



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

PROCESSO Nº1497762015-1

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:PB AÇOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP.

Repartição Preparadora:SUBG.DA REC.DE RENDAS DA GER. REG. DA 1ª REGIÃO.

Autuantes:FÁBIO OLIVEIRA GUERRA.

Relatora:CONS.ªTHAIS GUIMARÃES TEIXEIRA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. REMESSA PARA DEPÓSITO FECHADO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. PRELIMINAR AFASTADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A nulidade não deve ser decretada quando não restar provado o efetivo prejuízo à parte. Cabe o lançamento do imposto, nas remessas interestaduais para depósito fechado localizado em outra unidade da Federação.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001941/2015-92, lavrado em 28/10/2015, contra a empresa PB AÇOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., inscrição estadual nº 16.148.998-2, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.906.617,60 (dois milhões, novecentos e seis mil, seiscentos e dezessete reais e sessenta centavos), sendo R\$ 1.453.308,80 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oito reais e oitenta centavos), de ICMS, nos termos do art. 106, art. 4º, X; arts. 591 e 592, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 1.453.308,80 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oito reais e oitenta centavos), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2018.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, PETRONIO RODRIGUES LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (SUPLENTE)

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001941/2015-92, lavrado em 28/10/2015, contra a empresa PB AÇOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., inscrição estadual nº 16.148.998-2, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de 1º/3/2011 a 30/11/2012, consta a seguinte denúncia:

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

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE SE VERIFICOU PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS (ART. 4º, X; ARTS 591 E 592, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97), ALÉM DO ARTIGO DADO POR INFRINGIDO, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS, À TÍTULO DE REMESSA DE MERCADORIAS PARA DEPÓSITO FECHADO PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, SEM O DEVIDO DESTAQUE DO ICMS E POR CONSEQUÊNCIA SEM O DEVIDO RECOLHIMENTO.

Foi dado como infringido o art. 106 do RICMS/PB, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 2.906.617,60, composto de R\$ 1.453.308,80, de ICMS, e R\$ 1.453.308,80, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 11/11/2015, a autuada, através de advogados, apresentou Reclamação, em 10/12/2015 (fls. 22-28).

Com informação de antecedentes fiscais, porém, sem caracterizar reincidência, os autos foram conclusos (fl. 34), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal (fls. 41-45).

Cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 7/10/2016 - AR (fl. 48), o contribuinte interpôs recurso voluntário perante este Colegiado, em 4/11/2016 (fls. 50-57), expondo os seguintes pontos:

Argui, em preliminar, a nulidade da acusação, em razão de não ter sido oferecida a possibilidade de o contribuinte acompanhar os trabalhos de fiscalização, contrapondo o art. 643, §1º, do RICMS/PB.

No mérito, afirma que não há incidência do ICMS quando da transferência de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular, aludindo desrespeito ao art. 4º, VI, do RICMS/PB.

Ao final requer a reforma da decisão singular para que seja declarado totalmente improcedente o auto de infração.

Requer, ainda, a sustentação oral de suas razões por ocasião do julgamento, devendo ser intimado o seu advogado, Túlio José de C. Carneiro, pelo telefone 9305-0487.

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

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *voluntário* interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001941/2015-92, lavrado em 28/10/2015, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

Preliminar

Ressalte-se, preambularmente, que na peça acusatória estão delineadas as formalidades prescritas na legislação tributária, não se inserindo, portanto, em nenhum dos casos de nulidade elencados no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), abaixo transcritos:

CTN.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei nº 10.094/2013.

Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício,

pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

No caso dos autos, a autuada tomou ciência de que havia um processo de fiscalização em curso, quando foi notificada a apresentar documentação referente à Ordem de Serviço que gerou o presente lançamento fiscal (*fl. 10*), sendo-lhe facultada, a todo tempo, vista ao processo, como prevê o art. 700, II, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 700. *O preparo dos processos é atribuído à repartição arrecadadora da localidade em que ocorrer a sua instauração, compreendendo:*

(...)

II – a "vista" do processo aos acusados e aos autores

Na verdade, o sujeito passivo apresentou defesa nas duas instâncias administrativas, demonstrando pleno conhecimento da acusação, não havendo que se falar em nulidade por cerceamento de defesa.

Neste sentido, conforme o Código Civil, a nulidade só deverá ser decretada quando houver um efetivo prejuízo à defesa da parte, devendo, antes, serem tomadas as providências para saneamento dos atos atingidos, como estabelece o art. 249 e §1º do CC:

Art. 249. *O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.*

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. (g.n.).

Esse entendimento é seguido nos tribunais superiores dentro do princípio *pas nullités sans grief*, a exemplo do julgamento do REsp 806153 RS 2005/0212048-0 (STJ):

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ausência de ilegalidade e lesividade. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. FATO NOVO SUPERVENIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 492 DO CPC . **JUNTADA DE DOCUMENTO. VISTA À PARTE CONTRÁRIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.** 1. A nulidade do julgado, por suposta ofensa ao art. 398 do CPC , não ocorre pela ausência de intimação de uma das **partes**, para manifestação acerca de **documentos juntados** aos autos pela **parte** adversa, salvo comprovação de efetivo prejuízo para os fins de justiça do processo, à luz do princípio *pas des nullités sans grief*. Precedentes do S.T.J: REsp 868.688/MG, DJ 22.10.2007; AgRg no Ag 782446/RJ, DJ 20.09.2007 e REsp 902431/RS, DJ 10.09.2007. 2. O princípio da instrumentalidade das formas revela que: "as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas a risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados".

Assim, afasto a preliminar por não vislumbrar nos autos qualquer prejuízo à defesa da parte.

Mérito

A presente acusação se refere à Falta de Recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte ter efetuado transferências de mercadorias para depósito fechado situado em outra Unidade da Federação, sem efetuar o destaque do ICMS relativo à operação.

Cabe considerar que a legislação do ICMS do Estado da Paraíba, apenas, prevê a não incidência do imposto, nas operações destinadas a depósito fechado localizado dentro do Estado, ou o seu retorno ao estabelecimento de origem, conforme disciplinado no art. 4º, X, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

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.

Sendo este o caso, deverá ser emitida Nota Fiscal atendendo ao estabelecido no art. 590 do RICMS/PB, como se segue:

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:

I - valor das mercadorias;

II – natureza da operação: "outras saídas - remessa para depósito fechado";

*III - **dispositivos legais que prevêm a não incidência do imposto. (g.n.).***

No entanto, o caso em exame trata de remessa de mercadoria para depósito fechado localizado em outra Unidade da Federação, devendo ser aplicado o art. 3º, I, do RICMS/PB, que prevê a incidência do imposto nessas situações, *verbis*:

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Mantida a acusação na primeira instância, a recorrente vem alegar que não há incidência do ICMS quando da transferência de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular, se socorrendo do exposto no art. 4º, VI, do RICMS/PB, que prevê a não incidência do ICMS nas *operações de qualquer natureza decorrentes da transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie.*

No entanto, não estamos aqui tratando de mudança de titularidade do estabelecimento, mas de transferência de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular localizado em outra unidade da Federação, onde deve ser aplicado o art. 3º, I, do RICMS/PB, anteriormente mencionado.

Considere-se, ainda, que a recorrente registrou nos livros fiscais os créditos devidos pelas aquisições dessas mercadorias, portanto, a incidência prevista no dispositivo acima nomeado, também, teria o condão de estornar os referidos créditos, em razão das transferências realizadas, com finalidade de manter a não cumulatividade do imposto, na forma do art. 85, I, do RICMS/PB,

como se segue:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o disposto no § 6º:

I - for objeto de saídas não sujeitas ao imposto, por isenção, não incidência ou redução de base de cálculo, sendo esta circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito.

Tal entendimento está em consonância com o parecer emitido pela Procuradora Sancha Maria F C R de Alencar, assessora jurídica deste Colegiado (fls. 65-73), que, também, expôs sobre a inviabilidade de aplicação da Súmula 166/STJ.

No tocante à multa, foi, corretamente, aplicada a penalidade prevista no art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzido:

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):

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, argumentando que é desproporcional e desarrazoada, cabe ressaltar que foge à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Dessa forma, ratifico os valores fixados na instância singular, por considerar que se procedeu de acordo com as provas constantes dos autos e os ditames da legislação tributária.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001941/2015-92, lavrado em 28/10/2015, contra a empresa PB AÇOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., inscrição estadual nº 16.148.998-2, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 2.906.617,60 (dois milhões, novecentos e seis mil, seiscentos e dezessete reais e sessenta centavos), sendo R\$ 1.453.308,80 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oito reais e oitenta centavos), de ICMS, nos termos do art. 106, art. 4º, X; arts. 591 e 592, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 1.453.308,80 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oito reais e oitenta centavos), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sala de
Sessões, Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2018.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora