



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

PROCESSO Nº0647632013-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DEJULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

1ªRecorrida:G DIAS COMERCIAL LTDA.

2ªRecorrente:G DIAS COMERCIAL LTDA.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

PREPARADORA:SUBG.DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GER.REG.DA 3ªREGIÃO

AUTUANTE:HÉLIO VASCONCELOS

RELATORA:CONS.ª THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VENDA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DEPÓSITO FECHADO. CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO. PENALIDADE. AJUSTE NO PERCENTUAL DA MULTA APLICADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO PROVIDO PARCIALMENTE E VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Constatada a saída de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais por depósito fechado, por meio do confronto entre as entradas, saídas e estoques, sendo exigível o ICMS correspondente.
- Com base no princípio da retroatividade da lei mais benigna promoveu-se redução na penalidade inicialmente sugerida, em face do advento de lei mais benéfica ao contribuinte.
- Não há que prosperar o pedido de diligência quando os documentos contidos nos autos são suficientes para a elucidação da contenda.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara 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 do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *provisamento parcial* do primeiro e *desprovisamento* do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000686/2013-07, lavrado em 15/05/2013, contra a empresa G DIAS COMERCIAL LTDA., CICMS nº 16.125.615-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 118.301,04 (cento e dezoito mil, trezentos e um reais e quatro centavos), sendo R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), por infração aos artigos 106, 158, I e 160, I, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, inciso V, alínea "a", da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, conforme fundamentos anteriormente expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de julho de 2018.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Primeira Câmara de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, GÍLVIA DANTAS MACEDO e REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000686/2013-07, lavrado em 15/05/2013, contra a empresa G DIAS COMERCIAL LTDA., CICMS nº 16.125.615-5, acima qualificada, foi imposta a seguinte acusação:

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

Nota Explicativa: Infração decorrente da diferença a maior encontrada nas entradas frente as saídas (OS nº 93300008.12.00003504/2013-00) do depósito fechado, filial deste contribuinte, infringindo os artigos 158, I, e 160, I, do Decreto nº 18.930/97.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 177.451,56 (cento e setenta e sete mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e cinquenta e seis centavos), sendo R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, por infringência ao artigo 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96 e R\$ 118.301,04 (cento e dezoito mil, trezentos e um reais e quatro centavos) a título de multa por infração, arremada no artigo 82, inciso V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada, através de Aviso de Recebimento, recepcionado em 22/05/2014, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva (fl. 08), protocolada em 27/05/2014, por meio da qual arguiu que o depósito fora aberto em setembro de 2009 e os talonários de notas fiscais estavam sendo confeccionados. Emitiu, então, as notas fiscais pela matriz para as operações de remessa e retorno, até a liberação e autenticação do talonário pela repartição fiscal.

Em contestação, (fls. 98 e 99), o autuante se posiciona pela manutenção da peça acusatória, explicando o procedimento de auditoria utilizado.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 102), foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que o julgador singular – RAFAEL ARAÚJO A. VIEIRA DE REZENDE - em sua decisão, julgou o auto de infração parcialmente procedente, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DEPÓSITO FECHADO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. CORREÇÃO DA PENALIDADE.

- A constatação de saídas de mercadorias em quantidade inferior às entradas de depósito fechado, mediante confronto entre as notas fiscais de remessa e as de retorno para o estabelecimento depositante, autoriza a cobrança do imposto.

- Provas trazidas pelo contribuinte e redução da multa decorrente da Lei nº 10.008/13 acarretaram a sucumbência parcial do crédito tributário exigido na inicial.

Após a decisão prolatada, o valor de crédito tributário fica adstrito ao montante de R\$ 51.423,98, recorrendo de ofício da decisão para este Conselho de Recursos Fiscais.

Interposto recurso hierárquico e cientificado da sentença singular por meio de AR, cuja ciência resta comprovada à fl. 114, em 02/09/2016, a autuada, através de advogado, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 30/09/2016 (fls. 115-123), alegando preliminarmente se tratar de farinha de trigo, mercadoria sujeita à substituição tributária.

Explica que, por orientação do Diretor da Recebedoria de Rendas de Campina Grande, emitiu as notas fiscais de remessa e retorno pela empresa matriz, posto que os talonários do depósito ainda não estavam aptos a serem utilizados.

Requer o recebimento do recurso com efeito suspensivo, a reforma da decisão da instância prima, a realização de diligência, sustentação oral do recurso e a presença do agente administrativo para comprovar as alegações.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Dessa realidade, solicitamos diligência, fls. 192 e 193, encaminhada à Assessoria Jurídica desta Casa, na pessoa da Procuradora Dra. Rachel Lucena Trindade, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, para que se pronuncie, na forma de parecer fundamentado, a respeito do aspecto formal da autuação, no que tange à eleição da pessoa do infrator e sobre a legalidade do pedido da recorrente que requer a oitiva do diretor da Recebedoria de Rendas de Campina Grande, o que foi cumprido às fls. 195 a 201.

Diante da necessidade de análise dos livros Registro de Entrada, Registro de Saída e Inventário, do exercício de 2009, notificamos a recorrente, a qual apresentou os livros originais, exceto o Registro de Inventário, apresentando o livro de Apuração de ICMS, ocasião em que vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em exame neste Colegiado, os recursos hierárquico e voluntário, nos moldes dos artigos 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, diante da sentença prolatada na instância prima que considerou parcialmente procedente auto de infração lavrado contra a empresa em epígrafe.

Reconhecemos preambularmente como tempestivo o recurso interposto pelo contribuinte, porquanto apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 721 do RICMS-PB.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Neste sentido, passo a citar trechos do parecer (*fls. 195 a 201*), exarado pela Procuradoria deste Estado que se posiciona de forma contundente acerca da possibilidade da matriz do estabelecimento ser responsabilizada solidariamente com o depósito fechado pelo pagamento do imposto, decorrente do interesse em comum na situação que dê origem à obrigação principal.

“Em observância aos levantamentos constantes do recurso interposto pelo contribuinte, pede-se licença para reafirmar a legalidade do procedimento e, nesse sentido, destacar também que são responsáveis pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais no recebimento para depósito ou na saída de mercadoria sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, vejamos o que diz o RICMS sobre o assunto:

(...)

Art. 38. São responsáveis pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais:

I - os armazéns gerais e estabelecimentos depositários congêneres:

a) na saída de mercadoria depositada por contribuinte de outra unidade da Federação;

b) na transmissão de propriedade de mercadoria depositada por contribuinte de outra unidade da Federação;

c) no recebimento para depósito ou na saída de mercadoria sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo;”

“Quanto à responsabilização ela pode ser do depósito fechado ou da matriz, conforme previsto no

art. 39 do RICMS:

Art. 39. Respondem solidariamente pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais:

(...)

IX - as pessoas que tenham interesse comum na situação que dê origem à obrigação principal, observado o disposto no § 2º ;

(...)

§ 2º Presume-se ter interesse comum, para os efeitos do disposto no inciso IX, o adquirente da mercadoria ou o tomador do serviço em operação ou prestação realizada sem documentação fiscal ou acompanhadas de documentos fiscais inidôneos.”

Desta feita, o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator e a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se deduz dos artigos 15, 16 e 17, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foram oportunizados ao recorrente todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Com relação ao pedido de diligência da recorrente, cabe observar que, em sua defesa, o contribuinte trouxe aos autos as notas fiscais eletrônicas de remessa e retorno, além disso, os fatos levantados pela auditoria estão baseados nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, portanto, não são convincentes os proclames da recursante, destacando a necessidade de realização de diligência para validar a liquidez e certeza do crédito tributário apurado pela fiscalização, tendo em vista que os pontos contestados pela autuada estão claramente dispostos nos autos, sendo suficientes para a elucidação da controvérsia, tornando, assim, desnecessária a realização de diligência ou perícia para identificá-los.

Nesta denúncia, a fiscalização autuou o estabelecimento matriz por ter deixado de recolher ICMS, referente às saídas de mercadorias tributáveis, detectadas pela auditoria de estabelecimento, por meio do confronto entre as entradas e estoque inicial com as saídas e estoque final no exercício de 2009, referente ao depósito fechado, C/CMS nº 16.162.908-3, situado em Campina Grande, ferindo os artigos 106, 158, I, e 160, I, do RICMS/PB.

Importante ressaltar que se tratando de depósito fechado, o estabelecimento não realiza vendas, mas apenas entregas por ordem do depositante. Assim, uma vez que o depósito fechado não pode

realizar operações por conta própria, toda e qualquer movimentação das mercadorias nele depositadas deverá ser efetuada por outro estabelecimento da mesma empresa, estando, nessa hipótese, albergadas pela não-incidência do imposto, tanto a remessa quanto o retorno de mercadorias entre esses dois estabelecimentos, previsão do art. 4º, do RICMS/PB, *ipsi literis*:

Art. 4º O imposto não incide sobre:

(...)

X - operações de remessa de mercadorias destinadas a armazém geral ou depósito fechado e de retorno ao estabelecimento remetente, quando situados no território do Estado;

Na oportunidade da defesa na instância prima, vê-se que a reclamante apresentou as notas fiscais eletrônicas emitidas pela matriz, informando como natureza da operação “retorno de merc. depósito fechado”, alegando que a diferença encontrada pela fiscalização se refere aos retornos para o depositante (estabelecimento matriz).

Em suas alegações, traz a autuada o argumento de que, pela falta de talonários no momento em que iniciou a operar com o depósito fechado, viu-se obrigada à emissão de notas fiscais eletrônicas pela matriz para acobertar as operações.

Analisando os documentos fiscais trazidos aos autos, verificamos que a única informação capaz de comprovar a alegação supra é a natureza da operação, posto inexistir no corpo das notas fiscais qualquer outra referência ao depósito fechado.

Não se pode perder de vista que, todavia, o RICMS/PB estabelece, inclusive, minuciosamente, os procedimentos a serem adotados nas operações com depósito fechado, nos artigos 590 a 594, abaixo transcritos:

*Art. 590. Na saída de mercadorias **com destino a depósito fechado do próprio contribuinte, localizado no Estado, será emitida nota fiscal** contendo os requisitos exigidos e, especialmente:*

(...)

*Art. 591. Na saída de mercadorias **em retorno ao estabelecimento depositante, remetidas por depósito fechado, este emitirá nota fiscal** contendo os requisitos exigidos e, especialmente:*

(...)

Art. 592. Na saída de mercadorias armazenadas em depósito fechado, com destino a outro estabelecimento, ainda que da mesma empresa, o depositante emitirá nota fiscal contendo os requisitos exigidos e, especialmente:

(...)

§ 1º Na hipótese deste artigo, o depósito fechado, no ato da saída da mercadoria, emitirá nota fiscal em nome do estabelecimento depositante, sem destaque do imposto, contendo os requisitos exigidos e, especialmente:

(...)

Art. 593. Na saída de mercadorias para entrega a depósito fechado, localizado neste Estado, pertencente à mesma empresa, o estabelecimento destinatário será considerado depositante, devendo o remetente emitir nota fiscal contendo os requisitos exigidos, indicando:

(...)

Art. 594. O depósito fechado deverá lançar no Registro de Inventário, separadamente, os estoques de cada estabelecimento depositante. (g.n.)

Além disso, consta dos autos que, no procedimento de auditoria, o auditor utilizou a Ficha Financeira para obter os valores das entradas e saídas e, da GIM, o estoque final, ou seja, confrontou os dados das informações fornecidas pelo próprio contribuinte, apurando diferença tributável.

Por outro lado, a legislação é clara ao elencar como hipótese de incidência a saída de mercadorias em depósito fechado do próprio contribuinte neste Estado, equiparando-a à saída do estabelecimento remetente, conforme os artigos 2º e 3º, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 5º Para os efeitos deste Regulamento, considera-se:

(...)

II - saída do estabelecimento remetente, a mercadoria remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte neste Estado:

a) no momento da saída da mercadoria do armazém geral ou depósito fechado, salvo se para

retornar ao estabelecimento de origem;

b) no momento da transmissão de propriedade da mercadoria depositada;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

III - da transmissão a terceiros de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

Destarte, concordamos com o posicionamento do julgador singular, o qual ao apresentar novo levantamento, excluiu as notas fiscais de retorno de depósito fechado, emitidas pela matriz, contudo, equivocou-se o mesmo quando afastou apenas as notas do período de outubro/2009, haja vista a existência de 16 (dezesseis) notas fiscais, no valor total de R\$ 238.987,24, para o período de setembro/2009.

Assim, apresentamos levantamento, no qual restou caracterizada diferença tributável no valor de R\$ 390.234,22, restringindo-se, todavia, ao valor de R\$ 347.944,22 - Base de Cálculo denunciada inicialmente na peça acusatória, pela impossibilidade de lavratura de Termo Complementar de Infração pelo término do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, findo em 31/12/2014.

Estoque Final: R\$ 113.778,72

Operações de Remessa: R\$ 886.562,59

Operações de Retorno: R\$ 382.549,65

(R\$ 760.326,78 – R\$ 238.987,24 (09/2009) - R\$ 138.789,89 (10/2009))

Diferença tributável: Remessa – Retorno – Estoque Final = R\$ 390.234,22

(R\$ 886.562,59 - R\$ 382.549,65 - R\$ 113.778,72)

Convém ressaltar que o aumento na diferença tributável se concretizou pela exclusão da nota fiscal nº 20, no período de 12/2009, no valor de R\$ 42.290,00, lançada no livro Registro de Saídas do depósito, grifada como “*remessa para novo endereço*”, que tinha sido considerada anteriormente pela fiscalização como retorno de remessa.

Este entendimento encontra guarida em julgados anteriores desta Casa, representados pela ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Constatada a aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais por depósito fechado, por meio do confronto entres entradas, saídas e estoques, sendo exigível o ICMS correspondente. Retificado o valor do imposto estadual mediante provas robustas. Crédito tributário extinto pelo pagamento.

Acórdão nº 450/2017

Relatora: CONS^a. NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

Alega a recorrente a esta instância a inexistência de repercussão tributária da conduta descrita no auto de infração em razão do regime tributário aplicável à mercadoria por ela comercializada, farinha de trigo, sujeita à substituição tributária, cujo imposto foi retido anteriormente.

Analisando as provas acostadas aos autos, não verificamos, todavia, a comprovação do argumento utilizado pela reclamante, capaz, no meu entendimento, de elidir a acusação imposta pela fiscalização.

Apresentou a autuada as notas fiscais eletrônicas de remessa e retorno do depósito fechado (*fls. 13 a 96*) e, diante da análise dos documentos fiscais, percebe-se que NÃO se comprova a falta de repercussão tributária alegada, tendo em vista a comercialização de mercadorias que não se sujeitam à substituição tributária, como é o caso da margarina, cacau em pó, granulado chocolate.

Concordo, entretanto, com a redução aplicada no valor da multa, visto que a penalidade proposta que teve por fundamento o art. 82 da Lei nº 6.379/96, sofreu alteração com o advento da Lei nº 10.008, de 05 de junho de 2013, reduzindo a sanção nele estabelecida, produzindo seus efeitos a partir de 01 de setembro de 2013.

No caso em tela, trata-se de ato pretérito não definitivamente julgado, devendo, portanto, ser aplicado às infrações insertas na inicial em conformidade com o disposto no art. 106, II, "c", do CTN, que autoriza a aplicação retroativa de sanções mais benéficas para os fatos ora em análise, em respeito ao Princípio da Legalidade. Senão vejamos:

Código Tributário Nacional

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (g.n.)

Lei nº 10.008/13

Art. 1º Os dispositivos da Lei nº 6.379, de 2 de dezembro de 1996, a seguir enunciados, passam a vigorar com as seguintes redações:

(...)

XII - o "caput" do inciso V do art. 82:

V - de 100% (cem por cento): (g.n.)

Assim, deve sofrer reparo o crédito tributário quanto à sanção aplicada, corrigindo-se a multa proposta na inicial, de 200%, para 100% do valor do ICMS.

Por fim, no que se refere à oitiva do Diretor da Recebedoria de Rendas de Campina Grande, perfilhamo-nos ao entendimento exarado no parecer, (fls. 195 a 201), da Procuradoria, supramencionado, pela impossibilidade diante da ausência de previsão na Lei nº 10.094/2013, do Processo Administrativo Tributário.

Este é o meu entendimento.

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *provimento parcial* do primeiro e *desprovimento* do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000686/2013-07, lavrado em 15/05/2013, contra a empresa G DIAS COMERCIAL LTDA., CICMS nº 16.125.615-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 118.301,04 (cento e dezoito mil, trezentos e um reais e quatro centavos), sendo R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), por infração aos artigos 106, 158, I e 160, I, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 59.150,52 (cinquenta e nove mil, cento e cinquenta reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, conforme fundamentos anteriormente expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de julho de 2018..

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora