



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO 1499992016-6

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE/S.A

Repartição Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE PRIMEIRA CLASSE - ALHANDRA

Autuante: MONICA JANSEN CORREA DE ARAUJO

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONCALVES CHAVES

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RECOLHIDO A MENOR – CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - PAGAMENTO PARCIAL COMPROVADO – ALTERADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A comercialização de energia elétrica é legal e tem previsão para tanto, logo, o ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA deve ser recolhido com a alíquota interna praticada no Estado da Paraíba, em sendo constatado o recolhimento a menor, o contribuinte substituído deve efetuar o recolhimento da diferença. In casu, restou comprovado o recolhimento da diferença do ICMS ST para três notas fiscais.

Aplicação do Art. 150 § 4º do CTN para fundamentar a decadência para a competência 10/2009. Demais lançamentos constituídos antes do período decadencial para a Inscrição Estadual substituída.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002040/2016-07, lavrado em 20 de outubro de 2016, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A. (CCICMS: 16.027.016-2), condenando-a ao pagamento de R\$ R\$ 1.088.043,05 (um milhão, oitenta e oito mil, quarenta e três reais e cinco centavos) sendo, R\$ 544.021,53 (quinhentos e quarenta e quatro mil, vinte e um reais e cinquenta e três centavos) a título de ICMS por infringência aos arts. 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07 e R\$ 544.021,53 (quinhentos e quarenta e quatro mil, vinte e um reais e cinquenta e três centavos), a título de multa, cujo valor teve por arrimo art. 82, V, “c” da Lei 6.379/96. Ao mesmo tempo, mantém cancelado o montante de R\$ 193.522,16 (cento e noventa e três mil, quinhentos e vinte e dois reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 96.761,08 (noventa e

seis mil, setecentos e sessenta e um reais e oito centavos) de ICMS e o mesmo valor de multa por infração e, acrescido a este valor o montante de R\$ 640.850,58 (seiscentos e quarenta mil, oitocentos e cinquenta reais e cinquenta e oito centavos), sendo R\$ 320.425,29 (trezentos e vinte mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e vinte e nove centavos) a título de ICMS e o mesmo montante a título de multa por infração, perfazendo um total cancelado de R\$ 834.372,74 (oitocentos e trinta e quatro mil, trezentos e setenta e dois reais e setenta e quatro centavos).

P.R.I

Tribunal Pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, PETRONIO RODRIGUES LIMA, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e GÍLVIA DANTAS MACEDO.

Assessor Jurídico

Relatório

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002040/2016-07, lavrado em 20 de outubro de 2016, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A. (CCICMS: 16.027.016-2), em razão de irregularidade, identificada nos exercícios de 2009 a 2010, abaixo citada:

- FALTA DE LANÇAMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte substituído ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem a devida retenção do imposto devido.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE ADQUIRIU ENERGIA ELÉTRICA E RECOLHEU ICMS ST EM

OPERAÇÕES INTERESTADUAIS (BA/PB), BASEADO NA ALÍQUOTA DE 20%, QUANDO O CORRETO SERIA 25%, DE ACORDO COM ART. 13, VII DO RICMS/PB, FUNDAMENTO NO CONVÊNIO 83/00.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 1.922.415,78, sendo R\$ 961.207,89 de ICMS e o mesmo valor referente à penalidade de multa, tendo como descumprimento ao art. 399, VI, c/fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07, cujo valor da penalidade teve por arrimo o art. 82, V, “c” da Lei 6.379/96.

Demonstrativos instruem o processo às fls. 4 a 10. O presente auto de infração corresponde a um novo feito fiscal, lavrado por demanda do Conselho de Recursos Fiscais em substituição ao auto de infração Nº 93300008.09.00001802/2014-88 lavrado em 7/10/2014 que foi julgado nulo por vício formal, para que houvesse a devida determinação da pessoa do infrator. Entretanto, o Conselheiro relator do Acórdão Nº 069/2016, acordou com a supervisora da NAST da GOSTEX e com o fazendário autuante em manter no polo passivo o contribuinte substituído, VOTORANTIM PB IE: 16.027.016-2, alterando a tipificação descrita na natureza da infração, retirando a expressão “reteve” para “adquiriu” no campo da nota explicativa constante do auto e acrescentando como responsável solidário o contribuinte substituto.

Cientificado da autuação por via postal, fl. 11, recepcionado em 18/11/2016, a recorrente se manifestou, tempestivamente, apresentando peça reclamatória protocolada em 12/12/2016, fls. 18 a 28, com anexos às fls. 29 a 105.

Em breve síntese, a reclamante requer a nulidade da autuação, sob o fundamento de que o período de outubro de 2009 a abril de 2010 estaria alcançado pelo instituto da decadência, com base em um parecer emitido pela Gerência Operacional de Fiscalização da Substituição Tributária e Comércio Exterior – GOSTEX destinado à empresa a qual deveria ter efetuado a retenção (Substituta) e que as notas fiscais remanescentes, quais sejam: NF 103 de 28/5/2010, NF 111 de 25/6/2010 e a NF 116 de 23/7/2010 foram pagas por meio das GNREs nº 5000000000760988, 5000000000766212 e 5000000000765978 com suas respectivas correções, desta forma, a presente autuação não merece prosperar.

Com informações de não haver antecedentes fiscais relacionados com a acusação em tela, fls 106 e 107, foram os autos conclusos, remetidos à instância prima, e distribuídos à julgadora fiscal, ELIANE VIEIRA BARRETO COSTA, que decidiu pela parcial procedência da autuação, condenando-a ao pagamento do crédito tributário de R\$ 1.728.893,62 (um milhão, setecentos e vinte e oito mil, oitocentos e noventa e três reais e sessenta e dois centavos), de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RECOLHIDO A MENOR – CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO.

- O contribuinte adquiriu energia elétrica e recolheu ICMS ST em operações interestaduais (BA/PB), baseado na alíquota de 20%, quando o correto seria 25%, de acordo com o art. 13, VII do RICMS-PB, conforme convênio 83/00.

- Acolho a preliminar de decadência referente ao período de 23/10/2009 a 23/10/2009 na forma

prevista pelo art. 22, §3º da Lei nº 10.094/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular, por edital, fl. 129, publicado em 1º/11/2017, a autuada não se manifestou no prazo regulamentar, foram os autos remetidos a esta corte e distribuído a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento do presente Recurso Hierárquico.

Eis o relatório.

V O T O

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, porquanto constatou que o período de 10/2009 estaria alcançado pelo instituto da decadência, fato este, que reduziu o crédito tributário em um montante de R\$ 193.522,16 (cento e noventa e três mil, quinhentos e vinte e dois reais e dezesseis centavos).

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

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.

Preliminarmente, em via impugnatória, a Recorrente entende que o auto de infração estaria comprometido pelo instituto da decadência, mais precisamente entre o período de outubro de 2009 a abril de 2010, com base no que dispõe o art. 150 § 4º do CTN.

É cediço que a decadência se traduz, em linhas gerais, como sendo a perda do direito, por parte do ente público, sujeito ativo de determinado tributo, por intermédio de sua autoridade competente, de promover o lançamento tributário. Esta consiste em um dos pontos de maior relevância para a segurança jurídica, não permitindo o diferimento, ao longo do tempo, do dever de agir da autoridade administrativa, promovendo a estabilização da relação Fazenda Pública x Contribuinte.

Assim, este instituto jurídico tem o condão de impedir que as relações jurídicas perdurem indefinidamente, sem termo final, dando-lhes maior segurança jurídica.

O CTN trata da decadência em seu art. 173, estipulando o prazo e nos seus incisos, de forma geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito do Estado em efetuar o lançamento tributário, abaixo transcrito:

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

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

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

Parágrafo único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Também o CTN, por outro lado, no artigo 150, § 4º, estipula o prazo de cinco anos para a Fazenda Pública se pronunciar a respeito da homologação do pagamento do imposto, caso a lei não fixe outro prazo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4.º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Este último se reporta a um prazo concedido à Fazenda Pública, considerando os casos em que houver a participação efetiva da contribuinte no recolhimento do imposto. Trata-se, de dispositivo normativo de prazo para homologação de lançamento de imposto, se prestando, portanto, a análise decadencial para lançamento de crédito tributário ora analisado, tendo em vista a declaração transmitida pela recorrente, assim como, houve pagamento do valor por ela entendido como correto.

E é exatamente o que se vislumbra da vasta jurisprudência trazida à baila pela recorrente, que demonstra a análise do prazo decadencial pelo art. 150, §4º, do CTN, para os impostos por homologação, tratando-se de pagamento total ou parcial deste, dispondo ao Estado então do prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para dizer se concorda ou não com o valor pago pela recorrente. Concordando dentro desse prazo, ocorreria sua homologação expressa, ou tácita diante da ausência de manifestação.

Portanto, observando que o lançamento fiscal foi consolidado com a ciência da empresa autuada do auto de infração AI Nº 93300008.09.00001802/2014-88, **lavrado em 7/10/2014** o qual foi julgado nulo por vício formal, por meio do acórdão Nº 069/2015 em março de 2016, todavia, ressalvado o direito de a Fazenda Pública constituir novo lançamento no prazo de 5 anos contados da data em que a decisão declaratória de nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa, conforme art. 18 da Lei nº 10.094/2013, o qual peço vênia para transcrever:

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Desta forma, podemos constatar que o parecer emitido pela GOSTEX, conforme mencionado na impugnação e destinado ao contribuinte substituto, já não teria mais efeito, tendo em vista as disposições mencionadas acima.

Todavia, com relação ao período de outubro de 2009, corroboro com o entendimento da primeira instância, considerando como alcançado pelo instituto da decadência. Levando em consideração, também, que o ICMS é um imposto calculado por apuração mensal, independe a data de emissão da nota fiscal dentro do mês.

Superados os aspectos formais, passemos ao mérito.

A acusação em tela versa sobre o recolhimento a menor de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA na operação de compra de energia elétrica, o contribuinte efetuou a compra de energia elétrica e o ICMS ST retido foi calculado com base na alíquota de 20%, enquanto que a legislação estabelece alíquota de 25% com base no art. 13, VII do RICMS-PB:

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

VII - 25% (vinte cinco por cento), no fornecimento de energia elétrica para consumo mensal acima da faixa de 50 (cinquenta) quilowatts/hora.

No libelo acusatório, consta como infringido o artigo 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II do RICMS-PB, abaixo transcritos:

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

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

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

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

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

Desta forma, resta comprovada a capacidade da recorrente em figurar como polo passivo da autuação, assim como responsável por efetuar o recolhimento da diferença do ICMS ST recolhido a menor em favor do Estado da Paraíba.

Na impugnação, a recorrente aduz que efetuou o recolhimento referente às notas fiscais: NF 103 emitida em 28/05/2010, NF 111 emitida em 25/06/2010 e da NF 116 emitida em 23/07/2010, por meio da GNRE nº 5000000000760988 com NF complementar nº 513 emitida em 2/6/2015, fls 97 e 98; GNRE nº 5000000000765879 com NF complementar nº 514 emitida em 2/6/2015, fls. 99 e 100, e GNRE nº 5000000000766212 com NF complementar nº 515 emitida em 2/6/2015, fls. 101 e 102.

No entanto, na primeira instância, a julgadora singular, entendeu que não haveria como vincular esses pagamentos às respectivas notas, conforme trecho da decisão, a qual transcrevo abaixo:

“Com relação aos pagamentos das GNRE nº 5000000000760988, 5000000000766212 e 5000000000765879 apresentados na impugnação não há como vincular aos lançamentos efetivados pelo presente auto de infração, pois esses pagamentos foram efetuados de forma espontânea durante o curso da tramitação administrativa do contencioso fiscal iniciado em 07/10/2014 com a lavratura do AI nº 93300008.09.000018002/2014-88.”

Todavia, em busca da verdade real e da concretização da efetiva justiça fiscal, com todo respeito à Ilma. Julgadora, peço vênias para discordar do seu entendimento, pois, tanto na GNRE como na nota fiscal complementar há como vincular os pagamentos às notas fiscais mencionadas no auto de infração, é possível observar que nas três GRNEs há o número do documento de origem, esse número é exatamente a chave de acesso das notas fiscais 103, 111 e 116, respectivamente, assim como, nas notas fiscais complementares, as quais deram suporte para emissão das GNREs consta detalhadamente o motivo do complemento e as notas referendadas.

Importante ressaltar que os valores originais foram recolhidos com multa e juros e, antes da lavratura do novo auto de infração, os recolhimentos das guias foram realizados em 27/5/2015 e

5/6/2015, e o auto de infração ora analisado fora lavrado em 20/10/2016, ou seja, resta comprovada a regularidade dos pagamentos, não tendo como não considerá-los.

Ante o exposto, segue o demonstrativo do crédito fiscal:

Ex positis,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, alterando, de ofício, quanto aos valores, a sentença prolatada na instância singular, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002040/2016-07, lavrado em 20 de outubro de 2016, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A. (CCICMS: 16.027.016-2), condenando-a ao pagamento de R\$ R\$ 1.088.043,05 (um milhão, oitenta e oito mil, quarenta e três reais e cinco centavos) sendo, R\$ 544.021,53 (quinhentos e quarenta e quatro mil, vinte e um reais e cinquenta e três centavos) a título de ICMS por infringência aos arts. 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/07 e R\$ 544.021,53 (quinhentos e quarenta e quatro mil, vinte e um reais e cinquenta e três centavos), a título de multa, cujo valor teve por arrimo art. 82, V, “c” da Lei 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 193.522,16 (cento e noventa e três mil, quinhentos e vinte e dois reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 96.761,08 (noventa e seis mil, setecentos e sessenta e um reais e oito centavos) de ICMS e o mesmo valor de multa por infração e, acrescento a este valor o montante de R\$ 640.850,58 (seiscentos e quarenta mil, oitocentos e cinquenta reais e cinquenta e oito centavos), sendo R\$ 320.425,29 (trezentos e vinte mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e vinte e nove centavos) a título de ICMS e o mesmo montante a título de multa por infração, perfazendo um total cancelado de R\$ 834.372,74 (oitocentos e trinta e quatro mil, trezentos e setenta e dois reais e setenta e quatro centavos).

Tribunal Pleno. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Conselheira Relatora