela recorrente, solicitei parecer da Procuradoria Geral do Estado, o qual foi colacionado às fls. 294 a 299.

Após, os autos retornaram para apreciação e julgamento.

É o relatório.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

V O T O

Versam estes autos a respeito de *recursos hierárquico e voluntário* impetrados contra decisão singular, que decidiu pela *parcial procedênc*ia do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001306/2013-43, lavrado em 16/8/2013, que denuncia as seguintes irregularidades: **FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) e do ICMS DIFAL**, conforme posto na exordial (fls. 3), por constarem no sistema ATF desta Secretaria **FATURAS**, por ela emitidas, na situação **A MENOR ou EM ABERTO,** referentesaoICMS-ST e ICMS DIFAL, de acordo com Relatório de Omissos/Inadimplentes anexos às fls. 13 e 14.

Registre-se que o ICMS-ST refere-se aos seguintes períodos: março, abril, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008; janeiro, fevereiro, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009; janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto e setembro de 2010. Enquanto, o ICMS DIFAL é pertinente ao mês de dezembro de 2011.

De início, esta relatoria ressalta não haver nos autos elementos processuais capazes de invalidar o feito fiscal por vício formal ou material, em virtude de estarem corretamente delineadas, na peça acusatória, a natureza da infração e a pessoa do infrator, não se vislumbrando qualquer defeito de forma.

No tocante à decadência dos lançamentos tributários em tela, com fulcro no art. 150, § 4º, do CTN, corroboro o entendimento do órgão julgador singular de que os fatos geradores ocorridos em março e abril de 2008 como também parte de agosto de 2008 foram fulminados pela decadência, consoante sentença às fls. 164 a 166.

Passemos ao exame do mérito.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)

Trata-se de irregularidade fiscal decorrente da falta de recolhimento do ICMS-ST incidente quando das mercadorias que deram entrada no estabelecimento adquirente sem a devida retenção na fonte do imposto, como consequência, sem o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

situação que conduziu à lavratura do auto de infração referente às faturas não quitadas.

Ora, o fato de a empresa remetente não reter o ICMS, incidente nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não inibe ou exclui a responsabilidade tributária do contribuinte substituído em proceder ao recolhimento do ICMS que é devido nestas operações.

Este entendimento decorre da subsunção do fato à norma tributária como também da previsão legal sobre a responsabilidade tributária, bastando para isso, uma leitura no artigo 33, inciso I, parágrafo sexto da Lei nº 6.379/96, "***in verbis***":

Art. 33 – Fica atribuída à ***condição de sujeito passivo por substituição****, em relação às prestações de serviços e às mercadorias constantes do Anexo Único desta Lei, ao:*

I - Industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo único desta Lei.

(*...)*

§6º- A substituição tributária ***não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.*** *(grifo nosso)*

Não obstante a definição legal da responsabilidade do sujeito passivo por substituição, o próprio Regulamento do ICMS é normatizador desta condição e de sua formalidade, indicando o procedimento a ser adotado pelo contribuinte, especificando, inclusive, o prazo para o recolhimento do imposto devido, conforme inteligência emergente dos artigos 390 e 391, I, §§7° e 8° c/c o artigo 399, I, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. n° 18.930/97:

Art. 390. *Nas operações internas e interestaduais com os produtos constantes do Anexo 05, adotar-se-á o regime de substituição tributária, obedecendo-se aos percentuais nele fixados como índices mínimos de taxa de valor acrescido (TVA).*

(...)

§ 6º *As mercadorias que estejam sob regime de substituição tributária,* ***quando provenientes de outras unidades da Federação, sem retenção do imposto, ficarão sujeitas ao pagamento antecipado do imposto, nas formas e prazos estabelecidos neste Capítulo.***

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

***Art. 391**. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao*

*I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou **outra categoria de contribuinte**, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);*

(..)

***§ 5º** A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.*

***§ 7º** Equiparam-se às categorias mencionadas no "caput":*

I -omissis;

*II - **qualquer possuidor**,* inclusive o comerciante varejista*, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.*

***§ 8º** A responsabilidade de que trata o inciso III do "caput" **não exclui a do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto,** objeto do recolhimento fonte (Lei nº 7.334/03).*

***Art. 399.** O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:*

*I - **no momento da entrada do produto no território deste Estado**, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;*

(...)

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Assim, diante do arcabouço legal acima transcrito, está demonstrada a plena legalidade na exigência fiscal, visto que o contribuinte adquiriu mercadorias sem a devida retenção do ICMS – Substituição Tributária quando da entrada em território paraibano, fato que se encontrado provado pela fiscalização às fls. 13 a 62, dos autos.

Os documentos probatórios (fls. 13 a 62), acima referenciados, abrangem Relatório de Omissos/Inadimplentes (fls. 13 e 14), que discriminam informações sobre as faturas identificadas pelo seu **NÚMERO DE CONTROLE**. Na sequência (fls. 15 a 62), constam espelhos das referidas faturas, nas quais estão indicados vários dados, destacamos: Código de Receita (1106), Competência, Valor Principal, Situação do Débito, e, precisamente, o número das Notas Fiscais das quais está sendo cobrado o ICMS-ST.

É fundamental relatar que, durante a fiscalização, a ora recorrente foi notificada (fls. 8 a 10) a comprovar os recolhimentos do ICMS-ST relativo às faturas nas situações A MENOR e EM ABERTO.

Em resposta, o contribuinte apresentou à fiscalização mídia digital (CD), contendo um relatório em EXCEL, consolidado por mês, informando o valor do imposto cobrado pela SER/PB e o valor pago, os quais divergem em todos os meses.

Na sequência, o contribuinte pretende justificar a divergência em tela mediante apresentação de planilhas mensais relacionando notas fiscais que excluiu da base de cálculo do ICMS-ST, por entender que sobre as mercadorias constantes naqueles documentos fiscais não incidiria ICMS-ST.

Contudo, é indispensável alertar que este procedimento foi realizado sem apresentação das notas fiscais que permitiriam verificar a legalidade da exclusão, vez que há um regramento próprio para cobrança da substituição tributária no qual o NCM do produto deve constar no Anexo V do RICMS/PB para ratificar a exigência do referido tributo. Este entendimento perfilha-se integralmente àquele esposado pelo julgador singular, conforme transcrição de fragmento da sentença às fls. 168:

*“Os meios de prova aptos a comprovar a existência de equívocos no levantamento realizado pela auditoria são **as notas fiscais**. Da análise destes documentos, seria possível extrair todos os elementos necessários para se determinar a sistemática de tributação das mercadorias nelas relacionadas.”*

Além disso, a empresa também não informou em quais DARs Avulsos (NÚMERO DE CONTROLE)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

foi recolhido o ICMS-ST referente às Notas Fiscais constantes nas FATURAS objeto do libelo basilar, ou se este foi pago. Simplesmente, alega que excluiu da base de cálculo do ICMS-ST valores referentes às notas fiscais que lhes foram destinadas por não estarem as mercadorias nelas discriminadas sujeitas à sistemática da substituição tributária, todavia, completamente desprovidas de elementos probatórios.

Por outro lado, é oportuno esclarecer que, na hipótese de discordância do valor do ICMS-ST cobrado, facilmente, poderia ser formalizado um processo próprio junto ao Fisco Estadual para **CANCELAMENTO DE DAR ou REVISÃO DE FATUR**A a fim de expurgar os erros indicados mediante provas, fato que não ocorreu. Ou ainda, estas provas poderiam ter sido entregues à fiscalização no decorrer da auditoria fiscal, ou em qualquer das oportunidades de manifestação nos autos que lhes foi concedida.

Tanto que na segunda diligência fiscal, promovida por este Colegiado, foram colacionadas aos autos, em mídia CD-R, cópias de Notas Fiscais (fls. 237), que possibilitaram a revisão dos cálculos pelo setor competente, gerando uma revisão de valores de ICMS. No entanto, não se pode excluir a cobrança de imposto com a entrega de uma amostragem de notas fiscais insuficientes para comprovar as alegações da ora recorrente.

Nestes autos, é indispensável comentar que a observância ao princípio da busca da verdade material foi uma constante, haja vista as diligências fiscais requeridas neste Colegiado, conforme despacho às fls. 224 e subsequentes, no intuito de coletar provas que respaldassem os argumentos da ora recorrente, entretanto, esta não colacionou documentos fiscais hábeis suficientes para fazer sucumbir o crédito tributário em comento.

Por oportuno, é bom anotar que estas FATURAS foram emitidas no momento do ingresso das mercadorias no território paraibano, portanto, não pode prosperar a alegação de que as mercadorias em referência não ingressaram no estabelecimento da ora recorrente.

No tocante ao pedido de extinção do crédito tributário pelo pagamento, em conformidade com o art. 156, I, do CTN, este não merece prosperar, vez que a recorrente alega haver quitado os valores dos lançamentos (NÚMERO DE CONTROLE) relacionados às fls. 184 e 185, todavia, confrontando-os com o Relatório de Omissos/Inadimplentes (fls. 13), percebe-se que os valores ditos recolhidos divergem completamente da diferença cobrada pela SER/PB.

Além disso, o contribuinte relaciona como elementos aptos a excluir o crédito tributário, quatro lançamentos que não foram inclusos no auto de infração, por conseguinte, não se prestam ao fim pretendido.

Ademais, compete-me observar que os valores dos RECOLHIMENTOS ICMS-ST (fls. 184 e 185), colacionados pela recorrente, foram pagos via DARs Avulsos, conforme documentos anexos às fls.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

211 a 215. Logo, não estão correlacionados aos lançamentos tributários objeto do auto de infração, nem os referidos DARs Avulsos mencionam as notas fiscais a que se reportam, cuja circunstância implica em impossibilidade de se estabelecer um vínculo entre estes pagamentos e as notas fiscais objeto dos autos.

Em tempo, o confronto, acima explicitado, segue demonstrado no quadro abaixo:

Informamos que a ora recorrente efetuou recolhimentos a título de ICMS-ST, por meio de DARs Avulsos, importando em R$ 1.015.488,08, de acordo com consulta ao Sistema ATF apensa às fls. 282 dos autos, porém, repita-se, os citados DARs não indicam a quais documentos fiscais se reportam os pagamentos.

No que tange à segunda acusação, ressalte-se que a recorrente não a combate, razão pela qual entendo como matéria incontroversa, nos termos do art. 77, § 1º, da Lei nº 10.094/2013.

Quanto à multa por infração aplicada, é imprescindível afirmar que esta decorre da Lei nº 6.379/96, por conseguinte, trata-se de imposição legal que não pode ser descumprida sob pena de responsabilidade funcional do agente fazendário, nos termos do art. 142 do CTN. Ademais, extrapola a competência deste Colegiado Administrativo analisar questões de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, I, da lei nº 10.094/2013. Entretanto, ratifico a sua redução, por força de lei superveniente mais benéfica ao contribuinte, em respeito ao art. 106, II, “c”, do CTN.

Prosseguindo o exame dos lançamentos tributários, entendo que deve ser deduzido dos valores cominados na sentença de primeiro grau o ICMS-ST referente às notas fiscais apresentadas em diligência promovida pelo Conselho de Recursos Fiscais, conforme relatório acima, posto isto, considero devidos os valores abaixo discriminados:

Com esses fundamentos,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

V O T O pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, 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 n.º 93300008.09.00001306/2013-43 (fls. 3 a 5), lavrado em 16 de agosto de 2013, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no importe de R$ 1.025.611,90 (um milhão e vinte e cinco mil, seiscentos e onze reais e noventa centavos), sendo R$ 512.946,43 (quinhentos e doze mil, novecentos e quarenta e seis reais e quarenta e três centavos), de ICMS, por violação aos arts. 399, VI; 391, §§ 5º e 7º, II, c/c o art. 106, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R$ 512.665,47 (quinhentos e doze mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e quarenta e sete centavos), de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, “c”; II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelo, por indevido, o montante de R$ 576.772,70 (quinhentos e setenta e seis mil, setecentos e setenta e dois reais e setenta centavos), sendo R$ 21.369,08 (vinte e um mil, trezentos e sessenta e nove reais e oito centavos) de ICMS e R$ 555.403,62 (quinhentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e três reais e sessenta e dois centavos) de multa por infração, em razão dos fundamentos expostos neste voto.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de dezembro de 2018.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora

Phoca PDF