



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 014.583.2013-8

Recurso HIE/CRF Nº 358/2015

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Recorrida: ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA.

Preparadora: SUBGERENCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuantes: JOSÉ NELSON DE O. BARBOSA E GIUSEPPE TARCISIO B. DE PAIVA.

Relatora: CONS.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

PREJUÍZO BRUTO. DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. VÍCIO FORMAL CONFIGURADO. NULIDADE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. DESPROVIMENTO DO RECURSO HIERÁRQUICO.

Não obstante a perfeita identificação do fato infringente, o equívoco na sua qualificação, pela Fiscalização, que ao detectar prejuízo bruto na Conta Mercadorias Lucro Real e promover a reconstituição da Conta Gráfico do ICMS, o descreveu com uma cronologia colidente com a do fato gerador, conforme a respectiva nota explicativa. Essa circunstância fez padecer de vício formal o libelo basilar e, por consequência, acarretou sua nulidade. Cabível, todavia, a realização de novo feito fiscal, nos moldes da legislação de regência.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para alterar a decisão singular e julgar nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000173/2013-98 (*fl. 8*), lavrado em 21/2/2013, contra a empresa, ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA., CCICMS nº 16.145.603-0, contribuinte devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente Processo, em face dos fundamentos acima expendidos.

Ressalvo o direito de a Fazenda Pública realizar um novo procedimento acusatório no tocante à repercussão tributária de falta de recolhimento do ICMS nos meses apurados, em razão da falta de estorno pelo prejuízo bruto constatado no exercício de 2009, diante do vício formal acima evidenciado.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em
18 de agosto de 2017.

Thaís Guimarães Teixeira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1^a Câmara,
NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA
LIMA e GILVIA DANTAS MACEDO.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o presente recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000173/2013-98, lavrado em 21/2/2013 (fl. 8) no qual o contribuinte acima identificado é acusado das seguintes acusações, a saber:

- *FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS) >>> Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), resultando na obrigação de recolhimento do imposto estadual.*

NOTA EXPLICATIVA: Deixou de estornar créditos de ICMS no valor de R\$ 272.572,20, referente à saída de mercadorias com tributação normal abaixo do custo de aquisição no montante de R\$ 1.609.044,89, evidenciado através do demonstrativo da conta mercadorias do exercício de 2009, com repercussão de falta de recolhimento de imposto em períodos dos exercícios de 2012 e 2013, conforme reconstituição da conta de ICMS em anexo.

Os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 329.816,52, sendo R\$ 109.938,84, de ICMS, por infringência ao art. 85, III do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 219.877,68, de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

A empresa foi cientificada da autuação, por Aviso de Recebimento-AR, datado de 15/4/2013 vindo a ingressar com peça reclamatória tempestivamente, alegando nulidade material dos lançamentos posteriores a 31/12/2011, por afrontar os limites temporais constantes do Termo de Início de Fiscalização, além de que não haveria imposto não recolhido tempestivamente diante da existência de saldo credor na escrita fiscal no final do exercício de 2011.

Por conclusão, enfatiza que ocorreu análise equivocada em relação ao valor das saídas tributadas promovidas pela autuada sujeitas à substituição tributária, com desprezo das operações com produtos de informática além de ignorar a sistemática de PIS/COFINS, bem como com tributação reduzida, aplicável aos produtos de “linha branca” com efeito no custo dos produtos.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração, em razão de que a análise do CMV estaria eivada de vícios materiais.

Em contestação, os autuantes opinam pela manutenção total do auto de infração.

Com registros de antecedentes fiscais (fl. 67), foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos ao julgador fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que proferiu sua sentença em conformidade com sua ementa que abaixo transcrevo:

PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA EVIDENCIADA. CORREÇÃO DA PENALIDADE.

A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição obriga o contribuinte a efetuar o estorno dos créditos na proporção da redução verificada, em observância ao Princípio da Não Cumulatividade do ICMS.

Redução da multa por força da Lei nº 10.008/13.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Em sua decisão, o julgador singular condenou o contribuinte ao crédito tributário de R\$ 219.877,68, sendo R\$ 109.938,84, de ICMS, e R\$ 109.938,84, de multa por infração.

Regularmente cientificada da decisão *a quo*, por via postal, em 14/9/2016 (fl. 78), o contribuinte não se manifestou nos autos, sendo estes conclusos e distribuídos a esta relatoria, por critério regimental, para análise e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame o recurso de ofício interposto contra a decisão tomada pelo julgador singular, que procedeu parcialmente o lançamento indiciário.

Trata-se da acusação assim descrita no libelo basilar: *“Falta de estorno (Prejuízo Bruto com Mercadorias) - Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias), resultando na obrigação do recolhimento do imposto estadual.”*

Nesta acusação, vislumbra-se uma denúncia de falta de estorno de crédito decorrente de redução de base de cálculo na forma identificada pela Fiscalização.

Analisando o aspecto formal do lançamento de ofício, que antecede a análise do mérito da questão, observa-se a existência de vício formal da fiscalização na denúncia do fato apurado, haja vista que a repercussão tributária alcançada não ocorreu no exercício de 2009, objeto da constatação de prejuízo bruto com mercadorias tributáveis, e sim nos exercícios de 2012 e 2013, apresentada após recomposição da conta gráfica do ICMS, decorrente da falta de estorno devido no exercício fiscalizado, que deflagrou a falta de recolhimento do ICMS.

Neste sentido, faz-se necessário entender que os fatos apurados tiveram origem na constatação de prejuízo bruto com mercadorias tributáveis conforme Levantamento da Conta Mercadorias - Lucro Real do exercício de 2009, que apresentou um déficit de lucratividade de R\$ 1.609.044,89, cabendo o estorno de crédito de R\$ 272.572,20, valor esse estorno, porém sem repercussão tributária no próprio exercício, isto é, 2009, conforme demonstrativos, às fls. 10 e 11, nos autos.

No entanto, tal situação tributária somente veio a ser alcançada 3 (três) exercícios depois, precisamente nos meses de agosto a dezembro de 2012 e janeiro de 2013, quando deflagrou falta de recolhimento de ICMS, detectada por meio de reconstituição da conta corrente do ICMS, tendo, a fiscalização, apontado de forma equivocada a existência de falta de estorno por prejuízo bruto nestes meses, enquanto a situação realmente configurada nesses períodos, e identificada pela Fiscalização, não se adequa ao fato denunciado. Juridicamente significa dizer que a premissa menor – o ilícito de fato identificado – não se coaduna à premissa maior cuja descrição se promoveu no auto infracional.

Com efeito, frente à falta de recolhimento de ICMS detectada mediante reconstituição da conta corrente do imposto, após estorno de crédito pela constatação de prejuízo bruto no exercício de 2009, cuja repercussão tributária somente se configurou nos meses apontados pela fiscalização no auto de infração, não caberia à Fiscalização, na descrição da infração, enfatizar a existência de prejuízo bruto nos exercícios de 2012 e 2013, quando se sabe que situação tipificada deveria ser de falta de recolhimento do imposto neste exercício.

É sabido que a determinação correta da infração é condição “*sine qua non*” para a qualificação da denúncia, onde a ocorrência de vício insanável, seja ele formal ou material, importa em nulidade plena para que outro lançamento indiciário seja realizado de ofício, por impossibilidade de saneamento nos próprios autos.

Efetivamente, a Lei Estadual nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, inclui, como requisito do Auto de Infração, a descrição da falta e a devida capitulação, consoante se confere adiante:

“Art. 41. São requisitos do **Auto de Infração** e da representação Fiscal:

(...)

V – a **descrição da falta** com o respectivo montante tributável”;

Dessa forma, ousou discordar da decisão singular, diante da identificação de vício formal na descrição do fato infrigente, tendo em vista que esse vício compromete a exigibilidade do crédito tributário, face ao desencontro entre o fato efetivamente identificado, pela Fiscalização, e a tipificação por esta, realizada no libelo basilar, o que suscita o desfecho estabelecido na disciplina do art. 14, III, c/c o art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013, 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;

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;(grifamos)

Em consequência, não me resta alternativa senão em tornar nulo o lançamento de ofício em pauta, ante o vício forma neste configurado, cabendo seu refazimento com a acusação capaz de refletir a infração configurada e identificada no caso em espécie, com a nota explicativa apropriada, de acordo previsto no Sistema ATF da SER/PB.

Em outras oportunidades esta Corte Superior se posicionou nessa mesma direção, florescendo vários julgados, dentre os quais destaco o Acórdão nº 72/2014, exarado neste Conselho de Recursos Fiscais, teve origem no voto, aprovado à unanimidade, cuja relatoria coube ao Cons. João Lincoln Diniz Borges. Eis a ementa do citado Acórdão:

“FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS. RECONHECIMENTO DA DENÚNCIA E QUITAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PREJUÍZO BRUTO. DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. NULIDADE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A existência de notas fiscais de aquisição sem lastro de registro de lançamento nos assentamentos comerciais configura a tipificação de conduta imprópria calcada na presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem emissão documental, situação que foi reconhecida com recolhimento efetuado pela recorrente.

Constatou-se um equívoco cometido pela auditoria na descrição do fato infringente de prejuízo bruto, que, depois da devida reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, colidiu com a cronologia do período do fato gerador, frente à situação descrita em nota explicativa, o que faz padecer de nulidade a peça acusatória, por caracterizar vício formal. Cabível a realização de novo feito fiscal.”

Neste sentido, por se tratar de vício formal que decorre de erro na devida descrição da repercussão tributária identificada, urge ressaltar a necessidade de refazimento fiscal mediante outra peça basilar, por se adequar à hipótese prevista pelo artigo 173, inciso II do CTN.

Por fim, ressalto que apesar do defeito da forma que determinou o comprometimento do lançamento fiscal, a nulidade desta acusação 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 com a correta descrição da natureza da infração, de acordo com os ditames da legislação de regência.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para alterar a decisão singular e julgar nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000173/2013-98 (*fl.* 8), lavrado em 21/2/2013, contra a empresa, ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA., CCICMS nº 16.145.603-0, contribuinte devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente Processo, em face dos fundamentos acima expendidos.

Ressalvo o direito de a Fazenda Pública realizar um novo procedimento acusatório no tocante à repercussão tributária de falta de recolhimento do ICMS nos meses apurados, em razão da falta de estorno pelo prejuízo bruto constatado no exercício de 2009, diante do vício formal acima evidenciado.

Primeira Câmara de Julgamento. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de agosto de 2017.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora