



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

Processo nº 084.086.2013-4

Recurso HIE//CRF Nº 719/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Recorrida: TORTLAS CONFEITARIA LTDA.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: LAVOISIER DE M. BITENCOURT

Relator: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO E NA PESSOA DO INFRATOR. INTUITO COMERCIAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Havendo comprovação de erro na eleição da pessoa do infrator e da natureza da infração, no tocante à repercussão tributária a ser alcançada, decai o lançamento para que seja feito outro em nome do adquirente, visto que a irregularidade derivou de situação fiscal sobre aquisição de mercadorias com intuito comercial por pessoa física, atribuindo-lhe a condição de contribuinte do ICMS, por determinação legal.

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

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 *desprovemento*, para manter a decisão singular, que julgou *nulo*, em face do vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº93300008.09.00000977/2013-97 (fls. 5 a 7), lavrado em 28 de junho de 2013, contra a empresa TORTLAS CONFEITARIA LTDA., inscrição estadual nº 16.192.284-8, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos da presente ação fiscal, em face dos fundamentos acima expendidos.

Porém, ressalve-se o direito da Fazenda Estadual proceder à realização de um novo feito fiscal, nos termos do artigo 18 da Lei 10.094/2013, e da regra estabelecida pelo art. 173, II do CTN.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de

2016.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso hierárquico interposto contra a decisão monocrática, que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000977/2013-97 (fls. 5 a 7), lavrado em 28 de junho de 2013, onde a autuada, TORTLAS CONFEITARIA LTDA., é acusada das seguintes irregularidades, que abaixo transcrevo:

- “AQUISIÇÃO DE BENS C/RECURSOS OMITIDOS (SEM CONTABILIZAÇÃO)>> Bens adquirido(s) com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis s/o pagamento do imposto. (SIMPLES NACIONAL).

Nota Explicativa:

CONFORME PROVAS DOS AUTOS O SR. RUBENS NATANAEL GUEDES, SÓCIO ADMINISTRADOR DA EMPRESA TORTLAS CONFEITARIA LTDA., 16.192284-8, ADQUIRE MERCADORIAS QUE COMPÕEM O INVENTÁRIO DA EMPRESA (ESTOQUES) EM SEU CPF. A OPERAÇÃO É DENUNCIADA PELA FISCALIZAÇÃO COMO EMPREGO DE RECURSOS NÃO CONTABILIZADOS, PROVENIENTE DE ATIVIDADE EMPRESARIAL DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS PELO ICMS.

AÇÃO FISCAL ARRIMADA NOS ARTIGOS 646 E 643 PARÁGRAFOS 3 E 5 C/C ARTIGO 143, § 1º DO RICMS/PB.

SUGESTÃO DA PENA DO ARTIGO 82, V, LETRA F DA LEI Nº 6.379 DE 96.”

- “AQUISIÇÃO DE BENS C/RECURSOS OMITIDOS (SEM CONTABILIZAÇÃO)>> Bens adquiridos com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. (SIMPLES NACIONAL).

Nota Explicativa:

CONFORME PROVAS DOS AUTOS O SR. RUBENS NATANAEL GUEDES, SÓCIO ADMINISTRADOR DA EMPRESA TORTLAS CONFEITARIA LTDA., 16.192284-8, ADQUIRE MERCADORIAS QUE COMPÕEM O INVENTÁRIO DA EMPRESA (ESTOQUES) EM SEU CPF. A OPERAÇÃO É DENUNCIADA PELA FISCALIZAÇÃO COMO EMPREGO DE RECURSOS NÃO CONTABILIZADOS, PROVENIENTE DE ATIVIDADE EMPRESARIAL DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS PELO ICMS.

AÇÃO FISCAL ARRIMADA NOS ARTIGOS 646 E 643 PARÁGRAFOS 3 E 5 C/C ARTIGO 143, § 1º DO RICMS/PB.

SUGESTÃO DA PENA DO ARTIGO 82, V, LETRA F DA LEI Nº 6.379 DE 96.”

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

Nota Explicativa:

O SR. RUBENS NATANAEL GUEDES BARBOSA, NOS TERMOS DO ARTIGO 29 DA LEI Nº 6.379 DE 1996, COMPRA COM HABITUALIDADE AS MERCADORIAS RELACIONADAS NA PLANILHA EM ANEXO, SENDO CLASSIFICADO PELA AUDITORIA COMO UM CONTRIBUINTE DO ICMS. VISTO A FALTA DOS REGISTROS FISCAIS DESTAS OPERAÇÕES COBRA-SE O IMPOSTO NÃO LANÇADO COM A AGREGAÇÃO DE TVA DE 30% ARTIGO 643, PARÁGRAFO 4º DO RICMS/PB.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 87.841,47 (oitenta e sete mil, oitocentos e quarenta e um reais e quarenta e sete centavos), sendo R\$ 29.290,23 (vinte e nove mil, duzentos e noventa reais, vinte e três centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, com fulcro nos

artigos 9º e 10º da Resolução CGSN nº 030/2008, e/ou artigos 82 e 84 da Resolução CGSN nº 094/2011, e R\$ 58.551,24 (cinquenta e oito mil, quinhentos e cinquenta e um reais e vinte e quatro centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “a” e “f”, da Lei nº 6.379/96 e o art. 16, II da Res. do CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II da Res. CGSN nº 094/2011.

Documentos instrutórios acostados às fls. 8 - 468, dos autos.

O auditor autuante elaborou relatório de auditoria, fls. 8 e 9, esclarecendo que no período de 2008 a 2011, em que a empresa não estava formalmente constituída, o sócio da empresa, Sr. Rubens Natanael Guedes Barbosa, adquiriu mercadorias que em sua maioria comporiam o estoque da empresa autuada, sendo cobrado o imposto não declarado nas operações de revenda destas, e no exercício de 2012 até janeiro/2013, cobra-se omissão de recursos destinados à compra dos estoques da autuada.

Devidamente cientificada, via Aviso de Recebimento – AR nº RA 16796845 1 BR, recepcionado em 16/7/2013, fl. 470, a empresa autuada não compareceu aos autos, sendo lavrado o Termo de Revelia, datado de 2/9/2013, fl. 471.

Conclusos os autos, sem informações de antecedentes fiscais, fl. 472, foram estes encaminhados à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador singular, Alexandre Souza Pitta Lima, que após análise do libelo acusatório, decidiu pela *nulidade* do auto de infração, proferindo a seguinte ementa:

REVEL. ERRO QUANTO A PESSOA DO AUTUADO. AQUISIÇÃO DE BENS C/ RECURSOS OMITIDOS (SEM CONTABILIZAÇÃO). FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ILÍCITOS FISCAIS ANULADOS.

Devido ao poder-dever da administração em zelar pela legalidade de seus atos, emerge no processo administrativo o Princípio da Oficialidade, que tem como um de seus corolários a obrigação de se proceder à correção do erro, se sanável, ou a anulação do ato, se insanável. Destarte, equivocou-se a autoridade fazendária ao imputar os ilícitos fiscais em epígrafe à pessoa estranha a operação comercial que lhes serviu de paradigma. Sobremais, somente pode ser sujeito de obrigação à pessoa física ou jurídica.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Devidamente cientificada da decisão da instância *a quo* por via postal, por meio de Aviso de Recebimento – AR nº JG 89394830 4 BR, fl. 482, recepcionado em 18/6/2014, este não compareceu em grau de recurso.

Segue em apenso o Processo nº 0840872013-9, referente à representação fiscal para fins penais.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma

regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000977/2013-97, lavrado em 28/6/2013, fl. 3, contra a empresa TORTLAS CONFEITARIA LTDA., devidamente qualificada nos autos.

A primeira e a segunda acusações versam sobre aquisições de bens com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias, tendo por fundamento as notas fiscais destinadas ao sócio administrador da empresa autuada, sem contabilização, tendo como fulcro o art. 646, do RICMS/PB, que autoriza a presunção *juris tantum* de que teria havido omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, já que o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de ilidir a acusação imposta pelo Fisco.

Contudo, as provas trazidas aos autos, bem como os esclarecimentos trazidos em nota explicativa, mostram que as notas fiscais denunciadas, que fundamentaram a acusação, estão destinadas a pessoa física do sócio administrador da empresa autuada, Sr. Rubens Natanael Guedes Barbosa, CPF nº 052.413.884-27, e não ao sujeito passivo acusado. Não se pode confundir o patrimônio dos sócios com o da empresa, os mesmos são autônomos, do contrário estaríamos violando o Princípio contábil da Entidade.

Diante deste fato, percebe-se que a denúncia, da maneira como foi formulada, não pode prosperar, pois não se pode acusar a autuada, TORTLAS CONFEITARIA LTDA., por omissão de receitas, inerente às aquisições efetuadas por outra pessoa, mesmo sendo esta sócia da empresa em epígrafe, o que sujeita a nulidade da exordial, por erro na eleição do sujeito passivo.

Quanto à acusação de falta de recolhimento do ICMS, esta teve por arrimo as compras com habitualidade de mercadorias em quantidade que sugere comercialização, cujas notas fiscais também estão destinadas a mesma pessoa física abordada acima, sócio administrador da empresa autuada, cujos fatos geradores ocorreram de dezembro/2008 a dezembro/2011, períodos em que sequer a empresa era inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS, cuja inscrição ocorreu só em 30/12/2011, fl. 22. Portanto, da mesma forma, não poderia a empresa autuada ser sujeito passivo da obrigação tributária, no lugar da pessoa física infratora.

É cediço que sendo constatado volume ou habitualidade nas operações efetuadas quando das aquisições realizadas por pessoa física, tal fato caracteriza o intuito comercial, impondo ao

adquirente a condição de contribuinte do ICMS, sujeitando-o, caso não consiga ilidir o intuito comercial, ao pagamento do imposto correspondente.

In casu, verifica-se, pela quantidade de produtos discriminados em diversas notas fiscais, colacionadas nos autos, que ficou plenamente caracterizada a prática da infração pelo adquirente, no tocante ao intuito de comércio relativo às mercadorias tributáveis sem os efeitos fiscais regulares, sendo lícito, portanto, ao Fisco apurar o crédito tributário, evitando-se, com isso, prejuízos ao erário estadual com a falta do pagamento do imposto correspondente.

A legislação do Estado da Paraíba disciplina, na hipótese de aquisição de mercadorias, destinadas à pessoa física ou jurídica, não inscrita no CCICMS/PB, em quantidade que caracterize intuito comercial, caberá a exigência do ICMS referente à operação subsequente, em virtude de que tais mercadorias estão sendo adquiridas para revenda, sendo o adquirente considerado contribuinte para efeito de exigência do imposto, conforme dispõe o art. 36 do RICMS/PB, transcrito abaixo:

“Art. 36. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior.

Portanto, corroboro com os fundamentos que balizaram a decisão singular de anulação do feito fiscal, por erro formal, das acusações insertas na peça basilar, pois, ao analisar as provas constitutivas dos autos, percebe-se que todas as mercadorias comercializadas tiveram como destino a pessoa física, sócia da empresa autuada, conforme descrito em “Nota Explicativa” na peça vestibular, não podendo prosperar as acusações em epígrafe, pois não se pode acusar a autuada, TORTLAS CONFEITARIA LTDA., qualificada nos autos, relativamente às aquisições efetuadas pelo Sr. Rubens Natanael Guedes Barbosa, CPF nº 052.413.884-27, não restando dúvidas quanto ao acerto da decisão monocrática que tornou *nula* as acusações fiscais, visto que a repercussão fiscal deve ser pautada no intuito comercial das operações realizadas na pessoa do adquirente, e não da empresa autuada, já que o sócio adquiriu mercadorias em quantidade incompatível para seu consumo próprio, o que revelaria, pelas circunstâncias materiais, a intenção de comercializar mercadorias dentro do território paraibano.

Neste sentido, para ratificar o entendimento de que existiu erro na eleição da pessoa do infrator e na natureza da infração, recorro ao texto normativo dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18, da Lei nº 10.094/2013, que explicita a necessidade de nulidade do procedimento fiscal quando ocorrer vício insanável na própria demanda processual, senão vejamos:

“Art. 14. São nulos:

(...)

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;

(...)

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

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.

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;

(...)

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”.

Não obstante, vejo que esta Corte já se posicionou em diversas vezes na mesma direção, florescendo vários julgados de idêntica natureza processual, conforme Acórdãos, abaixo citados:

POS SEM AUTORIZAÇÃO FAZENDÁRIA. ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato infringente, o qual inquinou de vício formal a peça acusatória e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.

Recurso HIE /CRF N.º 414/2014

Acórdão nº 420/2015

Consª. Maria das Graças D. de Oliveira Lima.

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ERRÔNEA IDENTIFICAÇÃO QUANTO À PESSOA DO INFRATOR. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

O lançamento compulsório que se apresenta viciado por falha na indicação do agente infrator, deverá ser declarado nulo, para que outro, a ser realizado de acordo com a realidade factual, venha a retificá-lo de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

Recurso HIE /CRF N.º 116/ 2011

Acórdão 244/2012

Consª. Maria das Graças D. de Oliveira Lima.

Destarte, diante das considerações supra, corroboro com a decisão de nulidade do feito fiscal, proferida pela instância singular, cabendo a realização de novo feito fiscal, com indicação da pessoa do adquirente e a devida natureza da infração.

Diante do exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desproimento*, para manter a decisão singular, que julgou *nulo*, em face do vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº93300008.09.00000977/2013-97 (fls. 5 a 7), lavrado em 28 de junho de 2013, contra a empresa TORTLAS CONFEITARIA LTDA., inscrição estadual nº 16.192.284-8, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos da presente ação fiscal, em face dos fundamentos acima expendidos.

Porém, ressalve-se o direito da Fazenda Estadual proceder à realização de um novo feito fiscal, nos termos do artigo 18 da Lei 10.094/2013, e da regra estabelecida pelo art. 173, II do CTN.

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2016.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator