



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

PROCESSO Nº1451032016-7

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:ESPLANADA BRASIL S.A.LOJAS DE DEPARTAMENTOS

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuante:HELIO GOMES CAVALCANTI FILHO

Relator:CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

PRELIMINAR. NULIDADE. NÃO ACATAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DENÚNCIA CONFIGURADA. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Nulidade rejeitada em função de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como se encontram disponibilizado nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe, garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

- O não recolhimento do imposto nos prazos regulamentares constitui infração tributária, nos termos da legislação vigente. “In casu”, caracterizou-se legítima a ação fiscal que exigiu do contribuinte autuado o pagamento do ICMS-Substituição Tributária, diante das operações realizadas sem os devidos recolhimentos deste imposto no prazo regulamentar.

- A responsabilidade por infrações tributárias é objetiva, ou seja, independe da intenção do agente ou do responsável, conforme disciplina o artigo 136 do Código Tributário Nacional.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e manter a sentença prolatada na instância singular, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001942/2016-18, lavrado em 13/10/2016, contra a empresa ESPLANADA BRASIL S. A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS. (CCICMS: 16.093.197-5), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 102.727,40 (cento e dois mil, setecentos e vinte e sete reais e quarenta centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 51.363,70 (cinquenta e um mil, trezentos e sessenta e três reais e setenta centavos), por infringência aos artigos arts. 391, §§5º e 7º, II, e 399, VI, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 51.363,70 (cinquenta e um mil, trezentos e sessenta e três reais e setenta centavos), de multa por infração com fulcro no art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de fevereiro de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001942/2016-18, lavrado em 13/10/2016, fls. 3, contra a empresa ESPLANADA BRASIL S. A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS.(CCICMS: 16.093.197-5), em razão da seguinte irregularidade, identificada durante a auditoria no período de dezembro/2015, conforme inicial, cuja descrição abaixo transcrevo:

- 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 a devida retenção do imposto devido.

Nota Explicativa:

1106 – ICMS SUBSTITUIÇÃO POR ENTRADAS – ART.399, VI, C/FULCRO NO ART. 391, §§5º E 7º, II, DO RICMS/PB, APROV. P/DEC. 18.930/97.

Pelos fatos, foram enquadradas as infrações no art. 399, VI, com fulcro no art. 391, §§5º e 7º, II; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, sendo proposta aplicação de multas por infração com arrimo no arts. 82, V, “c” da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 102.727,40, sendo, R\$ 51.363,70 de ICMS, e R\$ 51.363,70, referente à penalidade por infração.

Instruem o presente Processo demonstrativos/planilhas, referente à Fatura em aberto, Controle nº 3010616746, Código de Receita nº 1106, e relação das correspondentes notas fiscais, anexos às fls. 9, 10 14, 15 e 16.

Cientificada da acusação por meio do Edital nº 00210/2016, publicado no DOE em 9/11/2016, fls. 21 e 22, a acusada apresentou peça de defesa tempestiva, protocolada em 28/11/2016, fls. 23 a 30, em que alega, em síntese, que:

- não teria sido entregue planilha demonstrativa do crédito tributário cobrado, impossibilitando-lhe a ampla defesa;
- teria ocorrido equívoco na parametrização de seu sistema fiscal, que acabou por aplicar o regime de tributação normal, sem o pagamento do ICMS – ST na entrada, mas que pagou como ICMS normal na saída;
- ao final solicita perícia técnica e improcedência do feito fiscal, diante da falta de prejuízo ao Erário, uma vez que se deve levar em consideração o crédito de ICMS não aproveitado para fins de abatimento do imposto que deixou de ser debitado na entrada pela recorrente.

Com informações de haver antecedentes fiscais, mas sem caracterização de reincidência da acusação em tela, fl. 52, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, sendo distribuídos ao julgador fiscal, Leonardo do Egito Pessoa, que, após apreciação e análise, fls. 55 a 61, decidiu pela *procedência* da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA. PEDIDO DE PERÍCIA – INDEFERIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – PROCEDÊNCIA.

-Confere-se rejeição à preliminar de cerceamento de defesa, dado que, além de terem sido abertas à Autuada as oportunidades legalmente estabelecidas para exercício desse direito, o lançamento de ofício se faz acompanhar da documentação instrutória apta a proporcionar conhecimento dos fatos apurados.

- A substituição tributária constitui-se em um regime tributário com expressa disposição legal, atribuindo ao sujeito passivo, tanto ao emitente quanto ao destinatário, a responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento do imposto devido, na forma definida pela lei. Nos autos, comprova-se a

falta de recolhimento do ICMS-ST, em virtude da não comprovação do recolhimento.

- Os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador fiscal, mostrando-se inócuo o procedimento requerido para o deslinde da lide.

Pedido indeferido com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13.

Cientificada da decisão singular pelo Edital nº 00061/2018, publicado no DOE em 18/5/2018, fl. 64, o contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 66 a 71, protocolado em 25/5/2018, fl. 65, trazendo à baila as mesmas considerações apontadas na impugnação e idênticos pedidos.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000128/2015-03, lavrado em 2/2/2015, contra a empresa ESPLANADA BRASIL S. A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS, devidamente qualificada nos autos.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Antes de analisarmos o mérito, necessário se faz discorrermos acerca da preliminar de nulidade arguida pela defesa.

Alega o contribuinte que a fiscalização não teria disponibilizado as planilhas/documentos que embasaram a autuação em epígrafe, cerceando seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

É de bom alvitre salientar que 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, em conformidade com os artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

Em relação à sua reclamação, é cediço que, para que o contribuinte possa exercitar o seu direito à ampla defesa, é condição *sine qua non* que os elementos trazidos na denúncia não deixem dúvidas acerca da acusação que pesa contra ela.

É incontestável que todos os elementos que motivaram o lançamento tributário devem constar nos autos, sob pena de cercear o direito de defesa da autuada. *In casu*, conforme relatado, constam nos autos o demonstrativo da Fatura em aberto, e a relação das respectivas notas fiscais, necessários como meios de provas para a autuação.

Como se pode extrair dos autos, as provas produzidas pelo auditor fiscal são robustas, detalhadas e suficientemente claras para garantir, à defesa, condições plenas para identificar os elementos que serviram de esteio para a acusação descrita no Auto de Infração. Tanto é fato que a defesa, seja na reclamação ou no seu recurso voluntário, demonstrou total entendimento acerca dos fatos que deram origem à denúncia, em sua análise de mérito.

Deve-se observar que os detalhamentos e provas da autuação são partes integrantes do Processo, sendo facultado ao contribuinte requerer, à repartição fiscal de seu domicílio, cópia integral do Processo Administrativo Tributário em que é parte interessada, nos termos do artigo 64 da Lei nº 10.094/13, *in verbis*:

Art. 64. Ao sujeito passivo ou ao seu representante legal é facultado examinar o processo no recinto das repartições em que tiver curso, observado o seguinte:

I - o sujeito passivo ou seu representante legal poderá requerer cópia de Processo Administrativo Tributário do qual seja parte;

II - o chefe da repartição preparadora poderá autorizar que servidor acompanhe o requerente para reprodução de cópia do processo em estabelecimento prestador de tal serviço.

O dispositivo acima reproduzido tem, como propósito primordial, atender ao princípio do devido processo legal, do qual derivam os seus consectários lógicos: princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim, não havendo cerceamento do direito de defesa do contribuinte, e verificando não haver ausência dos elementos essenciais à validade jurídica da peça vestibular, nos termos da Lei nº 10.094/2013, constantes, repiso, nos seus arts. 14, 15, 16 e 17, não há como acatar o seu pedido nulidade.

Passo, então, ao exame da acusação em epígrafe.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)

A presente denúncia se refere à falta de recolhimento de ICMS-ST, referente à fatura em aberto do período dezembro/2015, conforme demonstrativos anexos às fls. 10, 15 e 16.

O contribuinte não trouxe aos autos elementos de defesa que pudesse contrapor à fatura emitida, decorrente de aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária. Alega apenas que houve um erro em seu sistema, que acabou por aplicar nas operações denunciadas o regime de tributação normal, sem o pagamento do ICMS – ST, pelas entradas, mas que teria pago como ICMS Normal na saída.

Tal justificativa trazida à baila pela recorrente, com a devida vênia, não têm o condão de desconstituir a acusação. Senão vejamos.

Primeiro, não há como acatar a alegação de que teria havido um equívoco na parametrização de seu sistema fiscal, que levou a tratar a operação com mercadorias sujeitas à substituição tributária, como se normal fosse.

Ocorre que, no Direito Tributário, a responsabilidade por infrações tributárias é objetiva, ou seja, independe da intenção do agente ou do responsável, não estando condicionada à conduta dolosa ou culposa, conforme nos ensina o art. 136 do CTN^[1]. Erros cometido pelo contribuinte, que deixou de recolher o tributo, ainda que de boa-fé, independentemente de qualquer motivação, não ilide o crédito tributário devido.

Dito isto, não há o que tergiversar acerca dos motivos que levaram a recorrente a enquadrar as operações mercantis a uma sistemática de tributação diversa da que realmente estão submetidas.

Deve-se observar a questão sob o prisma objetivo. Em assim procedendo, havemos de concluir, que a infração descrita no Auto de Infração, de fato, fora cometida pelo contribuinte.

No que se refere à suposta ausência de prejuízo ao Erário, não obstante a falta de provas de suas alegações, de que teria pago o tributo sob o regime normal de tributação, por erro em seu sistema, importa ressaltarmos que a suposta existência de recolhimentos do ICMS normal pelas saídas, não autoriza que sejam tais valores compensados.

Mesmo sendo legítimo o direito de a empresa requerer o crédito fiscal (caso reste comprovada a existência de recolhimentos de ICMS indevido), havemos de reconhecer que o mesmo fora formulado em instância inapropriada. Eventuais recolhimentos indevidos devem ser objeto de análise pela Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, mediante formalização de pedido neste sentido, em processo próprio para tal, nos termos dos artigos 120 e 121 da Lei nº 10.094/13, observado o prazo estabelecido no artigo 122 do mesmo diploma legal, o que demonstra a desnecessidade de realização da perícia^[2] requerida pela defesa, motivo pelo qual, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13^[3], indefiro o pedido.

Para que não parem dúvidas acerca da matéria, observemos o que estabelecem os referidos dispositivos:

Art. 120. Além das hipóteses constantes na legislação específica de cada tributo, o contribuinte ou responsável tem direito à restituição total ou parcial do tributo, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento efetuado;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão administrativa condenatória;

IV - quando não se efetivar o ato ou contrato sobre o qual tiver sido pago o tributo;

V - quando for declarada, por decisão judicial passada em julgado, a nulidade do ato ou contrato sobre que se tiver sido pago o tributo;

VI - quando ocorrer erro de fato.

Art. 121. A concessão de restituição de tributo ou penalidade dependerá de requerimento ao Secretário de Estado da Receita, através da repartição preparadora do domicílio fiscal do interessado, instruído com a documentação necessária contendo:

I - a qualificação do requerente;

II - a indicação do dispositivo legal em que se ampara o pedido e a prova de nele estar enquadrado;

III - a certidão negativa de débito junto à Secretaria de Estado da Receita;

IV - a prova do recolhimento indevido;

V - a prova de não haver transferido a outro contribuinte o crédito relativo às quantias indevidamente recolhidas;

VI - a prova de haver assumido o encargo total do pagamento indevido ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

§ 1º O chefe da repartição preparadora promoverá a instrução do processo, diligenciando, através da fiscalização, a autenticidade dos documentos juntados.

§ 2º Instruídos na forma do § 1º deste artigo, os autos serão encaminhados ao Secretário Executivo da Secretaria de Estado da Receita, que emitirá parecer conclusivo e o levará à decisão do Secretário de Estado da Receita para reconhecimento da dívida e autorização da restituição.

§ 3º O terceiro que fizer prova de haver pago, pelo contribuinte, o tributo indevidamente, nos termos deste artigo, sub-roga-se no direito daquele à respectiva restituição.

§ 4º No caso de pedido de restituição de importância paga a título de Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, em virtude de não efetivação de doação de bem imóvel, o requerimento deverá estar instruído, além daqueles constantes nos incisos I, II, III, IV e VI do "caput", com os seguintes documentos, sem prejuízo dos exigidos em legislação

específica:

I - certidão do cartório de notas, que tenha expedido o documento de informação do imposto, de que a escritura não foi lavrada ou, se o foi, de ter sido declarada judicialmente a nulidade do ato;

II - certidão do cartório de registro de imóveis da situação do bem de que ele não foi transferido.

Art. 122. A restituição total ou parcial do imposto dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal que não se devam reputar prejudicadas pela causa assecuratória da restituição.

Parágrafo único. A importância a ser restituída segue os mesmos critérios de atualização monetária aplicáveis à cobrança do crédito tributário e, em se tratando de ICMS, far-se-á sempre que possível pelo sistema de autorização de registro do crédito correspondente, em livro próprio, conforme dispuser sua legislação.

Nova redação dada ao art. 122 pela alínea “m” do inciso I do art. 5º da Lei nº 11.247/18 - DOE de 14.12.18

OBS: efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019

Art. 122. O crédito tributário passível de restituição deverá ser restituído com o acréscimo de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia -SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, ou qualquer outro índice que vier substituí-la, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da restituição, acrescidos de 1% (um por cento) no mês em que houver a decisão da autoridade competente para reconhecimento da dívida e autorização da restituição.

§ 1º O pagamento da restituição será exclusivamente mediante crédito em conta corrente bancária ou de poupança de titularidade do beneficiário.

§ 2º Ao pleitear a restituição, o requerente deverá indicar o banco, a agência e o número da conta corrente bancária ou de poupança de titularidade do sujeito passivo na qual pretende que o crédito seja efetuado.

Art. 123. O direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - da data em que foi recolhido o tributo, nos casos dos incisos I, II, IV e VI do art. 120 desta Lei;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, na hipótese dos incisos III e V do art. 120 desta Lei.

Assim, não tendo sido recolhido o imposto antecipadamente, a responsabilidade é atribuída ao adquirente das mercadorias, equiparado ao substituto, conforme estatui o art. 391, § 7º, II e art. 399, I do RICMS:

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

(...)

§ 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. (grifo nosso).

(...)

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

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

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.

Destarte, considerando as provas materiais juntadas pela fiscalização, bem como a subsunção dos fatos à norma legal infringida constante na inicial, subsiste o crédito tributário apurado na peça vestibular, comungando com a decisão monocrática.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e manter a sentença prolatada na instância singular, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001942/2016-18, lavrado em 13/10/2016, contra a empresa ESPLANADA BRASIL S. A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS. (CCICMS: 16.093.197-5), declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 102.727,40 (cento e dois mil, setecentos e vinte e sete reais e quarenta centavos), sendo os valores de ICMS de R\$ 51.363,70 (cinquenta e um mil, trezentos e sessenta e três reais e setenta centavos), por infringência aos artigos arts. 391, §§5º e 7º, II, e 399, VI, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 51.363,70 (cinquenta e um mil, trezentos e sessenta e três reais e setenta centavos), de multa por infração com fulcro no art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de fevereiro de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator