



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

Processo nº1094372016-8

TRIBUNAL PLENO

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Recorrida:REFRESCO GUARARAPES LTDA.

Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO-CAMPINA GRANDE

Autuante: ORLANDO JORGE PEREIRA DE ARAÚJO

Relator(a):CONS.^a MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS- ST. DENÚNCIA IMPRECISA. ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS-ST NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. CASO DE INAPLICABILIDADE DA SUSBTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO DE ENQUADRAMENTO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. DECÚNICA GENÉRICA. AUSÊNCIA DE NOTA EXPLICATIVA. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

Reconhecida a presença de vício formal nas três acusações, necessário invocar o princípio da autotutela que confere à Administração Pública o poder/dever de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, no exercício da autotutela, é declarado nulo o presente auto, resgauradados os interesses da Fazenda Estadual, principalmenet no que se refere ao refazimento de novo procedimento administrativo.

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 da relatora pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular e, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001164/2016-67, lavrado em 26/7/2016, eximindo a empresa REFRESCO GUARARAPES LTDA., devidamente qualificada nos autos, do pagamento do crédito tributário oriundo daquele feito fiscal.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de

dezembro de 2019.

MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), GÍLVIA DANTAS MACEDO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001164/2016-67, lavrado em 27/7/2016, contra a empresa REFRESCO GUARARAPES LTDA. (CCICMS: 16..024.804-3), em razão da seguinte irregularidade.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Nota explicativa: Referente a faturas emitidas no período de agosto de 2011 e junho de 2016.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS- ST (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 retenção do imposto devido.

Nota explicativa: Referente a faturas emitidas no período de agosto de 2011 e junho de 2016.

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

Nota explicativa: Referente a faturas emitidas no período de agosto de 2011 e junho de 2016.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário no valor de R\$ 5.036.606,33 (cinco milhões, trinta e seis mil, seiscentos reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 2.729.205,06 (dois milhões, setecentos e vinte e nove mil, duzentos e cinco reais e seis centavos) de ICMS R\$ 2.729.205,06 (dois milhões, setecentos e vinte e nove mil, duzentos e cinco reais e seis centavos) à título de multa

por infração com fulcro nos artigos 82, V, “c”, “e” e “g”, da Lei nº: 6379/96.

Juntou documentos às fls. 3/28.

Regularmente cientificada, por meio de oposição de assinatura no auto infracional, conforme fl. 7, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva (fls. 480/481), não apresentando a defesa em si, mas pedindo dilação de prazo para a produção de provas.

Deferido o pedido de realização de diligência, conforme despacho à fl. 195, os autos foram remetidos à auditora fiscal Gildett de Marilacc que respondeu a todos os quesitos formulados pela defesa (247/263).

Em reclamação, preliminarmente, aborda a autuada (i) a tempestividade; (ii) que ao descrever os fatos, a fiscalização não descreveu a conduta de forma detalhada, o que comprometeu o exercício da ampla defesa; (iii) que a multa tem caráter confiscatório e desproporcional.

Em suas razões meritórias, alega que:

- Até junho de 2014 atuava na atividade de centro de distribuição, passando, a partir de então, a atuar como depósito fechado, e por isso não há que se falar em incidência de ICMS nesse lapso temporal, pois não havia ocorrência de fato gerador;
- Que antes mesmo desse período, quando o estabelecimento tinha a condição de centro de distribuição, também não era devido o ICMS-ST, seja porque não é devida a cobrança de ICMS-ST entre estabelecimentos da mesma empresa, seja porque o ICMS-ST já fora retido e recolhido pelo fornecedor;
- Que a planilha do fiscal autuante contém faturas que foram objeto de pedido de revisão, com o intuito de demonstrar o pagamento ou o pedido de revisão daquela cobrança. Juntou cópias das notas e eventuais pagamentos.

Por fim, requer que seja dado provimento à Reclamação para que seja decretada a nulidade e/ou improcedência do as Auto discutido.

Ainda, em apenso o Processo nº: 1094382016-2 referente à Representação Fiscal para fins penais.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fl.187), foram os autos conclusos à instância prima, ocasião em que foram distribuídos ao julgador singular – Leonardo do Egito Pessoa – que, em sua decisão, entendeu pela nulidade do feito, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA DELITUOSA IMPRECISAMENTE DENUNCIADA – NULIDADE DO RESPECTIVO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ST NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. CONDUTA DELITUOSA IMPRECISAMENTE DENUNCIADA – NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA GENÉRICA- NULIDADE DO RESPECTIVO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

- O fiscal autuante equivocou-se ao identificar a natureza da infração, haja vista ter descrito como elemento motivador da infração a constatação da falta de recolhimento do ICMS-ST, quando o fato real ocorrido foi a falta de recolhimento do ICSM Diferencial de Alíquotas. Nulidade que se detecta em observância ao que dispõe o artigo 17 e incisos do PAT, Lei nº: 10.094/13.

- Sujeitam-se às normas comuns do RICMS/PB e não serão objeto de substituição tributária, as

remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista. Falha na definição da matéria tributável. Nulidade que se detecta em observância ao que dispõe o artigo 17 e incisos do PAT, Lei nº: 10.094/13.

- O não recolhimento do imposto nos prazos previstos na legislação constitui infração tributária estadual, nos termos da Lei 6379/96. In casu, o lançamento tributário apresenta falha na definição da matéria tributável, posto que descrita de forma genérica, apresentando-se viciado quanto ao aspecto formal, e , por este fato deve 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 ao lançamento regular.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Regularmente notificada da decisão monocrática, conforme Aviso de Recebimento fls. 516, a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento do recurso hierárquico.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *recurso hierárquico* contra a decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001164/2016-67, sobre denúncias de **(i)** falta de recolhimento do ICMS-ST, **(ii)** falta de recolhimento do ICMS-ST na condição de contribuinte substituído e **(iii)** falta de recolhimento do ICMS formalizada contra a empresa acima qualificada.

Inicialmente, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo.

“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.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de

infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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;

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.”.

Preliminarmente, corroboro com o entendimento do julgador singular no sentido de que a peça reclamatória é tempestiva. Por essa razão, atendendo o quesito temporal, fora acolhida e apreciada.

Ainda nas preliminares suscitadas, sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, o assunto não tem margem para maiores discussões, visto que a aplicação da penalidade imposta pela autoridade fiscal é realizada com o amparo da legislação, não sendo as cortes administrativas competentes para apreciar a celeuma.

Levando em consideração a necessidade de diligência-contábil apresentada pela autuada, o pedido fora deferido e respondido todos os quesitos apresentados em sua petição, não havendo que se cogitar o cerceamento de defesa neste caso.

Passando à análise do mérito, observa-se que, quanto à primeira acusação, qual seja, **falta de recolhimento do ICMS-ST**, conforme observado pelo julgador singular, o lançamento indiciário está embasado na fatura em aberto nº: 3004387416, todavia, de acordo com o relatório da diligência, consta da referida fatura as notas fiscais nº 5605 e 5603 (folder) e 17316 (toner), objetos de uso e consumo não sujeitos ao ICMS-ST e sim ao ICMS- Diferencial de Alíquota. Assim, resta evidenciado que houve equívoco na identificação da natureza da infração.

Em decorrência do erro, não há como acolher a referida acusação, sendo necessário seguir o entendimento do julgador singular no sentido de reconhecer o lançamento nulo por vício formal com base no art. 16 e 17, da Lei nº: 10.094/2013:

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;

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.”.

Assim, ratifico a decisão da instância monocrática e concluo pelo cancelamento do crédito tributário no montante de R\$ 579,64 (quinhentos e setenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), sendo resguardados os interesses da Fazenda Estadual no tocante ao refazimento do feito.

Acerca da acusação de **falta de recolhimento do ICMS-ST na condição de contribuinte substituído**, não cabe aqui qualquer retoque à decisão monocrática. Após o retorno da diligência, verifica-se que a fiscal auditora responsável pelas repostas aos quesitos formulados pela reclamante verificou que a maior parte dos créditos constituídos nestes autos é indevido pelo fato de estarem enquadrados nos casos de inaplicabilidade ou por serem casos de ICMS- Diferencial de Alíquota, ou, ainda por serem casos de garantido.

Assim, novamente estamos diante de enquadramento equivocado da infração e, portanto, não há como acolher a presente acusação, sendo necessário, a fim de resguardar os interesses da Fazenda Estadual, declarar a nulidade por vício formal do lançamento em questão, ressaltando a possibilidade de realização de novo procedimento fiscalizatório.

Portanto, em sintonia com a decisão monocrática, identificado o erro na descrição do fato, concluo, assim como já declarado pelo julgador monocrático, pela manutenção do cancelamento do montante de R\$3.770.614,58 (três milhões, setecentos e setenta mil, seiscentos e quatorze reais e cinquenta e oito centavos).

Sobre a terceira e última acusação acerca de **falta de recolhimento de ICMS**, temos que tal acusação isolada parece carente de complementação. Isto porque a falta de recolhimento de ICMS se processa das mais diversas formas, não sendo possível ao contribuinte defender-se de acusação genérica, sem qualquer nota explicativa.

Nesse toar, é de se reconhecer que a acusação sob exame retrata a ocorrência de vício formal caracterizado pela imprecisão e incerteza na tipificação, fato que motiva a nulidade do lançamento em análise.

O entendimento encontra esteio em parecer da lavra da Procuradoria em processos semelhantes, conforme trouxe o julgador de primeira instância, a título de exemplo. A infração formulada de maneira genérica dificulta o exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios sagrados para que se alcance a justiça fiscal.

Nesse sentido, necessário ratificar a decisão monocrática e declarar nulo o lançamento referente à esta infração, conforme preceitua a legislação, vez que se encontra incompleto:

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;

(...)

Com esses argumentos, corroboro com a instância monocrática e mantenho cancelado o valor de R\$ 1.265.412,11 (um milhão, duzentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e doze reais e onze centavos).

Ressalto que é resguardado à Fazenda Estadual a abertura de novo procedimento fiscal a fim de que sejam corrigidos os vícios apontados.

Isto posto,

VOTO pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular e, e quanto ao mérito, pelo seu *desproimento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001164/2016-67, lavrado em 26/7/2016, eximindo a empresa REFRESCO GUARARAPES LTDA., devidamente qualificada nos autos, do pagamento do crédito tributário oriundo daquele feito fiscal.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2019.

MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS
Conselheira Relatora