

PROCESSO Nº 1773432017-1
ACÓRDÃO Nº 0256/2021
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: SAFRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
SEFAZ - CAMPINA GRANDE
Autuante: JOSENILDA PALMEIRA GOMES DA SILVA
Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE
RECOLHIMENTO - DENÚNCIA CONFIGURADA - AUTO DE
INFRAÇÃO PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO
RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

*O contribuinte que adquire mercadorias sujeitas ao regramento da
substituição tributária sem a devida retenção é responsável pelo
pagamento do imposto, em observância ao que prescreve o artigo 391,
§§ 5º e 7º, II, do RICMS/PB.*

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

A C O R D A M Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de
Recursos Fiscais, 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 desprovemento, para manter
inalterada a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento
nº 93300008.09.00002869/2017-82, lavrado em 5 de dezembro de 2017 em desfavor da
empresa SAFRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., condenando-a ao pagamento do
crédito tributário no valor total de R\$ 45.228,08 (quarenta e cinco mil, duzentos e vinte e oito
reais e oito centavos), sendo R\$ 22.614,04 (vinte e dois mil, seiscentos e catorze reais e quatro
centavos) de ICMS, por afronta ao artigo 399, VI c/ fulcro no artigo 391, §§ 5º e 7º, II, ambos
do RICMS/PB e R\$ 22.614,04 (vinte e dois mil, seiscentos e catorze reais e quatro centavos) a
título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, 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 25 de maio de 2021.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE) E RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico



Processo nº 1773432017-1

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: SAFRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSENILDA PALMEIRA GOMES DA SILVA

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO – DENÚNCIA CONFIGURADA – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

O contribuinte que adquire mercadorias sujeitas ao regramento da substituição tributária sem a devida retenção é responsável pelo pagamento do imposto, em observância ao que prescreve o artigo 391, §§ 5º e 7º, II, do RICMS/PB.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002869/2017-82, lavrado em 5 de dezembro de 2017 em desfavor da empresa SAFRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., inscrição estadual nº 16.138.298-3.

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

0036 – FALTA DE RECOLHIMENTO 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.

Em decorrência deste fato, a representante fazendária, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto no artigo 399, VI c/ fulcro no artigo 391, §§ 5º e 7º, II, ambos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 45.228,08 (quarenta e cinco mil, duzentos e vinte e oito reais e oito centavos), sendo R\$ 22.614,04 (vinte e dois mil, seiscentos e catorze reais e quatro centavos) de ICMS e R\$ 22.614,04 (vinte e dois mil, seiscentos e catorze reais e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 4 a 8.

Depois de cientificada por via postal em 12 de dezembro de 2017 (fls. 9), a autuada, por intermédio de seus advogados, apresentou, em 28 de dezembro de 2017,

impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual alega, em síntese, que:

- a) Não realizou as operações descritas nas notas fiscais de nº 23193 e 9083, emitidas pela empresa Garcias Comércio e Serviços Ltda ME em 22/8/2017 e 18/8/2017, respectivamente;
- b) Estes documentos foram emitidos à revelia da autuada;
- c) Nunca estabeleceu contato algum com a empresa emitente dos documentos que embasaram a acusação e jamais adquiriu mercadorias comercializadas por aquela empresa;
- d) A autuada formalizou um boletim de ocorrência na Central de Polícia Civil de Campina Grande – PB para que fosse feita a investigação do caso;
- e) Após registrar o B. O. na delegacia, a empresa, antes do lançamento, protocolizou, na Recebedoria de Rendas de Campina Grande, uma petição por meio da qual relata os fatos ocorridos e requer providências, solicitando a revisão de fatura relativamente às citadas notas fiscais;
- f) Em resposta à provocação administrativa, o Fisco Estadual emitiu parecer pelo indeferimento dos pedidos, sob o argumento de que o boletim de ocorrência não fazia prova dos fatos narrados;
- g) A defendente intentou pedido de reconsideração da decisão que indeferiu seu pedido de revisão de fatura, porém também não logrou êxito. Sendo assim, submeteu a resolução do caso em questão ao crivo do poder judiciário (Mandado de Segurança Preventivo nº 0817158-48.2017.8.15.0001), em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública de Campina Grande;
- h) Em contraponto a qualquer argumentação norteadas pelo art. 54, § 2º, da Lei nº 10.094/13, é de se expor a impossibilidade da aplicação do referido artigo na presente contenda, uma vez que, em que pese ter a autuada ingressado com ação judicial versando sobre o caso em debate, esta teve caráter eminentemente preventivo.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 38 e 39)¹, foram os autos conclusos (fls. 87) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.
MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. PRODUTO DO ANEXO 05 DO RICMS/PB.
ALEGAÇÃO DE FRAUDE. ÔNUS DA PROVA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO**

¹ Reincidência não configurada, haja vista os dispositivos legais apontados como infringidos no Auto de Infração não guardarem correspondência com aqueles consignados no Termo de Antecedentes Fiscais juntado às fls. 38 e 39.

**373, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUTO DE INFRAÇÃO.
PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.**

1. Confirmada a infração de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária pelo contribuinte substituído, adquirente de mercadorias constantes do Anexo 05 do RICMS/PB, materiais de construção, sem a retenção e recolhimento do imposto, contrariando os art. 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II, bem como o Convênio ICMS 52/17, o Protocolo ICMS 85/2011 e o Decreto nº 33.808/13.
2. Ao alegar que não recebeu as mercadorias em virtude de fraude, deve a Impugnante comprovar suas afirmações, pois o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, pela inteligência do artigo 373, inciso II do código de processo civil, não sendo suficiente para tal desiderato apenas a apresentação de Boletim de Ocorrência policial.
3. O auto de infração que constitui crédito tributário com base em notas fiscais eletrônicas autorizadas e armazenadas no Banco de Dados da Secretaria da Fazenda, guarda a presunção de legitimidade existente nos atos da Administração Pública, necessitando de contraprova contundente para sua desconstituição.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 18 de novembro de 2020 e inconformada com os termos da sentença, a autuada apresentou, em 18 de dezembro de 2018, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio do qual reprisa os argumentos trazidos em sua impugnação e requer, ao final:

- a) O recebimento do recurso voluntário e o seu acolhimento para, como forma de justiça fiscal, se reconhecer a improcedência do Auto de Infração nº 93300008.09.00002869/2017-82;
- b) Que a intimação acerca do resultado do julgamento seja também direcionada aos procuradores ora constituídos no exercício de representação da recorrente.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise nesta corte o Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa SAFRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., que visa a exigir crédito tributário decorrente de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, em virtude de o contribuinte haver adquirido mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem a devida retenção do tributo por parte do substituto tributário.

Segundo a auditora fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00006737/2017-80, o sujeito passivo, na condição de substituído tributário, ao deixar de recolher o ICMS – ST devido quando das aquisições dos produtos relacionados nas notas fiscais nº 9083 (fls. 7) e 23193 (fls. 8), teria afrontado as disposições estabelecidas nos artigos 391, §§ 5º e 7º, II e 399, VI, ambos do RICMS/PB², *in verbis*:

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

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

II - contratante de serviço ou terceiro, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de que participem (Lei nº 7.334/03);

(...)

IV – ao remetente da mercadoria, pelo pagamento do imposto devido na prestação de serviço de transporte contratado junto a transportador autônomo ou a empresa transportadora de outra unidade da Federação, não inscrita neste Estado.

(...)

§ 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.

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.

² Redações vigentes à época dos fatos.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a indicação da recorrente para figurar no polo passivo encontra amparo na legislação tributária do Estado da Paraíba, por força do que estabelecem os artigos 38, IV; 41, § 4º e 391, § 5º³, todos do RICMS/PB:

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

(...)

IV - os adquirentes, em relação a mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte;

Art. 41. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e seus acréscimos legais na condição de sujeito passivo por substituição:

(...)

§ 4º. Nas entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária, o destinatário é solidariamente responsável com o remetente substituto pelo recolhimento do imposto relativo às operações e prestações subsequentes.

Registre-se que a recorrente não contesta sua condição de responsável.

No que se refere ao enquadramento dos produtos no regramento da substituição tributária, bem como à sistemática de cálculo do tributo devido, também não foi apontada, pela atuada, qualquer inconsistência no levantamento realizado pela fiscalização.

O que a recorrente busca demonstrar é que não realizou operações com a empresa emitente das notas fiscais nº 9083 e 23193 e, por este motivo, não poderia figurar no polo passivo da relação tributária.

Antes de enfrentarmos a matéria, importa destacarmos que o fato de o sujeito passivo haver impetrado o Mandado de Segurança nº 0817158-48.201.8.15.001 na 2ª Vara da Fazenda Pública de Campina Grande não importa renúncia às instâncias administrativas, pois, como bem pontuado pelo diligente julgador singular, “*o mandado de segurança em deslinde tem como pedido liminar que a autoridade coatora se abstenha de promover quaisquer efeitos de medidas extralegais em face de inscrição em dívida ativa. Por este motivo, como afirmou a defendente, o mandado de segurança não teve por objeto a desconstituição do crédito tributário (...).*”

Sobre o tema, vejamos o que prescreve o § 2º do artigo 54 da Lei nº 10.094/13:

Art. 54. O Processo Administrativo Tributário contencioso desenvolve-se, ordinariamente, em duas instâncias, para apreciação e julgamento das questões surgidas entre os contribuintes e a Fazenda Estadual, relativamente à interpretação e à aplicação da legislação tributária.

³ Não reproduzimos o teor do artigo 391, § 5º em razão de já haver sido transcrito anteriormente.

(...)

§ 2º Para efeito do § 1º deste artigo, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (g. n.)

Segundo a jurisprudência pátria, o que delimita o objeto da ação é o pedido e o seu fundamento jurídico.

Considerando que a ação impetrada no judiciário tem objeto distinto do processo administrativo, não há que se falar em renúncia às instâncias administrativas de julgamento.

Retornando ao mérito, é incontestável o fato de que o contribuinte buscou demonstrar a inexistência dos fatos geradores que motivaram a denúncia descrita na inicial, chegando a registrar boletim de ocorrência com vistas a comprovar a não realização de negócios jurídicos entre a autuada e a empresa Garcias Comércio e Serviços Ltda (C.N.P.J. nº 10.496.254/0001-04).

Em que pese a tentativa de provar que não adquiriu as mercadorias assinaladas nos referidos documentos fiscais, o fato é que o procedimento adotado pelo sujeito passivo, no estágio em que se encontra, é insuficiente para ilidir o lançamento tributário consignado no Auto de Infração, uma vez que não se constitui prova inequívoca de que as operações não ocorreram.

Isto porque as notas fiscais que embasaram a acusação são documentos eletrônicos, os quais tiveram suas emissões autorizadas pelo Fisco do Estado de domicílio da empresa emitente, sendo, portanto, documentos autênticos e dotados de validade jurídica, indicando que as operações a que se referem se realizaram efetivamente.

Assim, para desconstituí-las como provas no caso destes autos, far-se-ia necessária a comprovação irrefutável de que as operações por elas acobertadas não se efetivaram.

Este entendimento também é referendado pela jurisprudência do Egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, conforme bem demonstrado pelo ilustre julgador fiscal às fls. 47 e 48.

Ainda quanto à matéria, merece registro o seguinte fragmento da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0817158-48.2017.815.0001 que denegou a segurança, *litteris*:

“In casu, em que pese as alegações autorais, consta nos autos apenas como meio de prova da suposta fraude um Boletim de Ocorrência, o qual foi produzido de forma unilateral não teria o condão probante hábil a atestar as alegações autorais de fraude sobre a emissão das notas fiscais em questão. Não há notícias nos autos de

abertura de inquérito policial com o fito de investigar a suposta fraude, tampouco processo criminal advindo do inquérito.

Assim, apesar das suas alegações, a impetrante não juntou aos autos provas que atestem de maneira inconteste que a compra de materiais não fora feita pelo impetrante. Ressalte que, as NFe acostadas ao id. 9905894, pag. 07 e 08, tratam-se de vendas de materiais utilizados no ramo comercial do impetrante, tais como canos, rolos de telas, mangueiras, etc, não havendo nos autos prova irrefutável de que as notas fiscais não foram decorrentes de relação comercial entre o impetrante e a empresa emissora da nota.”

Neste diapasão, conclui-se que apenas a negativa de aquisição não é suficiente para afastar a denúncia.

Eventuais emissões indevidas, quando devidamente comprovadas, podem, caso seja de interesse da recorrente, demandar ações judiciais para reparação dos danos eventualmente por ela suportados.

Confirmada a procedência da acusação, cabível a imposição da penalidade insculpida no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96:

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):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

Quanto ao pedido para que as intimações sejam endereçadas aos patronos da recorrente, destacamos que, aos contribuintes que não mais se encontrem com inscrição estadual ativa, a Lei nº 10.094/13, em seu artigo 11, § 10, atribui ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS a prerrogativa de indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes ao processo do qual seja parte.

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), encaminhado ao domicílio tributário do sujeito passivo, observados os §§ 2º, 9º e 10 deste artigo;

(...)

§ 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.

Acrescido o § 10 ao art. 11 pela alínea “a” do inciso II do art. 5º da Lei nº 11.247/18 - DOE de 14.12.18. OBS: efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019.

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo. (g. n.)

Em consulta ao Sistema ATF da SEFAZ/PB, constatamos que o contribuinte possui inscrição estadual ativa, motivo pelo qual não se mostra aplicável o disposto no § 10 do artigo 11 da Lei nº 10.094/13.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002869/2017-82, lavrado em 5 de dezembro de 2017 em desfavor da empresa SAFRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 45.228,08 (quarenta e cinco mil, duzentos e vinte e oito reais e oito centavos), sendo R\$ 22.614,04 (vinte e dois mil, seiscentos e catorze reais e quatro centavos) de ICMS, por afronta ao artigo 399, VI c/ fulcro no artigo 391, §§ 5º e 7º, II, ambos do RICMS/PB e R\$ 22.614,04 (vinte e dois mil, seiscentos e catorze reais e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, 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 25 de maio de 2021.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator