



PROCESSO Nº 1758592017-2

ACÓRDÃO Nº 636/2023

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

Recorrida: OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: AGAMENON AUGUSTO DE ATAÍDE

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DE BENS
E/OU MERCADORIAS DESTINADOS A
CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO
ICMS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO -
NULIDADE - MANTIDA DECISÃO RECORRIDA -
AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO DE OFÍCIO
DESPROVIDO.**

Consatado que houve erro na descrição e enquadramento da infração impõem-se a decretação de 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 à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *nulo, por vício formal*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002829/2017-30 (fls. 03 e 04), lavrado em 29 de novembro de 2017, contra a empresa OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, eximindo-a dos créditos tributários lançados.

Em tempo, registre-se a possibilidade de refazimento do feito fiscal por meio da lavratura de nova peça acusatória, nos termos do art. 173, II do CTN.

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

P.R.E.



Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 13 de dezembro de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E HEITOR COLLETT.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1758592017-2
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.
Recorrida: OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.
Autuante: AGAMENON AUGUSTO DE ATAÍDE
Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DE BENS E/OU MERCADORIAS DESTINADOS A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO - NULIDADE - MANTIDA DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

Constatado que houve erro na descrição e enquadramento da infração impõem-se a decretação de 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.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início através do Auto de infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002829/2017-30 (fls. 03 e 04), lavrado em 29 de novembro de 2017, contra a empresa OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, Inscrição Estadual nº 16.900.805-3, no qual consta a seguinte acusação:

0498 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS-DIFERENCIAL DE ALIQUOTA POR ANTECIPAÇÃO NMESES DE FEVEREIRO, MARÇO, ABRIL, MAIO, JUNHO, JULHO, AGOSTO, SETEMBRO, OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2014 CONFORME O ARTIGO 391 – PARÁGRAFO PRIMEIRO DO RICMS/PB.

Em decorrência deste fato, o Agente Fazendário constituiu crédito tributário de R\$ 58.296,28 (cinquenta e oito mil, duzentos e noventa e seis reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 29.148,14 (vinte e nove mil, cento e quarenta e oito reais e quatorze centavos) de ICMS, por infringência ao art. 400, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 29.148,14 (vinte e nove mil, cento e quarenta e oito reais e



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

Ciente da presente Ação Fiscal, via AR, em 15/12/2017, a Autuada protocolou Impugnação tempestiva, em 16 de janeiro de 2018, e em sua defesa, argumentou, em síntese, o seguinte:

- a) De início, salienta que a impugnação foi apresentada de forma tempestiva;
- b) Em seguida, a contribuinte discorre acerca dos fatos alegados pela fiscalização para justificar a autuação ora combatida;
- c) Argumentou, mais à frente, que o referido auto de infração deve ser considerado nulo em virtude, a uma, de que a autuação não deve prosperar, tendo em vista a fiscalização ter laborado em erro formal, haja vista a imprecisão quando da descrição fática da conduta supostamente infringida, ou seja, a fiscalização foi lacônica ao determinar a infração cometida; a dois, por ausência da correta tipificação legal da acusação;
- d) Dessa forma, dispõe que o Fisco findou por laborar em equívoco, predispondo em dúvida o trabalho fiscal, em razão de erro na determinação da matéria tributável e em seu enquadramento legal, violando a liquidez e certeza do lançamento;
- e) Finda essa pretensão, ao ressaltar que o lançamento tributário é um ato administrativo vinculado e obrigatório e estritamente limitado às determinações legais, especialmente ao art. 142 do CTN, estando sua legitimidade condicionada à ocorrência do fato gerador, à matéria tributável, ao cálculo do montante do tributo devido e à aplicação da penalidade cabível, o que não se verifica na exigência fiscal ora em discussão, afrontando, assim, os princípios da legalidade, segurança jurídica, verdade material, contraditório e ampla defesa;
- f) No mérito, entende que o Auto de Infração não merece prosperar porque: i) quase a totalidade (937) das notas fiscais autuadas, o respectivo imposto foi devidamente recolhido, através de GNRE eletrônica; ii) a não incidência de ICMS, nas operações de remessa em substituição de partes e peças defeituosas em virtude de garantias, em conformidade com o art. 88, do RICMS/PB; iii) parte dos documentos fiscais penalizados foi apropriadamente cancelado pelos seus emitentes e, por conseguinte, não é devedora desse imposto, mas ao contrário, tem o direito de requerer a restituição do ICMS pago; e iv) a ausência do recolhimento do imposto de uma pequena parcela de notas fiscais, pode ser integralmente compensada com os valores pagos indevidamente e que são passíveis de restituição;
- g) Protesta pela realização de diligência e pela eventual juntada de documentação suplementar, visando averiguar a exatidão dos valores que podem ser considerados como devidos pela Impugnante, em atenção aos Princípios da Verdade Material e da Ampla Defesa;
- h) A multa aplicada, além de confiscatória, ultrapassa o limite da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com a informação de inexistência de antecedentes fiscais para a infração posta na inicial, foram os autos conclusos e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, ocasião na qual foram distribuídos ao Julgador Fiscal CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ, que julgou nulo o auto de infração



em apreço, nos termos da ementa abaixo transcrita, e recorreu, de ofício, de sua decisão, por força do que estabelece o art. 80, §1º da Lei nº 10.094/2013.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

No período de fevereiro a dezembro de 2014, 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 “falta de recolhimento do ICMS substituição tributária”, com o cancelamento dos valores apurados.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Cientificada da decisão proferida pela instância prima, via DT-e, em 04/08/2022, a autuada não mais se manifestou nos autos.

Ato contínuo, foram os autos remetidos esta Corte Julgadora e distribuídos a esta Relatora, segundo critérios regimentais, previsto para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de ofício interposto em face da decisão de primeira instância que julgou NULO o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002829/2017-30 (fls. 03 e 04), lavrado em 29 de novembro de 2017, contra a empresa OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

A matéria em apreciação versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do ICMS-Substituição Tributária, nas operações interestaduais de aquisições de mercadorias, originadas de documentos fiscais eletrônicos listados em planilha fiscal, apensada aos autos, às fls. 12 a 41.

Consoante assinalado na peça acusatória, o sujeito passivo teria violado o artigo 400 do RICMS/PB, que assim dispõem:

Art. 400. O recolhimento através da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, de que trata o inciso II do art. 397, será efetuado:

(...)

II - até o 9º (nono) dia do mês subsequente ao da saída, nas operações com veículos;



III - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao que ocorreu a retenção nas operações com farinha de trigo, cerveja e refrigerante para os Estados integrantes das regiões Norte e Nordeste;

IV - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

Como medida punitiva para a conduta infracional evidenciada pela fiscalização foi aplicada a multa disposta no artigo 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Registre-se, à esta altura, que o objeto do recurso de ofício a ser discutido por esta relatoria estará restrita as razões de decidir do julgador monocrático que culminaram na nulidade, por vício formal, do feito fiscal porquanto constatou equívoco cometido pela auditoria fiscal consistente de dissonância entre o levantamento fiscal e a descrição da infração invocada, de modo a comprometer a perfeita identificação da natureza da infração.

Diante deste fato, trilhou bem o julgador monocrático que, ao se deparar com flagrante incongruência entre a descrição da infração, o conjunto probatório que serviram de base para a acusação, e conseqüentemente, os dispositivos dados por infringidos, concluiu pela nulidade, por vício formal, do auto de infração, arrematando suas razões de decidir nos seguintes termos:

“Ademais, a Nota Explicativa, que complementa a redação da descrição da infração constante no Auto de Infração, descreve como sendo: “A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS-DIFERENCIAL DE ALIQUOTA POR ANTECIPAÇÃO NMESES DE FEVEREIRO, MARÇO, ABRIL, MAIO, JUNHO, JULHO, AGOSTO, SETEMBRO, OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2014 CONFORME O ARTIGO 391 – PARÁGRAFO PRIMEIRO DO RICMS/PB.” (fl. 03).

Ou seja, a Nota Explicativa e o demonstrativo fiscal que serviram de base para a autuação ora contestada e que foram anexados aos autos pela fiscalização, se reportam à acusação de “falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas”, ocorrida na entrada interestadual de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento e a descrição da infração se reporta a hipótese da Autuada, na condição de sujeito passivo por substituição, ter adquirido em outras Unidades da Federação, bens e produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária sem a retenção e o recolhimento do ICMS-ST.



Em razão do fato acima, a Auditoria identificou violação ao art. 400, do RICMS/PB. Veja-se:

(...)

Por sua vez, a penalidade aplicada na inicial teve por fundamento o art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008, de 05.06.2013:

(...)

Importa reconhecer que diante do texto acusatório em debate, evidencia-se incorreta

a descrição do fato que se pretendeu denunciar, vez que, repita-se, ao invés de imputar a infração de “falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas”, descreveu que teria havido a inexistência de pagamento do ICMS Substituição Tributária. Assim, resta configurado o vício formal previsto no art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013. Vejamos:

(...)

Neste sentido, concluo que existiu erro na descrição do fato gerador, onde recorro ao texto normativo dos artigos 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de vício formal na acusação, passível de novo procedimento fiscal, (...)

Da análise dos presentes autos, em face das normas acima transcritas, verifica-se que não se encontram atendidos todos os requisitos impostos pela legislação tributária no presente lançamento.

Conforme consta na peça acusatória (fls. 03), o presente lançamento não revela acusação fiscal condizente com os elementos juntados aos autos (fls. 05/41), divergindo frontalmente com a realidade dos fatos apurados pelo Fisco e, conseqüentemente, o enquadramento legal está inadequado, relativamente às operações autuadas realizadas pela Impugnante.

Dessa realidade, após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, confirmo a existência de vício de natureza formal insanável, exatamente no que confere à descrição dos fatos dados como infringentes, com o respectivo enquadramento legal.”

Logo, pelo que se extrai dos autos, constata-se que, em verdade, a narrativa descritiva se apresenta viciada por erro na determinação da natureza da infração, motivo pelo qual deverá ser declarada nula para que outra seja feita de acordo com a realidade factual encontrada.

Cumprе ressaltar que o entendimento pronunciado na instância singular e que, ora se ratifica, guarda harmonia com jurisprudência desta Egrégia Corte Fiscal, a exemplo dos acórdãos abaixo identificados:

Acórdão nº 192/2017

Relator: CONS.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.



FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. VÍCIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

- A peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.

ACÓRDÃO Nº. 247/2019

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. INFRAÇÃO EVIDENCIADA. EFD. INFORMAÇÕES DIVERGENTES DA MOVIMENTAÇÃO DE CRÉDITOS EXTRA-APURAÇÃO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato infringente se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso. “In casu”, a narrativa do fato delituoso, em relação à denúncia sobre divergência de informações de créditos fiscais extra apuração, não corresponde ao fato descrito em nota explicativa, nem às provas contidas nos autos. Fato que ensejou na sucumbência parcial da autuação.

- A falta de registro das notas fiscais de entrada nos livros fiscais próprios contraria as normas da legislação tributária, ensejando a imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, estabelecida em lei.

- Cabível a realização de novo feito fiscal, relativamente às acusações nulas, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Assim, em razão de erro substancial na descrição da infração, apresentado no Auto de Infração, só nos resta manter a nulidade, deste lançamento por vício de forma, nos termos dos arts. 16 e 17, incisos II e III, da Lei nº 10.094/2013, in verbis:

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. (g.n.)



Ressalte-se que, apesar do defeito de forma que comprometeu o 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.

A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a Fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória que atenda às disposições regulamentares, nos termos do artigo 18 da Lei nº 10.094/132.

Diante deste cenário, havemos de reconhecer que não merece reparos a sentença exarada na instância prima, devendo ser mantida a decisão singular pelos seus próprios fundamentos.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *nulo, por vício formal*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002829/2017-30 (fls. 03 e 04), lavrado em 29 de novembro de 2017, contra a empresa OI MÓVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, eximindo-a dos créditos tributários lançados.

Em tempo, registre-se a possibilidade de refazimento do feito fiscal por meio da lavratura de nova peça acusatória, nos termos do art. 173, II do CTN.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 13 de dezembro de 2023.

Larissa Meneses de Almeida
Conselheira Relatora