

PROCESSO Nº 0699932019-5

ACÓRDÃO Nº 0380/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: HIPER QUEIROZ LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CATOLÉ DO ROCHA

Autuante(s): ESMAEL DE SOUSA FILHO

Relator (a): CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

PRELIMINAR. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITADAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO COMPROVADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Nulidade rejeitada em razão de ter sido claramente descrita a infração e de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como se encontra 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.

Tempestividade da peça recursal atestada com base na legislação de regência e alicerçada em documento comprobatório.

Confirmada a acusação de falta de recolhimento de ICMS, face a ausência de débitos do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis como sendo não tributadas pelo ICMS. Desacolhida a alegação de redução da repercussão tributária, por não ser o Processo Administrativo Tributário de lançamento o instrumento adequado para apurar o pagamento do ICMS a maior do que o devido, reservando a legislação para esses casos o Processo de Restituição.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter incólume a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001266/2019-25, lavrado em 9 de maio de 2019, contra a empresa HIPER QUIROZ LTDA, inscrição estadual nº 16.239.142-0, devidamente qualificada os autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 450.236,31 (quatrocentos e cinquenta mil, duzentos e trinta seis reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 257.277,88 (duzentos e cinquenta e sete mil, duzentos e setenta e sete reais e oitenta centavos) de ICMS, por infringência dos art. 106 c/c os artigos 52, 54 e artigos 2º e 3º, 60, I “b, e III, “d” e “1”, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 192.958,43 (cento e noventa e dois mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e três centavos) a título de multa por infração, com fundamento no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

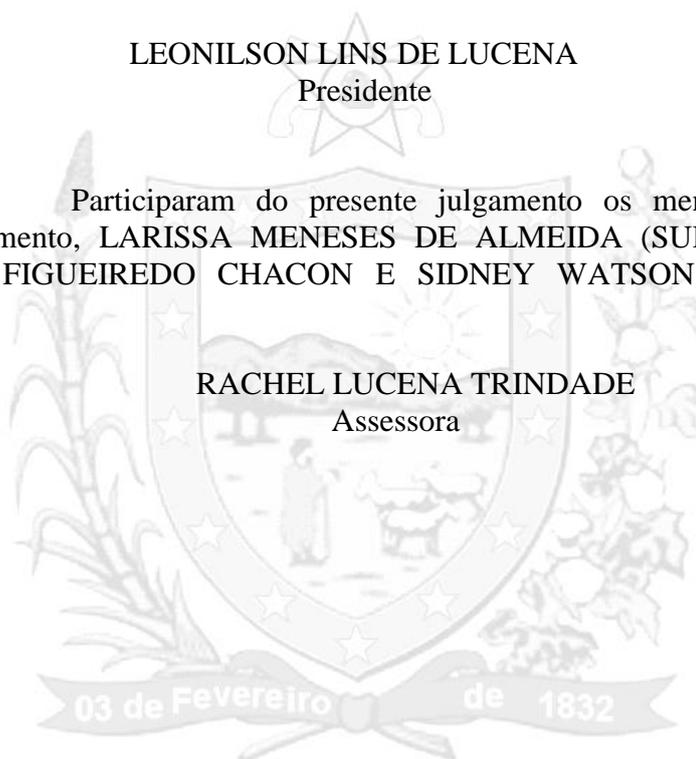
Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de julho de 2021.

RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

RACHEL LUCENA TRINDADE
Assessora



Recorrente: HIPER QUEIROZ LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CATOLÉ DO ROCHA

Autuante(s): ESMAEL DE SOUSA FILHO

Relator (a): CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

PRELIMINAR. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITADAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO COMPROVADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Nulidade rejeitada em razão de ter sido claramente descrita a infração e de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como se encontra 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.

Tempestividade da peça recursal atestada com base na legislação de regência e alicerçada em documento comprobatório (AR nº JU39850823OBR).

Confirmada a acusação de falta de recolhimento de ICMS, face a ausência de débitos do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis como sendo não tributadas pelo ICMS. Desacolhida a alegação de redução da repercussão tributária, por não ser o Processo Administrativo Tributário de lançamento o instrumento adequado para apurar o pagamento do ICMS a maior do que o devido, reservando a legislação para esses casos o Processo de Restituição.

RELATÓRIO

A presente demanda foi inaugurada por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001266/2019-25, lavrado em 09/05/2019, contra a empresa **HIPER QUEIROZ LTDA**, CCICMS nº 16.239.142-0, contendo a seguinte denúncia:

0195 – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como não tributada(s) pelo ICMS.

NOTA EXPLICATIVA >> O AUTUADO DEU SAÍDAS AS MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO NORMAL COMO SE FOSSEM MERCADORIAS SUBMETIDAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ISENTAS OU NÃO TIBUTÁVEIS NO ECF'S BE8940, BE2671, BE8430, BE9143, BE9144, BE9145, BE9147, BE9175, BE9251, BE9318, BE9319, BE9321.

Em decorrência dos fatos noticiados, O Representante Fazendário constituiu o crédito tributário no valor total de **R\$ 450.236,31 (quatrocentos e cinquenta mil, duzentos e trinta e seis reais e trinta e um centavos)**, sendo R\$ 257.277,88 (duzentos e cinquenta e sete mil, duzentos e setenta e sete reais e oitenta e oito centavos) de ICMS, por infringência dos art. 106 c/c os artigos 52, 54, e artigos 2º e 3º, 60, I “b” e III, “d” e “1”, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº18.930/97, e R\$ 192.958,43 (cento e noventa e dois mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e três centavos) de multa por infração, com fundamento no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Com a inicial foram acostados os documentos de (fls.7/29), destacando-se a Mídia Digital contendo a pasta DVD- PLANILHAS-ST com os arquivos dos itens autuados (fl..29).

Cientificado da lavratura do Auto de Infração, por via postal, com Aviso de Recepção (AR) em 21/05/2019 (fls.33), o contribuinte apresenta peça reclamatória, por advogados constituídos, protocolada em 19/06/2019, posta às (fls. 35/49), com base nas seguintes alegações:

- a) A impugnação é tempestiva, porque foi interposta no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do a. 67 da Lei 10.094/2013;
- b) Suscita pela Preliminar de nulidade do auto de infração por ausência de descrição das inconsistências;
- c) Alega a desproporcionalidade de multa cominada e o seu caráter confiscatório;
- d) Que houve erro do contador, causando valores não recolhidos e valores indevidamente recolhidos a título de ICMS e que o auto de infração deveria incidir sobre os valores do imposto que não foi pago.

A impugnante requer, preliminarmente, que seja anulado o presente Auto de Infração, ante a ausência do fato ensejador da multa, e a sua improcedência, em virtude de a multa cominada ser confiscatória.

Não sendo atendidos esses pedidos pugna que a multa aplicada incida somente sobre o tributo que não foi recolhido.

Documentos acostados pela defendente às (fls. 50/60).

Conclusos, os autos foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador Lindemberg Roberto de

Lima (fl. 63), que proferiu decisão às (fls. 64/72), julgando procedente o auto infracional, com ementa assim redigida:

PRELIMINAR. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITADAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO COMPROVADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Nulidade rejeitada em razão de ter sido claramente descrita a infração e de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como se encontra 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.

Confirmada a acusação de falta de recolhimento de ICMS, face a ausência de débitos do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis como sendo não tributadas pelo ICMS. Desacolhida a alegação de redução da repercussão tributária, por não se o Processo Administrativo Tributário de lançamento o instrumento adequado para apurar o pagamento do ICMS a maior do que o devido, reservando a legislação para esses casos o Processo de Restituição.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Notificado do julgado de primeira instância em 18/11/2020 (fl. 74), a autuada tomou ciência em 18/11/2020 via Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), momento em que se manifestou nos autos por meio de recurso voluntário em 23/12/2020, trazendo as seguintes alegações:

PRELIMINARMENTE

- a) Suscita pela tempestividade da peça recursal, uma vez que foi cumprido o prazo estabelecido no artigo 77 da Lei nº 10.094/2013;
- b) Alega a nulidade, por vício formal, do auto infracional em decorrência da ausência de descrição das inconsistências, conforme preceitua o Decreto nº 70.235/72 e o inciso V da Lei 10.094/2013, razão pela qual lhe foi cerceado o direito /à defesa e ao contraditório;

MÉRITO

- a) Questiona a desproporcionalidade da multa em razão do caráter confiscatório, fundamentando com base no artigo 150, IV da Constituição Federal de 1988 e em julgados do STF;
- b) Informa que houve erro cometido pelo contador da empresa, tendo em vista que ele não apurou o imposto devido, resultando no não pagamento do ICMS e em valores recolhidos indevidamente pela autuada.

Diante das alegações apresentadas, a autuada recorre em seu favor para que a decisão seja reformada, no sentido de que seja declarada a sua nulidade e, alternativamente, a sua improcedência, por entender que a multa imputada seja aplicada sobre a o tributo que não foi recolhido.

Encontra-se apenso aos autos o processo n° 0699942019-0 de Representação Fiscal para fins Penais.

Com a informação de existência de antecedentes fiscais (fl. 61), declarados conclusos os autos (fl. 62), foram remetidos a este Órgão Julgador, cabendo-me, pelo critério de distribuição, julgá-lo.

É o que importa relatar.

VOTO

A *quaestio juris* versa sobre a acusação de falta de recolhimento de ICMS, em virtude de o contribuinte indicar como não tributadas pelo ICMS, operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, em face da empresa **HIPER QUEIROZ LTDA**, devidamente qualificada nos autos, especificamente em relação aos exercícios 02/2015 a 12/2016.

Primeiramente, cabe registrar que a presente pela recursal atende ao pressuposto da tempestividade, uma vez que o contribuinte tomou ciência da decisão de primeira instância em 18/11/2020 (quarta-feira), com prazo de contagem a partir do dia 19/11/2020 (quinta-feira). Ocorre que, a peça recursal foi encaminhada, via Correios, ao Conselho de Recurso Fiscal (CRF) em 15/12/2020 (domingo), conforme consta destacado no código de Aviso de Recebimento (AR) n° **JU39850823OBR** (fl.78), tendo como prazo final de interposição a data de 18/12/2020 (sexta-feira),

Importa relatar que a data de interposição do recurso voluntário, por parte da Recorrente, foi um domingo (15/12/2020), sendo informado pelo relatório de acompanhamento dos Correios que o “*objeto foi postado após o horário limite da unidade*”, sendo este contado e encaminhado no dia útil posterior (16/12/2020), razão pela qual foi recepcionado pelo Núcleo de Administração do CAC da GR1 da SEFAZ/PB em 23/12/2020 (fl. 76), conforme protocolo de n° 192859/2020-9 à (fl.6) dos autos.

Dessa forma, cabe aqui destacar que, nos termos do artigo 11, inciso II, e § 2º da Lei n° 10.094/13, a contagem do prazo para apresentação do respectivo recurso teve início no primeiro dia útil subsequente, ou seja, 19/11/2020 (quinta-feira), encerrando-se 30 (trinta) dias, a contar desta data, ou seja, 18/12/2020 (sexta-feira), em observância ao disposto nos artigos 19 e 77 da Lei 10.094/13, in verbis:

Art. 19. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal, na repartição fiscal em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

§ 2º Considera-se expediente normal aquele determinado pelo Poder Executivo para o funcionamento ordinário das repartições estaduais, desde que flua todo o tempo, sem interrupção ou suspensão.

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

Neste diapasão, o termo final para interposição do recurso voluntário findou-se em 18 de dezembro de 2020, todavia, somente em 23 de dezembro de 2020, o referido documento foi recepcionado e protocolado pela repartição preparadora, ou seja, após a data limite estabelecida na legislação de regência.

Considerando a literalidade do comando insculpido no artigo 77 da Lei nº 10.094/13, acima reproduzido, para que pudesse produzir os efeitos pretendidos pela autuada, o recurso deveria ter sido protocolado na repartição preparadora do processo até o dia 18 de dezembro de 2020.

Mas, para atestar a tempestividade da peça recursal, deve-se entender que a data a ser considerada para fins de protocolo recursal deveria ser aquela relativa ao encaminhamento do recurso e documentos via Aviso de Recebimento pelos Correios, qual seja 16 de dezembro de 2020 (segunda-feira), ou seja, o primeiro dia útil após a data de postagem (**15/12/2020 – domingo**).

Para consubstanciar tais argumentos trazemos à baila disposição inserta no artigo 1003, §4º do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

(...)

§ 4º Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem.

É cediço que a Lei nº 11.247/18, por meio do seu art. 5º, II, “a”, acompanhando o que já havia sido estabelecido no art. 1.003, § 4º, do Código de Processo Civil, acrescentou o § 11 ao artigo 11 da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário e o Processo Administrativo Tributário no Estado da Paraíba, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019. Senão vejamos:

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

§ 11. Para aferição da tempestividade da defesa remetida pelos Correios, será considerada como data de interposição da impugnação ou recurso, a data da postagem

É imprescindível atentarmos para o fato de que, os dispositivos legais alhures transcritos são expressos ao destacar que será considerada como data de interposição do recurso voluntário a data da postagem (16/12/2020), para fins de análise de tempestividade, daqueles remetidos através dos Correios.

É fato público e notório que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) possui fé pública e que dispõe de mecanismos ideais, e legalmente aceitos, para garantir a segurança jurídica para os atos jurídicos, seja através do envio de peças processuais, notificações judiciais e afins, a exemplo do Aviso de Recebimento (AR), amplamente utilizado pelos órgãos judiciais e administrativos, e por meio do qual é possível identificar, inclusive, o real conteúdo postado (desde que devidamente preenchido o campo Declaração de Conteúdo).

Ainda, cabe aqui mencionar que o Auto de Infração tem por fundamento a falta de recolhimento do ICMS, por infringência dos seguintes dispositivos legais:

Art. 2º o imposto incide sobre: (...)

Art. 3º considera-se ocorrido o fato gerado do imposto no momento: (...)

Art.52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante e Fisco.
(...)

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;
- c) o valor total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;
- d) valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

II- no Registro de Entradas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas non mês;

- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com crédito do imposto e o valor total do respectivo imposto creditado;
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;
- d) o valor fiscal total de outras operações sem crédito do imposto;

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;
- b) o valor de outros débitos;
- c) o valor dos estornos de créditos;
- d) o valor total do débito do imposto;**
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos;
- h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na linha “d” e o valor referido na alínea “h”;
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;

l) o valor do imposto a recolher;

m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea “h” e o valor referido na alínea “d”.

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á: (...)

Ademais, ao se devidamente configurada a falta de recolhimento do ICMS, por ter havido a indicação como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, operações ou prestações sujeitas ao imposto, foi proposta a multa por infração, arrimada no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/9, *in verbis*:

Art.82. as multas para as quais se adotará o critério referido do inciso II, do art. 80, serão as seguintes: (...)

IV- de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

Em preliminar, a Recorrente aduz a nulidade do Auto de Infração por ausência na descrição das inconsistências.

Com todas as vênias, não assiste razão a Autuada, pelas razões a seguir expostas.

A descrição da infração está claramente indicada na peça acusatória e detalhada em sua nota explicativa, que tratou de indicar como não tributadas, pelo ICMS, operações com mercadorias ou prestações de serviço sujeitas ao imposto estadual.

A existência material da infração está demonstrada por meio das planilhas acosta aos autos (fl.29), nas quais estão perfeitamente descritos cada item de mercadoria, cuja classificação tributária foi contestada pela Fiscalização, por não ter suporte legal.

É de se concluir que não houve cerceamento do direito de defesa, pois todos os anexos ao Auto de Infração foram disponibilizados para a defesa, podendo esta consultar os autos e tirar cópias do mesmo, *ex vi* do art. 64 da Lei 10.094/2013:

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. (grifo nosso)

Assim, rejeito a arguição da Recorrente, como bem já decidido na instância prima, em relação ao cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

Assim, quanto aos aspectos formais, o lançamento tributário foi procedido de acordo com as cautelas da lei, não havendo casos de nulidades considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13. A identificação do sujeito passivo, a descrição dos fatos, a norma legal infringida, a identificação do autor do feito, o local, à data e a hora da lavratura e a intimação, estão bem determinadas nos autos, circunstâncias que são suficientes para garantir a legalidade do feito fiscal.

Ademais, passaremos às análises referentes ao mérito, levando em consideração a denúncia imputada e as alegações da Recorrente. Vejamos.

NO MÉRITO

A acusação estampada na peça vestibular foi de falta de recolhimento de ICMS, em virtude de o contribuinte indicar como não tributadas pelo ICMS, operações com

mercadorias sujeitas ao imposto estadual (fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2015 e 2016).

O Auto de Infração foi instruído com as planilhas denominadas ITENS VENDIDOS dos ECFs BE8940, BE2671, BE8430, BE9143, BE9144, BE9145, BE9147, BE9175, BE9251, BE9318, BE9319, BE9321, contidas em arquivos *Excel* na mídia acostada às fls.29. constam também nos autos a tabelas de resumo por exercício, mês e equipamento autuado (fls. 10/29).

Inconformada, a Recorrente alega que houve erro do contador, causando valores não recolhidos e valores indevidamente recolhidos a título de ICMS e que o Auto de Infração deveria incidir sobre os valores do imposto que não foi pago. E, ainda, assevera a desproporcionalidade da multa cominada e o seu caráter confiscatório.

A auditoria do ECFs mostra a existência de vendas de mercadorias com a emissão do competente Cupom Fiscal, porém, atribuído às mercadorias a condição de isentas, substituição tributária ou não tributadas em afronta à legislação estadual. Assim, o imposto não foi recolhido aos cofres públicos.

A Recorrente advoga a boa-fé e a existência de erro grosseiro por parte do seu Contador, em virtude de possuir estabelecimento da empresa no Rio Grande do Norte, local no qual a legislação é diferente (fl. 45).

Como é cediço, essa argumentação não tem a força de descaracterizar a acusação, uma vez que a prática de infração da legislação tributária tem caráter de análise objetiva pela administração tributária, não se inserindo no campo excludente das infrações, em regra, a falta de dolo, culpa ou alta de interesse de praticar o ilícito fiscal, tudo de acordo com o art. 136 do CTN, *in verbis*:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Dito isso, não há que se debruçar acerca dos motivos que levaram a Recorrente a classificar erroneamente as mercadorias nos ECFs e como consequência, não promover o recolhimento referente a essas operações. A infração está caracterizada e o imposto deve ser cobrado com a multa apropriada à espécie.

Apesar de a Recorrente alegar que o erro beneficiou erário estadual em alguns casos e não somente o prejudicou, e que deveria pagar somente a diferença resultante do confronto entre o valor a recolher o valor a ser pago a maior do que o devido, a legislação não autoriza que sejam tais valores compensados automaticamente.

Registre-se, ainda, que caso reste comprovada a existência de recolhimentos de ICMS a maior do que o devido e favor do contribuinte referente ao ICMS normal é legítimo o direito de a empresa requerer o crédito fiscal, contudo esse pedido foi formulado em instância inapropriada.

Assim, eventuais recolhimentos indevidos devem ser objeto de análise pela Secretaria de Estado da Fazenda 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, observando o prazo estabelecido no artigo 122 do mesmo diploma legal.

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 Fazenda, por meio 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;

III - a certidão negativa de débito perante a Secretaria de Estado da Fazenda;

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 os 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 art. 122 pela alínea “m” do inciso I do art.5º da Lei nº11.247/18 – 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.

Por isso, pagamentos realizados a maior do que o valor devido devem passar pelo crivo do devido processo legal de pedido de restituição, com a demonstração pelo contribuinte dos fatos aos quais se referem, não se confundido com o objeto desse Processo Administrativo Tributário.

A esse propósito, vale a pena mencionar o excerto do voto do Acórdão nº108/2019, relativo ao Processo nº 1451032016-7, de relatoria do E. Conselheiro PETRONIO RODRIGUES LIMA, cuja dicção confirma os argumentos apresentados acima:

“No que se refere a suposta ausência de prejuízo ao Erário, não obstante a falta de provas de suas alegações, de que teria pago tributo sob o regime normal de tributação, por erro em seu sistema, importa ressaltamos 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 recolhimento de ICMS indevido), havemos de reconhecer que o mesmo ora formulado em instância inapropriada. Eventuais recolhimentos indevidos devem ser objeto de análise pela Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, mediante formalização de pedido nesse sentido, em processo próprio para tal, nos termos dos artigos 120 e 121 da lei n° 10.094/13, observando o prazo estabelecido no artigo 122 do mesmo diploma legal, o que demonstra a desnecessidade de realização de perícia [2] requerida pela defesa, motivo pelo qual, com fulcro no artigo 61 da Lei n° 10.094/13[3], indefiro o pedido.”

Além disso, a materialidade da acusação está perfeitamente delineada na peça basilar e nos anexos ao auto de infração e a defesa não trouxe outras alegações de mérito em relação aos diversos itens apontados na peça acusatória como tributados pelo ICMS, cuja memória fiscal dos ECFs indicaram como isentas, substituição tributária ou não tributadas.

Na verdade, a Recorrente confessa a infração à legislação tributária, mas afirma que agiu de boa-fé e que houve erro do Contador. Essa situação enquadra a matéria como incontroversa e preclusa, consoante a inteligência do artigo 77 da Lei 10.094/2013, a seguir transcrito:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário.

Parágrafo único. Considerar-se-á não impugnada e preclusa a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (grifo nosso)

De todo o exposto, a convicção formada é que a acusação fiscal foi totalmente procedente, pois a Recorrente deixou de recolher o imposto estadual, ao classificar como isentas, substituição tributária e não tributadas, mercadorias sujeitas ao regime normal do imposto nos Cupons Fiscais dos ECFs, conforme exaustiva demonstração dos fatos pela Fiscalização. Não acatada a alegação da redução da repercussão tributária infração, porque os fatos alegados devem ser apurados em processo de restituição.

Questiona finalmente a Recorrente sobre o montante da multa aplicada, por entender que está violando os princípios do não confisco e da proporcionalidade, por ter sido aplicada no percentual de 175%.

Esclarecemos, que a multa foi aplicada no percentual de 75% sobre o valor do imposto cobrado, conforme manda o art. 82, IV, da Lei 6.379/96. Por isso, a soma feita pela

Defendente, chegando-se a 175% (fl.40), é um raciocínio equivocado posto que não se refere somente à multa por infração, e sim ao principal somando com a multa por infração.

Pedimos vênia aos entendimentos doutrinários e Jurisprudenciais exposto pela Recorrente, contudo a multa e o tributo não se confundem. O tributo não pode constituir sanção de ato ilícito, ao contrário da multa tributária que são sanções por ao ilícito, cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer qualquer prejuízo ao Estado.

Com efeito, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório e sua graduação varia conforme a gravidade do ato infracional praticado, quanto mais grave for o ato, maior deverá ser a penalidade aplicada, consoante os dispositivos legais.

A aplicação de multa tributária pelos Órgãos de Fiscalização é uma operação vinculada à Lei. O agente do fisco atuou nos limites da Lei do ICMS da Paraíba, Lei nº 6.379/96 e do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, que são instrumentos normativos cogentes. Desrespeitá-los, fere o princípio da legalidade, sujeitando os agentes a penalidades administrativas e criminais.

Diga-se, ademais, que os Órgãos Julgadores estão proibidos de afastar a aplicação da Lei sob a alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as matérias decididas definitivamente em ADI ou em via incidental, quando o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato, o que não é o caso das multas tributárias, *ex vi*, do art. 72-a, da Lei 10.094/13, senão vejamos:

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

. É cediço que, para se desconsiderar esta determinação legal, far-se-ia necessário analisar sua inconstitucionalidade, todavia este juízo de valor é alheio à competência dos órgãos julgadores, conforme se pode verificar na redação do artigo 55 da Lei nº 10.094/13 que dispõe do Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária.

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidades.

Sendo assim, conforme se observa, as penalidades pecuniárias não têm fito arrecadatório e sua graduação varia conforme a gravidade da infração praticada, quanto mais grave for o ato, maior deverá ser a penalidade aplicada. Sendo inerente aos poderes de império e de polícia do Estado no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos. Deste modo, não se vislumbra qualquer irregularidade no *quantum* da multa

proposta na peça vestibular.

Além disso, o Representante Fazendário atuou nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeita-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Além disso, cabe aqui destacar que não cabe aos órgãos administrativos tributários da Paraíba se posicionar a respeito de matéria em relação a declaração de inconstitucionalidade de lei, uma vez que se deve cumprir o exposto na Súmula 03 do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, que assim aduz:

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos n.ºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

Com fulcro em tais considerações, comprova-se que a multa aplicada na peça vestibular não apresenta qualquer irregularidade e por esse motivo será mantida em sua integralidade.

Diante de todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter incólume a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001266/2019-25, lavrado em 9 de maio de 2019, contra a empresa HIPER QUIROZ LTDA, inscrição estadual nº 16.239.142-0, devidamente qualificada os autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 450.236,31 (quatrocentos e cinquenta mil, duzentos e trinta e seis reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 257.277,88 (duzentos e cinquenta e sete mil, duzentos e setenta e sete reais e oitenta centavos) de ICMS, por infringência dos art. 106 c/c os artigos 52, 54 e artigos 2º e 3º, 60, I “b, e III, “d” e “1”, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 192.958,43 (cento e noventa e dois mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e três centavos) a título de multa por infração, com fundamento no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência em 26 de julho de 2021.

Rodrigo de Queiroz Nóbrega
Conselheiro Relator