



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

Processo nº 156.394.2014-6

Acórdão nº 069/2016

Recurso HIE/CRF-217/2015

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE ALHANDRA.

Autuante: MÔNICA JANSEN C. DE ARAÚJO.

Relator: JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDA A MENOR. ERRO NA INDICAÇÃO DA PESSOA DO INFRATOR. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A indicação de pessoa distinta daquela que legislação elegeu como responsável pela obrigação tributária e face do qual deveria realizar o lançamento indiciário, acarreta a sua nulidade por vício formal, ressalvada a possibilidade de outra medida acusatória, na forma regulamentar.

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

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **NULO, por VÍCIO FORMAL**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000001802/2014-88**, lavrado em 7.10.2014, contra a empresa **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob o nº **16.027.016-2**, devidamente qualificado nos autos, eximindo-o de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Porém, deve a Fazenda Estadual proceder à realização de um novo feito fiscal, com a determinação da devida pessoa do infrator, na dicção do art. 41, inciso III da Lei nº 10.094/2013, excetuando o período atingido pela decadência, na forma prevista pelo artigo 22, §3º do mesmo diploma.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

2016. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de março de

João Lincoln Diniz Borges

Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVERA LIMA, roberto farias de araújo, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

Assessora Jurídica

Recurso HIE /CRF nº 217/2015

Recorrente : GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida : VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE ALHANDRA.

Autuante : MÔNICA JANSEN C. DE ARAÚJO.

Relator : JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDA A MENOR. ERRO NA INDICAÇÃO DA PESSOA DO INFRATOR. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A indicação de pessoa distinta daquela que legislação elegeu como responsável pela obrigação tributária e face do qual deveria realizar o lançamento indiciário, acarreta a sua nulidade por vício formal, ressalvada a possibilidade de outra medida acusatória, na forma regulamentar.

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

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, Recurso **HIERÁRQUICO** interposto contra decisão monocrática, que julgou **NULO** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 933000008.09.000001802/2014-88, lavrado em 7/10/2014, onde a empresa acima identificada é acusada da seguinte irregularidade:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

NOTA EXPLICATIVA:

CONTRIBUINTE RETEVE ICMS ST DE ENERGIA ELÉTRICA RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS (BA/PB) BASEADO NA ALÍQUOTA DE 20%, QUANDO O CORRETO SERIA 25%, DE ACORDO COM ART. 13, VII DO RICMS/PB. FUNDAMENTO CONVÊNIO 83/00.

Por considerar infringidos os artigos 395 c/c 397, II c/fulcro no art. 399, ambos do RICMS/PB, a autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 961.207,89, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 961.207,89, nos termos dos artigos 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 1.922.415,78.

Regularmente cientificada da ação fiscal por via postal, nos termos do artigo 46, II, da Lei nº 10.094/2013, conforme atestam os Avisos de Recebimento – AR nº JG 89615066 9 BR e JG 89615063 8 BR, recepcionados em 28/10/14 e 29/10/14, a empresa, por intermédio de seus advogados devidamente habilitados para representá-la (fls. 49 a 52), ingressou com peça reclamatória (fls. 19 *usque* 38), protocolada em 27/11/14, contrapondo-se às acusações e alegando que:

§ que os fatos geradores ocorridos antes do dia 28/10/09 teriam sido alcançados pela decadência;

§ que com base no Convênio ICMS 83/00, não poderia ser exigido o ICMS Substituição Tributária, tendo em vista que o referido normativo disciplina as operações interestaduais com energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização;

§ que a autuada não poderia figurar no polo passivo da relação tributária, pois, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 83/00, a condição de substituto tributário foi atribuída ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas. Portanto, seria a empresa remetente a pretensa devedora do ICMS – Substituição Tributária;

§ que ocorreu nítido “erro de fato” relativo à base de cálculo do ICMS Substituição Tributária utilizada pelo Fisco;

§ que há nulidade material do feito fiscal em virtude da sua ilegitimidade passiva, pois o substituto tributário eleito pelo Convênio ICMS 83/00 é o estabelecimento gerador ou distribuidor situado em outra unidade federada, pois a operação se iniciou no Estado da Bahia.

Por fim requer, em preliminar, a nulidade do auto de infração e, no mérito, a improcedência do lançamento.

Após informação fornecida pela autoridade preparadora de não haver antecedentes fiscais (fls. 54), os autos foram conclusos e remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, com distribuição ao julgador fiscal Sidney Watson Fagundes da Silva, que após a devida apreciação e análise julgou o libelo basilar pela NULIDADE (fl. 58/72), com interposição de recurso de ofício na forma regulamentar.

O autuado foi devidamente cientificado da decisão da GEJUP em notificação expedida pela repartição fiscal competente (fl. 75), sendo remetidos os autos a esta Corte Julgadora, com distribuição na forma regimental para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

A questão emergente nos autos não comporta maiores exegeses para o seu desfecho, em face da constatação de fatos comprometedores do lançamento de ofício, que dificultam à garantia de exigibilidade do crédito tributário, aliada, ainda, a necessidade de segurança jurídica quanto à identificação da pessoa do infrator nesta demanda fiscal proposta.

A princípio, reconheço as fundamentações trazidas pelo julgador que reconheceu a desnecessidade de realização de perícia e/ou diligência diante dos elementos probantes carreados para formação de convencimento de juízo da matéria.

Adentrando na questão incidental ocorrida na presente lide, acerca da decisão monocrática que tornou nula a peça introdutória decorrente de erro na eleição da pessoa do infrator, vejo pleno acerto quanto a sua fundamentação, pois os fatos geradores neles descritos relacionam-se com a conduta da empresa remetente e não da Autuada.

Ora, vale frisar que a sujeição passiva decorre da relação jurídico-tributária entre o Fisco e o autuado, originada da lavratura do auto de infração. Assim, não há como estabelecer uma relação jurídico-tributária em termos de acusação se a pessoa do infrator considerada no libelo acusatório é diversa da pessoa que realmente seria responsável pelo fato infringente praticado.

De fato, foi o remetente, na qualidade de substituto tributário - e não o adquirente (Autuado) - quem transferiu mercadorias com o imposto retido a menor em virtude de minoração da base de cálculo do ICMS – ST.

Apesar de a descrição do fato caracterizar perfeitamente o ilícito praticado, verifica-se, ao perquirirmos o nome do autuado, que houve o cometimento de vício por parte da autoridade fiscal quando atribuiu a responsabilidade por sujeição passiva a pessoa do infrator diversa da que praticou a conduta infracional, na forma disciplinada pelo art. 391, I §2º do RICMS/PB, abaixo:

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);

§ 2º A responsabilidade será também atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às **empresas geradoras de energia elétrica, nas operações e prestações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais**, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

A Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário disciplina os requisitos

necessários para validação do lançamento tributário, sob pena de nulidade prevista no art. 16, estando o caso em descompasso ao regramento previsto no artigo 17, inciso I da norma infra:

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16^[1] 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. (grifo nosso)

Como se percebe, o Auto de Infração em análise foi lavrado em desacordo com a previsão do artigo 17 da Lei nº 10.094/13, devendo ser considerado nulo de ofício, em observância ao mandamento contido no artigo 16 do mesmo diploma legal.

Com relação à matéria, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba já se posicionou inúmeras vezes neste sentido, a exemplo do Acórdão nº 141/2011, cuja ementa transcrevemos a seguir:

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ERRO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO E DA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Constatados equívocos quanto à descrição do fato infringente e à identificação do sujeito passivo, de modo que se impõe a decretação da nulidade do auto de infração, resguardada, contudo, a possibilidade de correção das falhas procedimentais, mediante a realização de novo lançamento.

Por fim, ressalto que apesar do defeito da forma que determinou o comprometimento do feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo a questão. Dela resulta apenas a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida neste contencioso fiscal. A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória na pessoa do infrator, de acordo com os ditames da legislação de regência.

Prejudicada, pois, a análise de questões de mérito, consistentes na data de 23 de outubro de 2009 atingido pela decadência.

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **NULO**, por **VÍCIO FORMAL**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.0000001802/2014-88**, lavrado em 7.10.2014, contra a empresa **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob o nº **16.027.016-2**, devidamente qualificado nos autos, eximindo-o de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Porém, deve a Fazenda Estadual proceder à realização de um novo feito fiscal, com a determinação da devida pessoa do infrator, na dicção do art. 41, inciso III da Lei nº 10.094/2013, excetuando o período atingido pela decadência, na forma prevista pelo artigo 22, §3º do mesmo diploma.

[\[1\]](#)**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.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de março de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
Conselheiro Relator