

PROCESSO Nº 1154212017-9

ACÓRDÃO Nº 0177/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: ITAPETINGA AGRO-INDUSTRIAL S/A

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuante: AGAMENOM AUGUSTO DE ATAÍDE

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. HIPÓTESE DE LANÇAMENTO POR MEIO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE PARCIAL - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *É cabível a cobrança do ICMS – Substituição Tributária retido e não recolhido ao Estado da Paraíba, devendo ser excluído os valores declarados em Guia de Informação e Apuração do ICMS – ST, por se tratar de matéria não contenciosa e que deve ser objeto de Representação Fiscal.*

- *Lançamento de matéria não contenciosa através de auto de infração acarretou a nulidade parcial do feito fiscal.*

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 do relator pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001682/2017-61, lavrado em 28/07/2017 contra a empresa ITAPETINGA AGRO-INDUSTRIAL S/A, IE 16.999.460-0, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 168.574,38 (cento e sessenta e oito mil, quinhentos e setenta e quatro reais e trinta e oito centavos)**, sendo R\$ 84.287,19 (oitenta e quatro mil, duzentos e oitenta e sete reais e dezenove centavos) de ICMS por infringência ao art. 400 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 84.287,19 (oitenta e quatro mil, duzentos e oitenta e sete reais e dezenove centavos) de multa por infração arriada no art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.

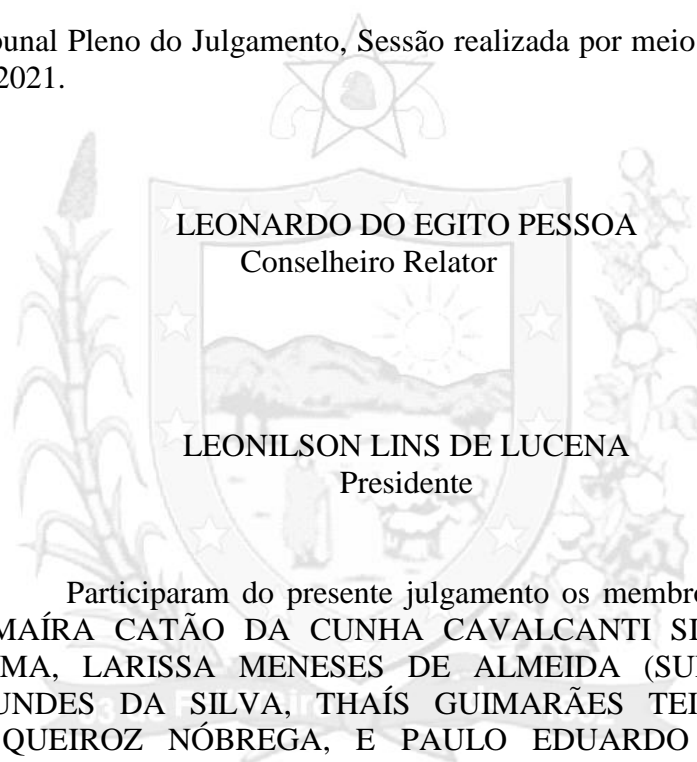
Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 1.220.306,76 (hum milhão, duzentos e vinte mil, trezentos e seis reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 610.153,38 (seiscentos e dez mil, cento e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos) de ICMS e R\$ 610.153,38 (seiscentos e dez mil, cento e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos) referente à multa por infração.

Por último, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante aos períodos de abril/2015 a maio/2016, julho/16 e ainda de setembro/2016 a junho/2017, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de abril de 2021.



Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

Processo nº 1154212017-9

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Recorrida: ITAPETINGA AGRO-INDUSTRIAL S/A

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuante: AGAMENOM AUGUSTO DE ATAÍDE

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. HIPÓTESE DE LANÇAMENTO POR MEIO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE PARCIAL - DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- É cabível a cobrança do ICMS – Substituição Tributária retido e não recolhido ao Estado da Paraíba, devendo ser excluído os valores declarados em Guia de Informação e Apuração do ICMS – ST, por se tratar de matéria não contenciosa e que deve ser objeto de Representação Fiscal.

- Lançamento de matéria não contenciosa através de auto de infração acarretou a nulidade parcial do feito fiscal.

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso hierárquico interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001682/2017-61 (fls. 3/5), lavrado em 26 de julho de 2017 em desfavor da empresa ITAPETINGA AGRO-INDUSTRIAL S/A, inscrição estadual nº 16.999.460-0.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

0498 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Nota Explicativa.: O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER NOS MESES DE ABRIL A MAIO DE 2015 E DE DEZEMBRO DE 2015 A JUNHO DE 2017 O ICMS-ST DEVIDO AO ESTADO DA PARAÍBA, E RECOLHEU A MENOR, NOS MESES DE JUNHO, JULHO E NOVEMBRO DE 2015, TODOS RETIDOS NAS NOTAS FISCAIS.

Em decorrência do fato acima, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 400, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº. 18.930/97,

lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 1.388.881,14 (hum milhão, trezentos e oitenta e oito mil, oitocentos e oitenta e um reais e quatorze centavos)**, sendo R\$ 694.440,57 (seiscentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e sete centavos) de ICMS e R\$ 694.440,57 (seiscentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e sete centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às fls. 84 a 148 dos autos.

Notificado desta ação fiscal através de Aviso de Recebimento – AR, datado de 17/08/2017, a autuada interpôs impugnação tempestiva em 08/09/2017, contra o lançamento tributário, por meio de representante legal habilitado nos autos (fls. 31). Em sua defesa, ao qual relatamos em apertada síntese, a autuada apresenta os seguintes argumentos:

- a) O valor cobrado de R\$ 970,56 do ICMS substituto de 07/2015 diverge do valor apurado na GIS-ST que foi de R\$ 335,30 devidamente pago;
- b) No valor cobrado de R\$ 19.673,31 do ICMS Substituição Tributária de 11/2015, a fiscalização não considerou os créditos dos pagamentos do ICMS realizados antecipadamente, tendo sido declarado corretamente em GIA-ST o valor de R\$ 17.143,67;
- c) Para o período de 03/2016 o valor autuada diverge do valor declarado na GIS-ST de R\$ 31.541,05, tendo em vista a fiscalização não ter considerado que a nota fiscal nº 251785 foi cancelada;
- d) Que para o período de 08/2016 o valor cobrado de R\$ 43.508,66 diverge do valor declarado em GIA-ST que totaliza R\$ 42.471,63, sendo essa diferença resultante de operação de devolução que foi deduzida do período, conforme cópia da NFe 0016055;
- e) O ICMS substituição tributária cobrado no valor de R\$ 22.495,40 para o período de 10/2016 diverge do saldo devedor da GIA-ST de R\$ 22.238,56, cuja diferença é resultante da operação da NFe 262734 que foi denegada;
- f) Defende que a multa aplicada é confiscatória.

Com base nos argumentos apresentados, requer seja julgado insubsistente ao lançamento relativo aos valores que diferem daqueles efetivamente apurados e declarados e que a multa seja alterada para um patamar máximo de 20%.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 78), foram os autos conclusos (fls. 79) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela *procedência parcial* da exigência fiscal, com recurso de ofício, conforme ementa que abaixo reproduzo:

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. OPERAÇÕES DE VENDAS DE PRODUTOS SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO MANTIDA EM PARTE. IMPOSTO DECLARADO EM GUIA DE

INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS-ST E NÃO RECOLHIDO. ERRO NO INSTRUMENTO UTILIZADO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE.

É cabível o lançamento quando constatada a falta de recolhimento do ICMS Substituição nas operações de vendas promovidas com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. In casu, derrocada de parte dos créditos tributários lançados em decorrência do vício formal que ensejou a nulidade dos lançamentos referentes ao ICMS declarado e não recolhido, por se tratar de matéria não contenciosa e que deve ser objeto de Representação Fiscal, nos termos dos §§1º e 2º do art. 40 da Lei nº 10.094/13.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Após os ajustes o crédito tributário restou constituído no montante de **R\$ 168.574,38**, sendo R\$ 84.287,19 de ICMS e R\$ 84.287,19 de multa por infração.

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima via Aviso de Recebimento (A.R.) em 03 de abril de 2019 (fls. 168), o contribuinte não mais se manifestou nos autos.

Remetidos os autos ao Conselho de Recursos Fiscais, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária na condição de contribuinte substituto tributário, no período de abril de 2015 a junho de 2017, formalizada contra a empresa ITAPETINGA AGRO-INDUSTRIAL, já previamente qualificada nos autos.

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou parcialmente procedente o auto de infração ora em combate, porquanto constatou se tratar de operações devidamente declaradas na Guia de Informações e Apuração do ICMS-ST, à exceção dos meses de junho e agosto de 2016. Portanto, sendo verificado um vício de forma para a quase totalidade dos lançamentos constantes do libelo acusatório, posto que o imposto declarado e não recolhido deve ser objeto de lançamento de ofício realizado através de representação fiscal.

Sem preliminar a ser analisada, destaco que o que estamos a julgar é o recurso hierárquico interposto pela instância *a quo*, que julgou parcialmente procedente o libelo acusatório.

Acusação

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Conforme acusação constante do libelo acusatório, a Recorrente teria deixado de recolher o ICMS – Substituição Tributária, devido na condição de substituto tributário, em virtude de não ter repassado o imposto retido quando da realização de operações interestaduais de vendas para contribuintes do Estado da Paraíba.

Conforme previsão do art. 391, I, do RICMS/PB, a empresa autuada é responsável pelo recolhimento do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, vejamos:

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);

Pelo fato descrito, recai sobre a Autuada a denúncia de haver infringido o artigo 400, do RICMS/PB, *ipsis litteris*:

Art. 400. O recolhimento através da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, de que trata o inciso II do art. 397, será efetuado:

I - REVOGADO (Decreto nº 35.928/15);

II - até o 9º (nono) dia do mês subsequente ao da saída, nas operações com veículos;

III - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao que ocorreu a retenção nas operações com farinha de trigo, cerveja e refrigerante para os Estados integrantes das regiões Norte e Nordeste;

IV - até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída da mercadoria e do bem, nos demais casos não previstos neste artigo. (g.n.)

Os documentos fiscais e memória de cálculo que serviram de embasamento para a presente denúncia estão relacionados às fls. 84 a 146.

Segundo a fiscalização, restou configurada a subsunção da conduta da Autuada à disposição contida no artigo acima citado, cuja penalidade encontra-se delineada no art. 82, inciso V, alínea “g”, da Lei nº 6.379/96, assim disposto:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Foi verificado pela instância *a quo* que a autuação teve por base as informações prestadas pela empresa autuada, por meio da GIA-ST, referentes aos períodos denunciados, à exceção dos meses de junho e agosto de 2016, cujo levantamento foi realizado com base nas notas fiscais de vendas destinadas a contribuintes localizados no Estado da Paraíba.

Assim, restou evidenciado que para todos os períodos constantes do libelo acusatório, à exceção dos meses de junho e agosto de 2016, a autuação em epígrafe versa sobre imposto declarado e não recolhido pela autuada, conseqüentemente, não se trata de irregularidade a ser exigida por meio de Auto de Infração, e sim, por Representação Fiscal, conforme dispõe o art. 40, §1º, da Lei nº 10.094/13, infracitado:

Art. 40. O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis, inclusive as recidivas, quando for o caso.

§ 1º - A Representação Fiscal terá como objeto qualquer das seguintes hipóteses:

I – o imposto declarado e não recolhido;

II – o imposto lançado e apurado em livro próprio, não declarado e não recolhido, no todo ou em parte;

III – o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

IV – a omissão da entrega de documentos de controle e informações fiscais.

§ 2º- Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I – por escrituração fiscal eletrônica;

II – em guias de informação e apuração. (grifo nosso)

Portanto, em se tratando de matéria não contenciosa, relativamente a ICMS - ST declarado e não recolhido, nos termos do dispositivo legal acima citado, um novo lançamento deve ser realizado por Representação Fiscal, ressaltando se tratar de vício formal, suscetível do efeito decadencial no prazo previsto no art. 173, II, do CTN¹.

Sobre a matéria, este. C. Conselho de Recursos Fiscais, ao se deparar com situações idênticas, já se manifestou pela nulidade por vício formal do lançamento efetuado por meio de auto de infração, quando o contribuinte apura e declara o imposto devido, porém não recolhe aos cofres públicos. Observemos, a título exemplificativo, as ementas dos Acórdãos nº 190/2016 e 437/2020, da lavra dos eminentes conselheiros Petrônio Rodrigues Lima e Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, respectivamente:

¹Art.173 Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. MATÉRIA NÃO CONTENCIOSA. REPRESENTAÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. VÍCIO FORMAL. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Caracterizado vício formal na exigência formulada pela falta de recolhimento do ICMS declarado e não recolhido, por se constituir em medida de Representação Fiscal, por se tratar de matéria não contenciosa, na forma instituída pela legislação de regência, ensejando a nulidade da autuação, cabendo novo procedimento fiscal.

Acórdão: 190/2016

Relator(a): Cons. Petrônio Rodrigues Lima

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE VENDAS DE MERVADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO O ICMS. VÍCIO FORMAL. OMISSÃO DE VENDAS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Caracterizado vício formal na exigência formulada pela falta de recolhimento do ICMS declarado e não recolhido, por se constituir em medida de Representação Fiscal, configura matéria não contenciosa, na forma instituída pela legislação de regência, e por isso enseja a nulidade do lançamento de ofício, cabendo novo procedimento fiscal.

Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo o direito de produzir provas em contrário.

Ajustes realizados na instância singular acarretaram a redução do crédito tributário.

Acórdão: 437/2020

Relator(a): Cons^a. Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões

Ademais, compulsando o caderno processual, bem como a decisão emanada da instância *a quo*, não resta dúvida quanto ao acerto da decisão monocrática que julgou parcialmente procedente a referida acusação.

Dessa forma, venho a ratificar os termos da decisão singular, pelos seus próprios fundamentos.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001682/2017-61, lavrado em 28/07/2017 contra a empresa ITAPETINGA AGRO-INDUSTRIAL S/A, IE 16.999.460-0, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 168.574,38 (cento e sessenta e oito mil, quinhentos e setenta e quatro reais e trinta e oito centavos)**, sendo R\$ 84.287,19 (oitenta e quatro mil, duzentos e

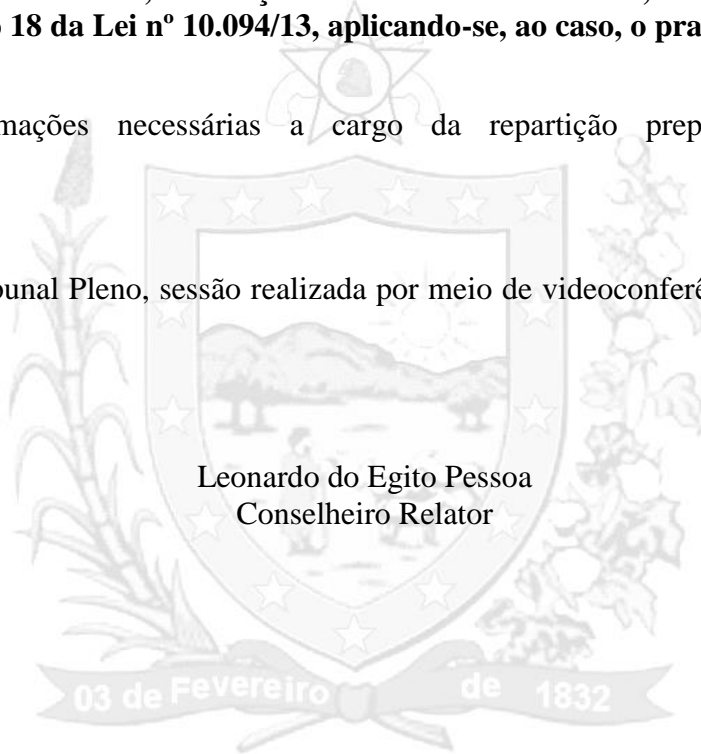
oitenta e sete reais e dezenove centavos) de ICMS por infringência ao art. 400 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 84.287,19 (oitenta e quatro mil, duzentos e oitenta e sete reais e dezenove centavos) de multa por infração arrimada no art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 1.220.306,76 (hum milhão, duzentos e vinte mil, trezentos e seis reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 610.153,38 (seiscentos e dez mil, cento e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos) de ICMS e R\$ 610.153,38 (seiscentos e dez mil, cento e cinquenta e três reais e trinta e oito centavos) referente à multa por infração.

Por último, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante aos períodos de abril/2015 a maio/2016, julho/16 e ainda de setembro/2016 a junho/2017, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de abril de 2021.



Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832