

PROCESSO Nº 1291942018-6
ACÓRDÃO Nº 0007/2022
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: MERCADINHO JARDINENSE LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: WALTER LICÍNIO SOUTO BRANDÃO
Relator: CONS.º SUPLENTE HEITOR COLLETT
Relator do Voto Divergente: CONSº LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VÍCIO DE
FORMA - NULIDADE - REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA
- AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO VOLUNTÁRIO
PROVIDO.

*- A imprecisão/incompletude quanto à indicação dos dispositivos
legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade,
vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que
estabelece o artigo 17,III, da Lei nº 10.094/13. Ressalte-se o fato de
existir acusação específica para a conduta infracional identificada,
devendo ser a mesma aplicada, em respeito ao princípio da
especialidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.*

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

A C O R D A M à maioria e de acordo com o voto divergente do
Cons.º Leonardo do Egito Pessoa, acompanhando as Conselheiras Maíra Catão da Cunha
Cavalcanti Simões e Thaís Guimarães Teixeira Fonseca, pelo recebimento do Recurso
Voluntário, por regular e tempestivo e, quanto a mérito, pelo seu provimento, para reformar
a decisão monocrática e julgar nulo por vício formal o auto de Infração de Estabelecimento
nº 93300008.09.00001219/2018-09, lavrado em 25/07/2018, contra a empresa,
MERCADINHO JARDINENSE LTDA., inscrição estadual nº 16.148.573-1, eximindo-a de
quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo
procedimento acusatório, em função do vício formal indicado, em observância ao que
preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art.
173, II, do CTN.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma
regulamentar.

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de
videoconferência, em 19 de janeiro de 2022.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Voto Divergente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E HEITOR COLLETT (SUPLENTE).

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora



PROCESSO Nº 1291942018-6
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: MERCADINHO JARDINENSE LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: WALTER LICÍNIO SOUTO BRANDÃO
Relator: CONS.º SUPLENTE HEITOR COLLETT
Relator do Voto Divergente : CONSº LEONARDO DO EGITO PESSOA.

VOTO DIVERGENTE

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- A imprecisão/incompletude quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17,III, da Lei nº 10.094/13. Ressalte-se o fato de existir acusação específica para a conduta infracional identificada, devendo ser a mesma aplicada, em respeito ao princípio da especialidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001219/2018-09, lavrado em 25/07/2018, contra a empresa, MERCADINHO JARDINENSE LTDA., inscrição estadual nº 16.148.573-1, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/2013 a 12/2015, em que consta a seguinte denúncia:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: CONTRIBUINTE CLASSIFICOU EM SEUS CUPONS FISCAIS, MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, E NÃO TRIBUTÁVEL (PERCENTUAL NÃO SUBSTANCIAL, COMPARANDO-SE COM O F1) (VER RELATÓRIOS AUDITORIA ECFS/ARQUIVOS BINÁRIOS), PERÍODO: 01/01/2013 A 31/12/2015.

Foi dado como infringido, o artigo 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo apurado um crédito tributário no valor total de **R\$ 497.256,61 (quatrocentos e noventa e sete mil, duzentos e cinquenta e seis reais e sessenta e um centavos)**, sendo R\$ 331.504,34 (trezentos e trinta e um mil, quinhentos e quatro reais e trinta e quatro centavos) de ICMS, nos termos do art. 106 do RICMS/PB e R\$ 165.752,27 (cento e sessenta e cinco mil, setecentos e cinquenta e dois reais e vinte e sete centavos), a título de multa por infração, fundamentada no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Embasando a denúncia, a fiscalização trouxe aos autos, a Informação Fiscal e planilhas gravadas em mídia digital em CD, contendo os relatórios detalhados referentes aos itens vendidos com suas respectivas classificações tributárias, que serviram de base para a autuação (fl. 12 a 16 e 19 a 21).

O contribuinte foi previamente notificado (Notificação 00447591/2018) para, espontaneamente, recolher o ICMS, ou se pronunciar, justificando as irregularidades fiscais detectadas através das análises dos ECF's (fl. 14).

Cientificada pessoalmente do resultado da presente ação fiscal, em 26/07/2018 (fl.05), a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 23/08/2018 (fl. 22 a 29), com os seguintes fundamentos em sua defesa:

- O Auditor autuante deveria ter entregue ao contribuinte as planilhas por ele elaboradas, que contivessem os números dos cupons fiscais e/ou o contador de contagem de operações (COO) de cada equipamento, com datas e a discriminação das mercadorias tributáveis, que erroneamente foram classificadas nos citados cupons fiscais como sendo submetidas à ST (F1) ou isentas (II);

- O contribuinte só recebeu a cópia do auto de infração, a notificação de nº 00447591/2018 e 146 (cento e quarenta e seis planilhas), inseridas a partir das fls. 15 dos autos, que só fazem referência aos números dos ECFs, à identificação das mercadorias tributáveis e a soma destas mercadorias – planilhas essas impróprias e insuficientes, visto que deveriam apresentar os números dos cupons fiscais e/ou COO de cada equipamento auditado;

- O valor total do crédito tributário lançado no auto de infração é R\$ 45.539,48 maior do que o valor apurado nas planilhas apresentadas juntamente com a Notificação 00447591/2018, que antecedeu a lavratura do auto de infração;

Por fim, afirmando que houve cerceamento de defesa, e carreando aos autos a planilha que aduz ter recebido do Auditor, a impugnante requer a improcedência do auto de infração em exame.

Documentos acostados pela Impugnante às fls. 33 a 176 dos autos.

Os autos foram conclusos e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 180), onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela procedência do feito fiscal (fl. 182 a 187), com a seguinte Ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. CUPONS FISCAIS INDICANDO COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. DENÚNCIA CARACTERIZADA.

- Os documentos fiscais de saídas de mercadorias não devem indicar como isentas ou não tributadas, operações sobre as quais recai o imposto estadual. - A autuada demonstra ter perfeito conhecimento acerca do que está sendo acusada, e limita-se em apresentar a frágil argumentação de que faltaram maiores informações acerca dos documentos fiscais denunciados na peça basilar.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada, da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico, em 24/05/2021 (fl. 190), a autuada apresentou recurso voluntário tempestivo, em 15/06/2021, onde, em síntese, apresenta os seguintes argumentos em sua defesa:

- Nulidade do auto de infração, por erro e insuficiência de dispositivos legais necessários para permitir a subsunção dos fatos à norma;

- Decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 26/07/2013, visto que todas as operações objeto da presente autuação foram declarados na EFD, tendo o ICMS mensalmente apurado e recolhido;

- Apesar de ter recebido juntamente com a notificação, 146 planilhas denominadas de “Mercadorias sujeitas a tributação normal (T17) classificadas como substituição tributária (FI)”, referentes aos ECF’s analisados pela auditoria, a recorrente sentiu-se impossibilitada de verificar a veracidade dos fatos, visto que as planilhas não especificaram os números dos COO (Contador de Ordem de Operação) de cada ECF;

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso para que seja julgado improcedente o auto de infração.

Remetidos os autos a esta casa, foram os mesmos distribuídos ao Conselheiro Suplente Heitor Collett, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento do recurso voluntário.

Eis o relatório.

VOTO DIVERGENTE

Senhor Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, nobres Conselheiros, Senhora Assessora Jurídica desta Casa e a todos que nos acompanham nessa sessão virtual.

Com todo respeito ao entendimento do nobre Conselheiro Relator pelo voto proferido, todavia, com a *maxima vênia*, entendo por discordar do Eminentíssimo Relator acerca dos seus fundamentos fáticos e jurídicos, haja vista que a recorrente, valendo do seu direito ao contraditório, alega em preliminar que o seu direito a defesa fora cerceado, porquanto “(...) há erro e insuficiência de dispositivos legais necessários para permitir a subsunção dos fatos à norma.”

No caso em exame, não obstante estar convicto de que o conteúdo probatório reforça a denúncia registrada no Auto de Infração, não há como desconsiderarmos o fato de que fora objeto de contestação explícita pela defesa: a norma legal infringida.

Como bem pontuado pela recorrente, o artigo 106 do RICMS/PB, indicado no Auto de Infração como único dispositivo afrontado pelo contribuinte, é insuficiente para enquadrar a conduta infracional e propiciar a correta e inequívoca compreensão quanto ao fato denunciado. Mais ainda, ao assinalar apenas o *caput* de tal dispositivo que, em verdade, dispõe quanto aos prazos para recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte, a fiscalização deixa de delimitar a matéria tributável, deslocando, para a seara da generalidade, conteúdo de essencial relevância para a constituição do crédito tributário.

Assim, não obstante o zeloso e criterioso trabalho desenvolvido pelo diligente fiscal autuante, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório apontou como dispositivo legal infringido apenas e tão somente o art. 106 do RICMS/PB, estando, portanto, o mesmo incompleto. Some-se a isto, o fato de que existem infrações específicas para os fatos ora denunciados, como por exemplo, as infrações de códigos 0188 - INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL e 0195 - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.

Portanto, a falta de elementos (dispositivos infringidos) que possibilitem o contribuinte compreender, de forma plena, a acusação que pesa contra si, são inadmissíveis em um lançamento de ofício e, por este motivo, não devem ser reconhecidos como válidos no Direito Tributário. O direito ao contraditório e à ampla defesa só pode ser exercido em sua totalidade quando, ao sujeito passivo, é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

Diante da identificação de vício formal no tocante aos dispositivos dados como infringidos, tendo em vista que esse vício compromete a exigibilidade do crédito tributário, o que suscita o desfecho estabelecido na disciplina dos arts. 16 e 17, III, da Lei nº 10.094/2013, senão vejamos:

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; (g.n.)

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.)

Por oportuno, ressalto que o entendimento ora defendido já foi adotado por esta Corte Administrativa em situação semelhante:

Acórdão nº 709/2021

ICMS. OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. AJUSTES REALIZADOS – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE – ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização, no tocante a segunda acusação, configurado na falta de indicação dos dispositivos legais especificamente infringidos, com a agravante de havendo acusação específica para a conduta infracional identificada, deve ser a mesma aplicada, em respeito ao princípio da especialidade. Cabível a realização de novo feito fiscal. (g.n.)

Relator: Cons. LEONARDO DO EGITO PESSOA

Neste diapasão, a anulação do Auto de Infração por violação ao Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, do qual derivam os seus consectários lógicos: Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, em virtude da ausência de elementos que possibilitem o entendimento acerca da acusação que está sendo imputada ao contribuinte, é medida que se impõe como forma de buscar a justiça fiscal.

Pelos fundamentos acima evidenciados, peço *vênia* para divergir do posicionamento do nobre relator, quanto ao seu entendimento em relação a querela posta, para julgar nulo por vício formal o auto de infração ora em combate.

Diante do exposto.

VOTO pelo recebimento do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo e, quanto a mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão monocrática e julgar nulo por vício formal o auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001219/2018-09, lavrado em 25/07/2018, contra a empresa, MERCADINHO JARDINENSE LTDA., inscrição estadual nº 16.148.573-1, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de janeiro de 2022.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Divergente

PROCESSO Nº 1291942018-6

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MERCADINHO JARDINENSE LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: WALTER LICÍNIO SOUTO BRANDÃO.

Relator: CONS.º SUPLENTE HEITOR COLLETT.

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA - ACUSAÇÃO ASSIMILADA. DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS (ISENTAS OU SUJEITAS AO ICMS - ST) MERCADORIAS SUJEITAS AO ICMS NORMAL, RESULTA EM FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ILÍCITO FISCAL PARCIALMENTE CONFIGURADO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A assimilação da autuada quanto à infração narrada torna despicienda a decretação da nulidade do lançamento de ofício, posto que alcançou a sua finalidade, especialmente considerando que foram observados os Princípios do Contraditório da Ampla Defesa.

- Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, visto que constam nos autos, detalhamento em mídia em CD, contendo todas as operações objeto da presente acusação.

- Decadência de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no artigo 150, § 4º do CTN e artigo 22, § 3º, da Lei nº 10.094/13.

- Indicar como não tributadas pelo do ICMS operações de saídas de mercadorias tributadas, resulta na falta de recolhimento do imposto em face da não oferta desses valores a débito na apuração mensal do imposto.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001219/2018-09**, lavrado em 25/07/2018, contra a empresa, **MERCADINHO JARDINENSE LTDA.**, inscrição estadual nº 16.148.573-1, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/2013 a 12/2015, em que consta a seguinte denúncia:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: CONTRIBUINTE CLASSIFICOU EM SEUS CUPONS FISCAIS, MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, E NÃO TRIBUTÁVEL (PERCENTUAL NÃO SUBSTANCIAL, COMPARANDO-SE COM O F1) (VER RELATÓRIOS AUDITORIA ECFS/ARQUIVOS BINÁRIOS), PERÍODO: 01/01/2013 A 31/12/2015.

Foi dado como infringido, o artigo 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo apurado um **crédito tributário no valor total de R\$ 497.256,61** (quatrocentos e noventa e sete mil, duzentos e cinquenta e seis reais e sessenta e um centavos), **sendo R\$ 331.504,34** (trezentos e trinta e um mil, quinhentos e quatro reais e trinta e quatro centavos) **de ICMS**, nos termos do art. 106 do RICMS/PB; e **R\$ 165.752,27**

(cento e sessenta e cinco mil, setecentos e cinquenta e dois reais e vinte e sete centavos), a **título de multa por infração**, fundamentada no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Embasando a denúncia, a fiscalização trouxe aos autos, a Informação Fiscal e planilhas gravadas em mídia digital em CD, contendo os relatórios detalhados referentes aos itens vendidos com suas respectivas classificações tributárias, que serviram de base para a autuação (fl. 12 a 16 e 19 a 21).

O contribuinte foi previamente notificado (Notificação 00447591/2018) para, espontaneamente, recolher o ICMS, ou se pronunciar, justificando as irregularidades fiscais detectadas através das análises dos ECF's (fl. 14).

Cientificada pessoalmente do resultado da presente ação fiscal, em 26/07/2018 (fl.05), a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 23/08/2018 (fl. 22 a 29), com os seguintes fundamentos em sua defesa:

- O Auditor autuante deveria ter entregue ao contribuinte as planilhas por ele elaboradas, que contivessem os números dos cupons fiscais e/ou o contador de contagem de operações (COO) de cada equipamento, com datas e a discriminação das mercadorias tributáveis, que erroneamente foram classificadas nos citados cupons fiscais como sendo submetidas à ST (F1) ou isentas (I1);
- O contribuinte só recebeu a cópia do auto de infração, a notificação de nº 00447591/2018 e 146 (cento e quarenta e seis planilhas), inseridas a partir das fls. 15 dos autos, que só fazem referência aos números dos ECFs, à identificação das mercadorias tributáveis e a soma destas mercadorias – planilhas essas impróprias e insuficientes, visto que deveriam apresentar os números dos cupons fiscais e/ou COO de cada equipamento auditado;
- O valor total do crédito tributário lançado no auto de infração é R\$ 45.539,48 maior do que o valor apurado nas planilhas apresentadas juntamente com a Notificação 00447591/2018, que antecedeu a lavratura do auto de infração;

Por fim, afirmando que houve cerceamento de defesa, e carreando aos autos a planilha que aduz ter recebido do Auditor, a impugnante requer a improcedência do auto de infração em exame.

Documentos acostados pela Impugnante às fls. 33 a 176 dos autos.

Os autos foram conclusos e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 180), onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela procedência do feito fiscal (fl. 182 a 187), com a seguinte Ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. CUPONS FISCAIS INDICANDO COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS

OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. DENÚNCIA CARACTERIZADA.

- Os documentos fiscais de saídas de mercadorias não devem indicar como isentas ou não tributadas, operações sobre as quais recai o imposto estadual. - A autuada demonstra ter perfeito conhecimento acerca do que está sendo acusada, e limita-se em apresentar a frágil argumentação de que faltaram maiores informações acerca dos documentos fiscais denunciados na peça basilar.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Cientificada, da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico, em 24/05/2021 (fl. 190), a autuada apresentou recurso voluntário tempestivo, em 15/06/2021, onde, em síntese, apresenta os seguintes argumentos em sua defesa:

- Nulidade do auto de infração, por erro e insuficiência de dispositivos legais necessários para permitir a subsunção dos fatos à norma;
- Decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 26/07/2013, visto que todas as operações objeto da presente autuação foram declarados na EFD, tendo o ICMS mensalmente apurado e recolhido;
- Apesar de ter recebido juntamente com a notificação, 146 planilhas denominadas de “Mercadorias sujeitas a tributação normal (T17) classificadas como substituição tributária (F1)”, referentes aos ECF’s analisados pela auditoria, a recorrente sentiu-se impossibilitada de verificar a veracidade dos fatos, visto que as planilhas não especificaram os números dos COO (Contador de Ordem de Operação) de cada ECF;
- Requer a improcedência do auto de infração.

Remetidos, a este Corte de julgamento, os autos foram distribuídos a esta relatoria.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001219/2018-09, lavrado em 25/07/2018, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

NULIDADES.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza a matéria tributável, complementado pela Nota Explicativa, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com as determinações do art. 142 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos artigos. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT):

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;
- 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;
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

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.

Com relação aos proclames da recorrente, arguindo a nulidade do auto de infração, por vício formal, alegando erro e insuficiência de dispositivos legais necessários para permitir a subsunção dos fatos à norma, este não procede, visto que, pode-se verificar a compreensão da recorrente, exteriorizada no recurso, sobre o ilícito cuja prática lhe é atribuída, e que não ocasionou prejuízo à recorrente, que afirma ter tido acesso às “146 planilhas denominadas de “Mercadorias sujeitas a tributação normal (T17) classificadas como substituição tributária (F1)”, referentes aos ECF’s analisados pela auditoria”, combatendo a acusação no seu mérito, não havendo, portanto, que se falar em nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa (interpretação do art. 15, caput da Lei 10.094/13).

Em vários trechos do recurso, faz referência ao fato jurídico motivador do auto de infração, isto é, a infração fiscal que se pretendeu denunciar, mencionando ainda possíveis falhas nas planilhas apresentadas pela fiscalização, demonstrando assim, ter tido acesso e ter o conhecimento dos elementos que serviram de base para a autuação.

Ademais, as informações obtidas pela fiscalização, foram levantadas das declarações mensais da autuada na sua EFD, as quais são fornecidas pelo próprio contribuinte.

Quanto ao argumento de que o valor total do crédito tributário lançado no auto de infração é R\$ 45.539,48 maior do que o valor apurado nas planilhas apresentadas juntamente com a Notificação 00447591/2018, que antecedeu a lavratura do auto de infração, observa-se que esta diferença se deu ao fato de que nas planilhas apresentadas juntamente com a notificação prévia, não constavam os valores apurados do ECF número final 0894.

Salienta-se que, a notificação prévia, além de não ser obrigatória, serve apenas para oportunizar ao contribuinte, espontaneamente, recolher o imposto apurado ou justificar as irregularidades levantadas pela fiscalização.

É elucidativo o inciso III, do artigo 37 da Lei n.º 10.094/13, ao se referir ao início do procedimento de fiscalização, a partir do qual estará autorizada, a autoridade fazendária, a manusear livros e documentos relativos à movimentação de mercadorias ou prestações de serviço que digam respeito aos impostos estaduais:

Art. 37. Considerar-se-á iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações à legislação tributária:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;

III - com a lavratura de Auto de Infração ou de Representação Fiscal, inclusive na modalidade eletrônica;

IV - com qualquer outro ato escrito por auditor fiscal, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

Portanto, com a regular cientificação da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte teve seu direito à ampla defesa preservada, que assim o fez diante da apresentação das peças de defesa e de recurso, no prazo legal, não contrariando as garantias do devido processo legal assegurado pela atual Constituição Federal.

Assim, da análise dos presentes autos, em face das razões acima expostas, concluo pela manutenção da ação fiscal.

DECADÊNCIA

No caso em exame, estamos ante a situação em que a autuada teria apresentado regularmente suas declarações da EFD à Fazenda Estadual e realizado o pagamento do imposto, ainda que de modo parcial, ou a menor do que o devido, o que, evidentemente, demonstra que as operações objeto da autuação já eram de conhecimento do FISCO Estadual à época dos fatos geradores. Sendo assim, em consonância com o art. 22, § 3º, da Lei nº 10.094/2013, não resta dúvida de que o prazo decadencial para a constituição

do crédito submete-se à regra imposta pelo § 4º do artigo 150 do CTN, e não a do artigo 173, I, do CTN.

Em consulta ao Sistema ATF desta, pode-se confirmar que a autuada entregou as declarações da EFD com as informações fiscais, sem omissões, dos documentos fiscais objeto da presente autuação.

Neste norte, como **a ciência do Auto de Infração em tela ocorreu pessoalmente, em 26/07/2018** (fl. 05) e, para o caso em questão, o prazo decadencial tem como referência a ocorrência do fato gerador, devem, portanto, serem **excluídos da autuação, os lançamentos referentes aos fatos geradores ocorridos até 26/07/2013**, identificados na inicial.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (285)

Nesta acusação, a fiscalização efetuou o lançamento de ofício, ao constatar que o contribuinte consignou como não tributadas (sujeição ao regime de substituição tributária ou isentas) pelo ICMS, operações de saídas de mercadorias tributadas por este imposto, registradas nos equipamentos de emissão de cupom fiscal – ECF, números (final) 0894, 0895, 1931, 5192, 5069 e 5173, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

Para demonstrar as infrações, a Fiscalização anexa aos autos planilhas, mídia CD e a Informação Fiscal (fl. 12 a 16 e 19 a 21), demonstrando, por Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, mês a mês, os números dos COO, o número do Cupom Fiscal, a descrição das mercadorias, a quantidade em Kg ou em unidades, o valor unitário do produto, o valor total da operação, a data da operação, a classificação da alíquota do imposto, o valor do ICMS e o montante mensal das operações que serviram de base para os lançamentos, servindo de provas suficientes para demonstrar as operações objeto da presente de autuação, que serviram de base para os lançamentos.

As informações sobre as operações de vendas foram obtidas pela Fiscalização, em consulta a EFD da própria autuada, onde constam suas declarações mensais, a qual a empresa está obrigada a apresentar.

Em sua defesa, a recorrente não apresenta provas capazes de ilidir a acusação imposta na inicial, limitando-se à requisição de nulidade do auto de Infração.

Com efeito, ao declarar, como sujeitas ao regime de substituição tributária ou isentas, operações sujeitas à incidência do ICMS normal, o contribuinte excluiu irregularmente da apuração mensal do ICMS o valor dessas operações, uma vez que as mesmas não tiveram seus valores oferecidos a débito na apuração mensal do ICMS, sujeitando-se ao lançamento de ofício, objetivando a recuperação do imposto inadimplido.

Vejamos o que o RICMS/PB dispõe a esse respeito:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

IV - 17% (dezessete por cento), nas operações e prestações internas e na importação de bens e mercadorias do exterior;

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 3º, o valor da operação;

Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota cabível sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do imposto;

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

§ 2º O imposto será apurado:

I - por período;

II - por mercadoria ou serviço, dentro de determinado período;

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

d) o valor total do débito do imposto;

l) o valor do imposto a recolher;

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de (Decreto nº 30.177/09):

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

VIII – nos demais casos, no momento em que surgir a obrigação tributária.

§ 8º Portaria do Secretário de Estado da Fazenda poderá dispor sobre o prazo e a forma de recolhimento das operações e prestações previstas neste artigo.

Art. 113. O recolhimento do imposto após os prazos regulamentares será feito com as penalidades e acréscimos previstos na legislação vigente, sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo anterior.

Portanto, as operações de saídas estavam sendo realizadas em desacordo com a legislação de regência, caracterizando-se a ocorrência de infração tributária em virtude de ter registrado como operações não tributadas, as operações de saídas de mercadorias

tributáveis normalmente, realizadas através dos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal – ECF, tendo, conseqüentemente, deixado de recolher o ICMS no prazo legal, no todo ou em parte, haja vista tais operações fiscais não terem seus valores sido incluídos para efeito de débito na apuração mensal do imposto.

Assim, evidenciado o supracitado descumprimento de obrigação tributária, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, inciso II, alínea “e”, pune com multa a prática danosa baseada em escrituração errônea dos lançamentos das operações fiscais realizadas no ECF, visto falsear a realidade dos fatos geradores a qual prevê a seguinte penalidade:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

II – de 50% (cinquenta por cento):

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Feitas todas estas observações e excluídos os valores alcançados pela decadência, restam devidos os seguintes valores de crédito tributário no Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001219/2018-09**:

L.	infra	Mês	B.C.	aliq	ICMS	%m	Multa	Total
1	0285	jan-13	8.442,05		Decadência			
2	0285	fev-13	8.289,79		Decadência			
3	0285	mar-13	12.127,58		Decadência			
4	0285	abr-13	49.117,09		Decadência			
5	0285	mai-13	145.154,27		Decadência			
6	0285	jun-13	206.054,70		Decadência			
7	0285	jul-13	32.604,05	17	5.542,67	50	2.771,34	8.314,01
8	0285	ago-13	170.248,42	17	28.942,23	50	14.471,12	43.413,35
9	0285	set-13	142.016,93	17	24.142,88	50	12.071,44	36.214,32
10	0285	out-13	146.646,79	17	24.929,95	50	12.464,98	37.394,93
11	0285	nov-13	63.851,14	17	10.854,69	50	5.427,35	16.282,04
12	0285	dez-13	51.194,89	17	8.703,13	50	4.351,56	13.054,69
13	0285	jan-14	40.792,23	17	6.934,68	50	3.467,34	10.402,02
14	0285	fev-14	33.007,61	17	5.611,29	50	2.805,65	8.416,94
15	0285	mar-14	36.702,43	17	6.239,41	50	3.119,71	9.359,12
16	0285	abr-14	34.150,22	17	5.805,54	50	2.902,77	8.708,31
17	0285	mai-14	22.410,02	17	3.809,70	50	1.904,85	5.714,55
18	0285	jun-14	15.304,15	17	2.601,71	50	1.300,86	3.902,57
19	0285	jul-14	19.181,38	17	3.260,83	50	1.630,42	4.891,25
20	0285	ago-14	34.408,84	17	5.849,50	50	2.924,75	8.774,25
21	0285	set-14	40.563,38	17	6.895,77	50	3.447,89	10.343,66
22	0285	out-14	46.377,77	17	7.884,22	50	3.942,11	11.826,33
23	0285	nov-14	41.866,86	17	7.117,37	50	3.558,69	10.676,06
24	0285	dez-14	45.183,74	17	7.681,24	50	3.840,62	11.521,86
25	0285	jan-15	41.117,95	17	6.990,05	50	3.495,03	10.485,08
26	0285	fev-15	38.171,21	17	6.489,11	50	3.244,56	9.733,67
27	0285	mar-15	34.607,89	17	5.883,34	50	2.941,67	8.825,01
28	0285	abr-15	26.491,79	17	4.503,60	50	2.251,80	6.755,40
29	0285	mai-15	25.110,67	17	4.268,81	50	2.134,41	6.403,22
30	0285	jun-15	22.042,23	17	3.747,18	50	1.873,59	5.620,77

31	0285	jul-15	27.925,76	17	4.747,38	50	2.373,69	7.121,07
32	0285	ago-15	25.020,39	17	4.253,47	50	2.126,74	6.380,21
33	0285	set-15	23.667,06	17	4.023,40	50	2.011,70	6.035,10
34	0285	out-15	31.104,90	17	5.287,83	50	2.643,92	7.931,75
35	0285	nov-15	24.117,69	17	4.100,01	50	2.050,01	6.150,02
36	0285	dez-15	15.410,63	17	2.619,81	50	1.309,91	3.929,72
			Totais:		229.720,80		114.860,48	344.581,28

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu parcial provimento, reformando a sentença exarada na instância monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001219/2018-09, lavrado em 25/07/2018, contra a empresa, MERCADINHO JARDINENSE LTDA., inscrição estadual nº 16.148.573-1, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 344.581,28 (trezentos e quarenta e quatro mil, quinhentos e oitenta e um reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 229.720,80 (duzentos e vinte e nove mil, setecentos e vinte reais e oitenta centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 114.860,48 (cento e quatorze mil, oitocentos e sessenta reais e quarenta e oito centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo, que cancelo, por indevido, o montante total de R\$ 152.675,33.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de janeiro de 2022.

03 de Fevereiro de 1832
Heitor Collett
Conselheiro Suplente Relator