



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

PROCESSO Nº 1494122012-9

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: J MACEDO S/A

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuantes: SEBASTIAO MONTEIRO DE ALMEIDA, ROBERTO FLAVIO DIAS CAMARA

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO A MENOR – ERRO QUANTO À DESCRIÇÃO DOS FATOS E QUANTO À NORMA LEGAL INFRINGIDA – VÍCIOS FORMAIS – AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO

A incorreta descrição dos fatos, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou nulo o Auto de Infração nº 93300008.09.00003343/2012-05, lavrado em 17 de dezembro de 2012 em desfavor da empresa J MACEDO S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo

P.R.E

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de abril de 2019.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, JULIANA JUSCELINO QUEIROGA LACERDA (SUPLENTE) e PETRONIO RODRIGUES LIMA

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Relatório

Trata-se de recurso de ofício, interposto nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003343/2012-05, lavrado em 17 de dezembro de 2012 em desfavor da empresa J MACEDO S/A, inscrição estadual nº 16.999.229-2.

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

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (SAÍDAS INTERNAS) (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:

IRREGULARIDADE CARACTERIZADA PELO RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS-ST DEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE FARINHA DE TRIGO OU MISTURA DE FARINHA DE TRIGO ADICIONADA A OUTROS PRODUTOS DESTINADOS AO ESTADO DA PARAÍBA. ACRESCENTEM-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS O § 1º DO ART. 2º C/C O § 5º DO ART. 3º, TODOS DO DEC. 21.728/01.

Em decorrência deste fato, os representantes fazendários, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto nos artigos 395 c/c o 397, III e 399, II, “b”, todos do RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração, lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 399.043,11 (trezentos e noventa e nove mil, quarenta e três reais e onze centavos), sendo R\$ 133.014,37 (cento e trinta e três mil, catorze reais e trinta e sete centavos) de ICMS e R\$ 266.028,74 (duzentos e sessenta e seis mil, vinte e oito reais e setenta e quatro

centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às fls. 5 a 45.

Cientificada por via postal em 20 de dezembro de 2012 (fls. 46), a autuada não apresentou impugnação. Por este motivo, a repartição preparadora lavrou Termo de Revelia (fls. 47) e, ato contínuo, juntou o Termo de Antecedentes Fiscais (fls. 48), lavrou o Termo de Conclusão (fls. 49) e encaminhou os autos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, os quais foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela parcial procedência do feito, nos termos da seguinte ementa:

REVELIA – ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR.

Quem se mantém em estado de revelia assume o ônus da acusação que lhe é imposta. *Dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre os que dormem). Descumprimento de regra disposta na legislação de regência do Estado da Paraíba, por parte da beneficiária repercutiu em recolhimento a menor do ICMS – Substituição Tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em observância ao que estabelecia o então vigente artigo 128 da Lei nº 6.379/96, o julgador singular recorreu de ofício de sua decisão.

Depois de cientificada da decisão monocrática por via postal em 25 de fevereiro de 2014 (fls.), a autuada apresentou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 60 a 74), protocolada em 26 de março de 2014, por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) Não há que se falar em revelia no presente processo, uma vez que a recorrente apresentou, de forma tempestiva, a competente reclamação ao Auto de Infração, conforme atesta o comprovante de protocolo anexado às fls. 98;
- b) Tendo em vista que a ciência do Auto de Infração efetivou-se em 20 de dezembro de 2012, os eventuais créditos tributários relativos ao exercício de 2007 já estavam alcançados pela decadência;
- c) A peça acusatória está eivada de vícios que acarretam sua nulidade, a exemplo de falta: *i*) de apresentação de Termo de Início de Fiscalização; *ii*) extrapolação do prazo para conclusão da fiscalização e *iii*) metodologia que não permite compreender como foram apurados os valores lançados;
- d) Todas as transferências realizadas pela empresa foram para industrialização, sendo possível a utilização do benefício do FAIN sobre o repasse do ICMS – ST previsto no Protocolo ICMS nº 46/00, bem como no Termo de Acordo de Regime Especial (Processo nº 0169382011-0 e Parecer nº 2011.01.00.00479);
- e) A multa aplicada é desproporcional e confiscatória.

Diante destas alegações, a defesa requereu:

- a) O reconhecimento da decadência do direito de lançar o crédito tributário de fatos geradores anteriores a dezembro de 2007;
- b) Em preliminar, a nulidade do Auto de Infração;
- c) No mérito, a improcedência da ação fiscal;
- d) Na eventualidade de não ser cancelada a autuação, o afastamento da multa com caráter confiscatório.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos ao então Conselheiro Francisco Gomes de Lima Netto, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Na 1.790ª Sessão do Conselho de Recursos Fiscais, os conselheiros, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, decidiram pelo desprovimento do recurso hierárquico e pelo provimento do recurso voluntário, para que fosse anulada a decisão de Primeiro Grau, retornando os autos para novo julgamento na instância *a quo*, conforme ementa do Acórdão nº 222/2014, cujo teor reproduzo a seguir:

COMPROVAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE PEÇA RECLAMATÓRIA NO PRAZO REGULAMENTAR. NÃO APRECIAÇÃO PELA INSTÂNCIA SINGULAR. NULIDADE DA SENTENÇA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Constata-se nos autos, a apresentação de peça reclamatória, não apensada aos autos, fato que provocou a lavratura do Termo de Revelia, prejudicando, assim, o julgamento na primeira instância e por consequência, o exercício do direito derrotado pelo duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Contencioso Tributário. A decisão que assim se apresenta não observa o requisito da fundamentação de fato e de direito, legalmente estabelecidos para sua formalização válida, devendo, por essa razão, ser declarada nula, para que os autos retornem à instância prima, com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei, após o exame da peça reclamatória apresentada.

Em cumprimento à decisão desta Egrégia Corte Fiscal, os autos retornaram à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais para novo julgamento.

O julgador Christian Vilar de Queiroz, após reapreciar a matéria – inclusive com análise da impugnação apresentada pelo contribuinte -, assim sentenciou:

DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

- Com relação à decadência aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN. Cientificação ao sujeito passivo ocorreu após prazo regular de constituição do crédito tributário, restando decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 01 de janeiro até 30 de novembro de 2007.

- Nos meses de dezembro de 2007, março e dezembro de 2008 e janeiro de 2009 foi constatado vício formal do lançamento, tendo em vista não constar do Auto de Infração todos os elementos essenciais à validade do ato administrativo. Imprecisão na descrição da infração acarretou a nulidade da acusação de “ICMS substituição tributária – retido a menor (saídas internas)”, com o cancelamento dos valores apurados.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Atendendo ao que estabelece o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de ofício à instância *ad quem*.

Enviados ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral apresentado pela autuada às fls. 208, encaminhamos os autos à Assessoria Jurídica desta casa para emissão de parecer técnico acerca da legalidade do lançamento, nos termos do artigo 20, X, da Portaria GSER nº 75/2017 (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba).

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa J MACEDO S/A, que visa a exigir crédito tributário decorrente de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, em virtude de o contribuinte substituto tributário, nas operações acobertadas pelas notas fiscais relacionadas às fls. 8 a 45, haver recolhido, a menor, o ICMS – Substituição Tributária devido ao Estado da Paraíba.

Segundo os auditores fiscais responsáveis pela autuação, a recorrente, na condição de substituta tributária, teria afrontado as disposições legais dispostas nos artigos 395, 397, III e 399, II, “b”, todos do RICMS/PB e no § 1º do artigo 2º c/c o artigo 3º, ambos do Decreto nº 21728/01, *in verbis*:

RICMS/PB:

Art. 395. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo sujeito passivo por substituição ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete, impostos e outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes ou tomadores de serviço não sendo admitidos descontos condicionados ou não;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria ou do serviço;

II – da saída subseqüente por ele promovida ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea “c” do inciso II, do “caput” será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, sendo permitido eventualmente, acrescentar-se outros critérios que venham a subsidiar a sua fixação.

5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II, do “caput”, corresponderá a diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para às operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do sujeito passivo por substituição.

§ 6º Em se tratando de veículo importado, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, não poderá ser inferior a que serviu de base de cálculo para pagamento dos Impostos sobre Importação e sobre Produtos Industrializados.

§ 7º Em relação a operações com produtos farmacêuticos, inexistindo o preço a que se refere o § 2º ou § 3º, o valor inicial para o cálculo do imposto retido será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

§ 8º Na impossibilidade de inclusão do valor de frete na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente será efetuado pelo estabelecimento destinatário.

§ 9º A base de cálculo do imposto devido pelas empresas distribuidoras de energia elétrica, responsáveis pelo pagamento do imposto relativamente às operações anteriores e posteriores, na condição de sujeitos passivos por substituição, é o valor da operação da qual decorra a entrega ao consumidor.

Art. 397. O recolhimento do imposto devido por contribuintes que realizem operações sujeitas à substituição tributária far-se-á nas seguintes formas:

(...)

III - nas saídas internas promovidas por estabelecimentos industriais, atacadistas, depósitos, filiais

ou distribuidores autorizados, através do DAR, modelo 1, acompanhado de listagem de ICMS retido, que terão as mesmas indicações e destinação previstas nas alíneas "a" e "b", do inciso II.

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

(...)

II - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador:

(...)

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

Decreto nº 21728/01:

Art. 2º A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, inclusive frete e seguro, adotando-se a seguinte metodologia de cobrança:

I – nas operações com trigo em grão aplicar-se-á a agregação de 94,12% (noventa e quatro inteiros e doze centésimos por cento) sobre o valor mencionado no "caput" deste artigo, aplicando-se sobre o montante obtido a alíquota interna aplicada para as respectivas operações (Protocolo 13/01);

II - nas operações com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo a outros produtos, oriundas do exterior ou de unidade federada não signatária do Protocolo ICMS 46/00, adotar-se-á, sobre o valor da operação, a agregação de 76,47% (setenta e seis inteiros e quarenta e sete centésimos por cento), cujo montante não poderá ser inferior ao preço mínimo indicado na pauta fiscal, estabelecida com fundamento no Protocolo ICMS 26/92, deduzindo-se, quando houver, o crédito constante do documento fiscal de origem (Protocolo 13/01).

§ 1º Na hipótese definida no inciso I não será admitida a utilização de qualquer crédito fiscal, com exceção daquele referente à aquisição de bens de capital, que deverá ser apropriado na forma estabelecida pela legislação vigente.

Art. 3º Nas operações realizadas por estabelecimento moageiro ou importador de farinha de trigo, não se exigirá o pagamento do imposto dos seguintes produtos tributados na forma deste Decreto:

I – trigo em grão;

II – farinha de trigo;

III – mistura de farinha de trigo a outros produtos.

(...)

§ 5º Fica concedido às empresas industriais sediadas neste Estado, beneficiárias do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, que utilizarem farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo a outros produtos, como insumos de sua produção, crédito correspondente a 27,27% (vinte e sete inteiros e vinte sete centésimos por cento) do valor integral do imposto relativo à aquisição mensal dos mencionados produtos, cujo montante, no final de cada período, será transportado para o item “007 – Outros Créditos”, no Livro Registro de Apuração do ICMS, ou ser utilizado, conforme autorização da Secretaria da Receita Estadual, para compensar no recolhimento de que trata o § 5º do artigo anterior.

Da análise dos dispositivos acima reproduzidos, bem como do conteúdo do campo “Descrição da Infração” do Auto de Infração, extrai-se, inequivocamente que a denúncia se reporta a operações realizadas internamente, ou seja, dentro do Estado da Paraíba.

Por outro lado, as provas que embasaram a denúncia e a Nota Explicativa do Auto de Infração não deixam dúvidas de que os fatos que motivaram a acusação relacionam-se a operações realizadas pela autuada, tendo a Paraíba como destino, ou seja, notadamente operações interestaduais realizadas pela J MACEDO S/A, empresa domiciliada na cidade de Fortaleza – CE.

Destarte, resta evidente que os auditores fiscais, ao descreverem a infração supostamente cometida pela autuada, o fizeram de forma equivocada, ao consignarem descrição do fato incompatível com o arcabouço probatório por eles colacionado aos autos.

Diante deste fato, o julgador singular, acertadamente, reconheceu a existência de vício formal em todos os lançamentos, em observância ao que estatui o artigo 17, incisos II e III:

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. (g. n.)

O Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, em diversas oportunidades, reconheceu a necessidade de anulação de Autos de Infração quando caracterizada a existência de vícios de forma, a exemplo da decisão proferida no Acórdão nº 237/2018, da lavra da eminente Cons.º Gílvia Dantas Macedo, cuja ementa transcrevo a seguir:

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA FISCAL. DOCUMENTO ELETRÔNICO. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL DO FATO INFRINGENTE. VICIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O feito fiscal que revela imprecisão na descrição do fato infringente e no embasamento legal traz a eiva que lhe vicia a consistência jurídica, tornando-o passível de anulação. Cabível, pois, a anulação da ação fiscal, sem que disso resulte a impossibilidade do autor em intentar nova ação.

Ressalte-se que, apesar do defeito da forma que determinou o comprometimento do feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório em exame. A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelecem os artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional:

Lei nº 10.094/13:

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.

Código Tributário Nacional:

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

(...)

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

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou nulo o Auto de Infração nº 93300008.09.00003343/2012-05, lavrado em 17 de dezembro de 2012 em desfavor da empresa J MACEDO S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Por último, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, nos termos regulamentares.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de abril de 2019.

Sidney

Watson Fagundes da Silva

Conselheiro Relator