



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

Processo nº 095.117.2013-9

Acórdão nº 109/2016

Recurso HIE/CRF-790/2014

RECORRENTE: GER. EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

RECORRIDO: EL PESCADOR LTDA

PREPARADORA: COLETORIA ESTADUAL DE CABEDELO

AUTUANTE: REMILSON HONORATO PEREIRA JUNIOR

RELATOR: CONSª. DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. CONCORRÊNCIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. REVELIA. REDUÇÃO DA PENALIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA DA NOVA LEI. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO

O procedimento de auditoria utilizado pela fiscalização no exame da escrita fiscal do contribuinte e em decorrência da ausência de impugnação, fez confirmar, parcialmente, as irregularidades fiscais apuradas. Todavia, em função da descrição lacunosa da conduta apontada pelo autuante, fez-se necessário anular parte do crédito tributário lavrado de ofício. Outrossim, devido à constatação de concorrência nas infrações apontadas, fez-se imperioso absorver a infração de menor monta, referente às notas fiscais de aquisição não registradas, pela infração de maior monta, detectada pelo levantamento da conta mercadorias.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, alterando quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001052/2013-63, lavrado em 12.7.2013, contra EL PESCADOR LTDA, CCICMS nº 16.150.780-8, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 993.316,47 (novecentos e noventa e três mil e trezentos e dezesseis reais e quarenta e sete centavos), sendo os valores, de ICMS, R\$ 512.057,41 (quinhentos e doze mil e cinquenta e sete reais e quarenta e um centavos), por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 399, VI, c/fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II; art. 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/c art. 13, §1º, XIII, alíneas “g” e “h”, da Lei Complementar nº 123/2006, e de multa por infração, R\$ 481.259,06 (quatrocentos e oitenta e um mil e duzentos e cinquenta e nove mil reais e seis centavos), com fulcro no art. 82, inciso V, alíneas “a”, “c”, “e”, “f” e “g”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Em tempo, CANCELO, por indevido, a quantia de R\$ 1.027.539,72 (um milhão, vinte e sete mil e quinhentos e trinta e nove reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 253.483,13, de ICMS, e R\$ 774.056.59, de multa por infração, pelos motivos acima expostos.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 06 de maio de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA. Ausência não Justificada do Conselheiro RICARDO ANTÔNIO E SILVA AFONSO FERREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Hierárquico interposto conforme previsão do art. 80 da Lei nº

10.094/13, contra decisão monocrática que julgou **parcialmente procedente** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001052/2013-63, lavrado em 12 de julho de 2013 (fl. 3), em nome da empresa EL PESACADOR LTDA, nos autos, devidamente qualificada, em razão das seguintes infrações:

· **FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >>** Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

· **FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >>** Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária. O CONTRIBUINTE DESCRITO DEIXOU DE EFETUAR O RECOLHIMENTO DO ICMS CONFORME A REFERIDA FATURA.

· **FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (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 devida retenção do imposto devido.

· **FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA >>** Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional, não recolheu, dentro do prazo legal, o ICMS-Simples Nacional Fronteira (1124)

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

· **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS >>** Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias.

Em decorrência da acusação, foi constituído, na peça acusatória (fls. 3 a 5), o crédito tributário, no valor de **R\$ 2.020.856,19**, sendo **R\$ 765.540,54**, de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, I c/fulcro no art. 646; art. 339; art. 399, inciso VI c/fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II; art. 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/c art. 13, §1º, XIII, alíneas “g” e “h” da Lei nº 123/2006 e **R\$ 1.255.315,65**, de multa, por infração estabelecida no artigo 82, V, “a”, “c”, “g” e “f” e art. 82, inciso II, “e” da Lei n.º 6.379/96.

A ciência do autuado foi feita através de Aviso de Recebimento (fl. 209-B) em 5/8/2013, entretanto não houve impugnação, tornado o acusado **REVEL**, conforme atesta o **Termo de Revelia** (fl. 210).

Não havendo informações de reincidência, conforme se verifica à fl. 211, os autos foram conclusos ao Julgador Fiscal, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, que julgou a peça acusatória **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, pelas razões que, em síntese, passo a apresentar:

- Que o lançamento de ofício foi realizado em consonância com a lei, estando bem discriminados nos autos, a pessoa do infrator e a natureza da infração, o que gera o grau de certeza e liquidez exigida pelo art. 105, § 1º da Lei nº 6.379/96;
- que, em virtude da revelia, deve recair sobre o acusado, o peso da sanção, visto que reputam-se como verdadeiros, os fatos afirmados pelo autuante, em consonância com o art. 319 do Código de Processo Civil, também aplicável ao Processo Administrativo Tributário;
- que, tendo em vista a inovação trazida pela Lei nº 10.008/2013 que reduziu o valor das penalidades aplicáveis, referentes aos fatos imputados pelo autuante, deve-se reconhecer a ocorrência da retroatividade mais benéfica da lei, conforme preceitua o art. 106, do Código Tributário Nacional, cancelando, portanto, o valor de R\$ 627.657,83, referente à penalidade aplicada.

Em contestação, fls.226 a 228, o autuante concorda integralmente com a decisão da primeira instância e solicita que seja mantida a decisão recorrida.

Remetidos os autos a esta Corte, foram, a mim, distribuídos, por critério de sorteio.

Este é o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre infrações por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, aferidas mediante a constatação de notas fiscais de aquisição não registradas nos livros próprios nos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, bem como aferidas através da técnica de levantamento da Conta Mercadorias dos exercícios de 2008, 2009, 2011 e 2012, além de infrações decorrentes da

falta de recolhimento de ICMS-Substituição Tributária por Entradas e de ICMS-Simples Nacional Fronteira.

Antes de adentrar no mérito da causa, importa observar que a peça basilar preenche os requisitos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, exceto quanto à acusação genérica de “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS” com nota explicativa de que “O CONTRIBUINTE DESCRITO DEIXOU DE EFETUAR O RECOLHIMENTO DO ICMS CONFORME A REFERIDA FATURA, visto não haver nos autos evidências de assimilação do autuado sobre o fato ilícito que lhe é imputado.

Neste quesito, ousou dissentir do julgamento da instância prima, que manteve a acusação em tela, porquanto concluiu pela existência de aspectos prejudiciais ao direito de defesa do autuado, em decorrência da descrição lacunosa e imprecisa do teor acusatório, de maneira que é insuficiente para atribuir clareza necessária à compreensão do ilícito que se pretendeu imputar ao sujeito passivo, o qual, em virtude da revelia, não teve qualquer manifestação sobre o fato, impossibilitando saber se este o assimilou acertadamente.

Nesse sentido, é de se reconhecer que a demanda retrata a ocorrência de vício formal quanto à descrição da natureza da infração, fato motivador de nulidade do respectivo lançamento de ofício em decorrência do vício formal caracterizado por imprecisão e incerteza na tipificação do fato, vício esse insuscetível de ser sanado nos próprios autos, o qual não foi considerado na instância singular.

Tal entendimento encontra âncora em parecer proferido pela Assessoria Jurídica desta Casa, na pessoa da Procuradora Dra. Sancha Maria Formiga C. e Rodvalho de Alencar, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, para que se pronunciou a respeito de matéria de idêntica natureza no Processo de nº 090.695.2012-5, que continha narrativa de infração formulada de forma genérica, fato prejudicial diante do desconhecimento do teor narrativo e do estado de revelia da parte autuada, o que tornaria inaplicável o disposto legal contido no artigo 15 da Lei nº 10.094/2013, conforme emenda abaixo transcrita:

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER Nº 01/2014

Processo n.º 090.695.2012-5

RECORRENTE Gerência Executiva de Julg. De Processos Fiscais - GEJUP

RECORRIDA Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda.

REPARTIÇÃO Coletoria Estadual de Sousa

AUTUANTE Wanderlino Vieira Filho

RELATOR(a) Cons^a. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO – REVELIA DA PARTE AUTUADA – DECLARAÇÃO DE NULIDADE – INAPLICABILIDADE DO ART. 15 DO NOVO PAT (LEI Nº 10.094/2013).

.....

Trata-se de diligência requerida pelo Conselho de Recursos Fiscais, quando do julgamento do Recurso Hierárquico do Processo nº 629/2013, após decisão monocrática proferida pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001668/2012-53, lavrado em 07 de agosto de 2012 contra a Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda., condenando-a ao recolhimento da quantia total de R\$ 164.248,22 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos), referente à multa por infração e ao ICMS. Ao mesmo tempo foi cancelado o crédito tributário no valor de R\$ 85.799,25 (oitenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e vinte e cinco centavos), onde R\$ 1.827,57 de ICMS e R\$ 83.951,68 de multa. Assim ementado:

"REVELIA – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA APLICADO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO.

Quem se mantém em estado de revelia, assume o ônus da acusação que lhe é imposta. Todavia, a Lei nº 10.008/2013, que alterou o percentual da multa aplicado e a imprecisão na natureza da infração acarretam a sucumbência parcial do crédito."

Para melhor entendimento do caso, passamos a responder o questionamento das páginas 560/561, item por item:

1 – No que tange à primeira pergunta, se a narrativa ("falta de recolhimento de ICMS") e a capitulação (art. 106 do RICMS PB) no Auto de Infração atendem aos artigos 40 e 41, V, da Lei 10.094/2013, **entendemos que a referida tipificação não atendeu os requisitos legais, pois os documentos constantes nos autos, nitidamente o auto de infração, não trazem com clareza o**

fato gerador do ICMS.

Assim, **resta evidenciado que não foi cumprido o disciplinamento dos artigos referidos, pois se tipificou de forma genérica a infração no auto, não trazendo com objetividade em qual inciso estaria tipificada a infração, em desacordo com o princípio da estrita legalidade, da tipicidade cerrada do direito tributário, ferindo, desta forma, os princípios constitucionais da ampla defesa e o contraditório** (Art. 5º, LV, da CRFB-88).

Art. 40. O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis, inclusive as recidivas, quando for o caso.

§ 1º A Representação Fiscal terá como objeto qualquer das seguintes hipóteses:

I - o imposto declarado e não recolhido;

II - o imposto lançado e apurado em livro próprio, não declarado e não recolhido, no todo ou em parte;

III - o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

IV - a omissão da entrega de documentos de controle e informações fiscais.

§ 2º Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I - por escrituração fiscal eletrônica;

II - em guias de informação e apuração.

§ 3º O registro do imposto em livros fiscais importa a confissão de dívida, ressalvada a hipótese de retificação, quando houver, na forma prevista em legislação específica.

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

[...]

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

Ora, segundo os artigos acima referidos, para que a tipificação constante no Auto de Infração seja válida, **esta tem de coadunar com os fatos narrados e ser expressa de forma clara e específica, sendo inadmissíveis tipificações genéricas, imprecisas, que possam impedir a defesa do contribuinte, bem como que não tragam com clareza e objetividade o motivo real da exação fiscal.**

Observe-se, ainda, que o art. 106 traz diversas hipóteses referentes ao recolhimento direto do ICMS de responsabilidade direta do contribuinte.

Assim, a mera descrição do *caput* do art. 106 do RICMS não especifica em qual das diversas hipóteses constantes neste estaria tipificado o autuado, **sendo, portanto, genérico, e, desta forma, impossibilitando a ampla defesa do autuado.**

Neste sentido são esclarecedores os comentários de Ana Paulo Dourado sobre a tipicidade, pois, entende que esta “estaria assegurada se a incidência do imposto e os fundamentos para o cálculo do montante de imposto a pagar ou base tributária e taxa de imposto constassem, em regra, da lei (DOURADO, 2007).”

Segundo o princípio da tipicidade fechada (ou cerrada) no direito tributário, a lei não pode definir genericamente os aspectos típicos do tributo, de forma que se possa tentar dar uma interpretação extensiva e diferenciada, tentando adaptar o fato descrito ao caso concreto, pois esta prerrogativa dada ao administrador, ao magistrado, ou intérprete, seria uma forma de burlar a lei e gerar uma insegurança jurídica.

Assim, a infração tem de ser descrita de forma precisa, taxativa, para que não permita dúvidas ou interpretações ampliativas.

Nos moldes do Auto de Infração, que menciona unicamente a violação ao art. 106 do RICMS, dificulta a defesa do autuado, posto que não se pode exigir que alguém se defenda de maneira adequada em face da multiplicidade de supostas infrações que poderiam ocorrer com o menção genérica em uma só capitulação legal - “falta de recolhimento de ICMS”. É clara a afronta ao princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa o que, por conseguinte, gera condição inócua à pretensão fiscal almejada, devendo ser sanado tal vício formal.

2 – Em relação ao segundo questionamento, como já respondido no item acima, entendemos que a tipificação constante no AI referido não atendeu aos princípios da tipicidade cerrada, da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que no lançamento tributário em questão a narrativa fora realizada de forma abstrata e imprecisa, impossibilitando o autuado de identificar sobre o que está sendo acusado.

3 – Quanto à terceira indagação, também entendemos que não há clareza acerca da natureza da infração cometida, posto que o art. 106 do RICMS, tido como violado, por “falta de recolhimento de ICMS”, traz diversas hipóteses referentes à necessidade de recolhimento

direto do ICMS pelo contribuinte, e, sem que haja a menção ao inciso e à alínea correlatos, não se tem clareza quanto à tipificação.

.....

Para justificar a não nulidade do auto de infração na hipótese acima mencionada, temos que uma defesa escrita que discorrer e rebate as imputações que lhe são dirigidas de modo pleno e eficaz, só poderia fazê-lo caso compreendesse as infrações que rebateu. Assim, onde residiria o cerceamento à ampla defesa de quem magistralmente se defendeu e a impossibilidade de contraditório de quem soube contraditar?

Além do mais, se o próprio contribuinte apresentou sua defesa, rebatendo a infração, fazendo juntada de documentos/provas de seu direito, sem alegar nenhum prejuízo, restaria precluso seu direito de arguir nulidade por “infração descrita de forma genérica ou imprecisa”, já que teria demonstrado que os demais documentos dos autos, eventual diligência realizada, teriam possibilitado o conhecimento pormenorizado da tipificação imposta, possibilitando, assim, o seu exercício amplo de defesa.

Vejamos que o seguinte julgado apenas admite a nulidade do auto de infração por “descrição imperfeita” quando acarretar perceptível prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, o que não ocorrerá caso este mesmo tenha se defendido quanto ao mérito da acusação, sem fazer qualquer ressalva:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Nulidade do Auto de Infração. A imperfeita descrição dos fatos, aliados a falta de menção dos dispositivos legais infringidos, **quando acarreta perceptível prejuízo ao direito de defesa ao contribuinte, enseja a nulidade do auto de infração**".(Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999).

Registre-se, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, o princípio da “*pas de nullité sans grief*”, que exige a respectiva comprovação do prejuízo para que seja declarada nulidade do processo, aplica-se também à esfera administrativa, como se observa:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO CDC. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVIABILIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE

SEGURANÇA, DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTE: RMS 21.520/RN.

1. A multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo.

2. Não se reconhece a nulidade de auto de infração sem a demonstração do prejuízo causado pela ausência do cumprimento de determinada formalidade (RMS 18.188/GO, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ de 29.05.2006; RMS 131.44/BA, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.04.2006; MS 10.770/DF, 3ª S., Min. Félix Fischer, DJ de 06.02.2006), o que, no caso, não ocorreu.

3. A juntada de apenas algumas das peças que formaram o processo administrativo impede o exame a respeito da alegada falta de oportunidade para a apresentação de defesa antes da aplicação da multa.

[...]5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e desprovido. (STJ. RMS 22.610/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 165) grifamos

"ADMINISTRATIVO -SERVIDOR PÚBLICO -PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
-COMPETÊNCIA -INSTAURAÇÃO DAÇÃO DISCIPLINAR E APLICAÇÃO DA PENA -DELGAÇÃO
-LEGALIDADE -ANULAÇÃO DE ATO PROCESUAL -AUSÊNCIA DE

COMPROVAÇÃO -PREJUÍZO -PROCESSO CRIMINAL -SUPENSÃO CONDICIONAL
-SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINISTRATIVO -DESNECESSIDADE -INDEPENDÊNCIA DAS
ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL -PRECEDENTES -RECURSO DESPROVIDO.

I -omissis

I -Aplicável à espécie o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, que não ocorreu no presente caso.

III e IV –omissis.

V -Recurso conhecido e desprovido." (STJ. RMS 18.8/GO, 5ªT., Min. Gilson Dip, DJde 29.05206) grifamos

Por fim, deve-se destacar que o auto de infração deve ser descrito de forma pormenorizada, específica, clara, posto que no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do autuado manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo autuante, ou seja, é sua oportunidade de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra as tipificações das quais discorde.

Assim, para se evitar discussões quanto à nulidade de auto de infração por violação à ampla defesa/contraditório, deve o autuante descrever a infração apurada, com a indicação da

origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

João Pessoa, 07 de outubro de 2014.

SANCHA MARIA F C R ALENCAR

Procuradora do Estado

Assessora Jurídica do Conselho de Recursos Fiscais

Neste sentido, é convincente a necessidade de nulidade do presente lançamento de ofício, diante desse aspecto peculiar do caso concreto, que retrata uma denúncia sem a tipificação necessária para conhecimento do ato-fato tributário denunciado.

Assim sendo, é fácil concluir que o lançamento compulsório em foco caracteriza-se incompleto e, nessas circunstâncias, não se observa um dos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo: “a descrição da falta” conforme preconizam as disposições constantes do art. 41, V e art. 17, II, ambos, do novo ordenamento processual deste Estado, aprovado pela Lei nº 10.094/2013, adiante transcritos:

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

(...)

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

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:*

Com efeito, trata-se de incorreção que importa a nulidade do lançamento e, por esta razão, atrai para si a determinação de seu refazimento na conformidade da previsão dos arts. 14, III e 18 ambos, da Lei Estadual nº 10.094/2013, que assim dispõem:

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” (Grifo não constante do original).

“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.”*

Neste sentido, transcrevo a ementa de precedente desta Corte:

“DENÚNCIA GENÉRICA. VÍCIO FORMAL NÃO SANÁVEL. REVELIA. NULIDADE. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS. MANTIDA A ACUSAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁQUICO DESPROVIDO.

- A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, lacunoso na descrição acusatória e com narrativa genérica em seu teor, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma estampada no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 10.094/2013, diante da falta de manifestação por parte do sujeito passivo, devendo ser devida a nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal, de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

- Mantida a acusação fiscal, decorrente de entrada de mercadorias não contabilizada, autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente.

- Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013” (Proc. nº 081.602.2013-8, Rec. Hie/CRF nº 60/2014, rel. Cons. João Lincoln Diniz Borges).

Com esses fundamentos, concluo pela nulidade do presente lançamento, ressaltando que apesar do defeito de forma na acusação fiscal, a presente decisão motiva a abertura de nova oportunidade

para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, capaz de atender aos reclamos da legislação de regência.

Quanto aos demais lançamentos, relativos à obrigação principal descumprida em face da falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, omissão de saídas de mercadorias tributáveis e falta de recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira e Substituição Tributária, entendo que estes se apresentam formalmente regulares.

Para melhor compreensão, analisarei individualmente essas acusações:

1 - Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, em períodos compreendidos entre 2009, 2010, 2011 e 2012

No que se refere à acusação de aquisições de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro das notas fiscais de entrada, cabe ressaltar que tal fato infringente encontra amparo na presunção *juris tantum*, prevista no art. 646 do Regulamento do ICMS, *in verbis*:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como **a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão da saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto**, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (grifo nosso)

Dessa maneira, são afrontados os arts. 158, I, e 160, I, do supracitado regulamento, *in verbis*:

“Art. 158”. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1 – A, Anexos 15 e 16:

“I - sempre que promoverem saída de mercadorias”.

“Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias”.

Tratando-se de uma presunção relativa, tem o Estado o privilégio da inversão do *onus probandi*, cabendo ao contribuinte apresentar prova documental da insubsistência do lançamento de ofício. No caso, apesar da inércia do autuado, faz-se mister afastar da acusação as notas fiscais de aquisição de mercadorias indicadas como não registradas referentes aos exercícios 2009, 2011, 2012, em face da diferença tributável obtida através do Levantamento da Conta Mercadorias do mesmo exercício, haja vista as duas infrações serem concorrentes e gerarem a cobrança do imposto estadual em função da **omissão de vendas de mercadorias tributáveis, devendo a menor ser absorvida pela de maior monta**.

Neste sentido, devido à concorrência de infrações, o **montante apurado pela falta de registro das notas fiscais no exercício de 2009, 2011 e 2012 sujeitas à tributação normal do imposto, no valor de R\$ 78.687,22 (fl. 3) deve ser cancelado, uma vez que já está incluído nos valores apontados através do levantamento da Conta Mercadorias dos respectivos exercícios**.

Quanto ao exercício de 2010, entendo que o feito fiscal foi devidamente embasado, inclusive com cópias de todas as notas fiscais, cujas despesas não foram computadas, proporcionando, portanto, o grau de liquidez e certeza que a Lei nº 6.379/96 requer.

2 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis – Conta Mercadorias

Quanto à segunda acusação: OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIA, verifica-se que a fiscalização efetuou o levantamento Conta Mercadorias - exercícios 2008, 2009, 2011 e 2012, mediante arbitramento do lucro bruto de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas, efetuando o confronto deste com a Receita de Vendas, apontando uma diferença tributável, fundada na **presunção de que ocorreu saída de mercadorias tributáveis**, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, § 4º, inciso II, e art. 646, todos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com fulcro nos artigos 9º e 10º da Res. CGSN nº 030, de 07.02.2008, abaixo transcritos:

Art. 643. *No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.*

(...)

§4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

(...)

II- o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular. (g.n.)

Assim, estando o ilícito caracterizado, mediante a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas através do levantamento da Conta Mercadorias, restaria a subsunção à infração ao RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

Portanto, quando da constatação de diferença, faz-se materializar a ocorrência de omissão de saídas tributáveis, ensejando assim infração aos **art. 158, inciso I, art. 160, inciso I**, ambos do RICMS/PB, conforme transcrição *ipsis litteris* abaixo:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias”

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Mais uma vez, visto estar-se ante a um procedimento legalmente embasado e com instrumentos probantes suficientes para caracterizar a presunção de omissão de receitas tributáveis, ratifico a decisão proferida pela instância monocrática que manteve a procedência desta acusação.

3- Falta de Recolhimento de ICMS-Simples Nacional Fronteira e de ICMS-Substituição Tributária por Entradas não retido na origem

A acusação de falta de recolhimento do ICMS decorre de créditos tributários não pagos pelo contribuinte. Trata-se da acusação de falta de pagamento das faturas de recolhimento de ICMS, geradas em função da aquisição de mercadorias em operações interestaduais, em desobediência às disposições contidas nos art. 106, I, “g”, art. 391, I, §§ 5º e 7º, II, e art. 399, II, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e art. 13, §1º, XIII, “g” e “h”, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*..

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

I - antecipadamente:

[...]

g) **nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita, promovidas por estabelecimentos comerciais** ou contribuintes enquadrados no Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – **SIMPLES NACIONAL**, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º, 7º e 8º (Decreto nº 28.401/07);

[...]

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao (Lei nº 7.334/03):

I– industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

[...]

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

[...]

II - qualquer possuidor, inclusive **o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.** (grifos nossos)

[...]

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

[...]

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.”

“LC nº 123/2006:

[...]

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

§ 1o O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

XIII - ICMS devido:

[...]

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

[...]

De acordo com os autos, percebe-se que o autuante teve a cautela de relacionar as faturas, demonstrando, inequivocamente, a inadimplência do contribuinte autuado.

Mais uma vez, não é demais lembrar que estão bem definidas a pessoa do infrator e a natureza das infrações apontadas, de maneira que estão presentes os pressupostos de certeza e liquidez exigidos pelo art. 105, §1º, da Lei nº 6.379/96.

Pelas razões acima, concluo pela procedência da acusação em análise.

Por fim, passo a análise do percentual da multa reformada em primeira instância, referente às penalidades aplicadas.

É notável que a lei nº 10.008/13 alterou o ordenamento tributário ao reduzir as multas previstas no inciso V do art. 82 da Lei nº 6.379/96, tornando, portanto, menos severa a penalidade aplicável. *In verbis*:

Art. 1º Os dispositivos da Lei nº 6.379, de 2 de dezembro de 1996, a seguir enunciados, passam a vigorar com as seguintes redações:

[...]

X - o “caput” do inciso II do art. 82:

“II - de 50% (cinquenta por cento).”;

[...]

XII - o “caput” do inciso V do art. 82:

“V - de 100% (cem por cento).”

O Código Tributário Nacional é bastante claro quanto à aplicação da lei a ato ou fato pretérito. *In verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (g.n.)

Portanto, é acertada a decisão da primeira instância que reduziu o percentual da penalidade em virtude da retroatividade dos efeitos mais benéficos da nova lei.

Diante de todo o acima exposto, entendo que se justifica a alteração do crédito tributário lançado, resultando após os ajustes nos seguintes valores:

DESCRIÇÃO	PERÍODO FATO GERADOR		BASE DE CÁLCULO	ALIQ.	TRIBUTO	MULTA	VALOR MULTA	TOTAL
	INÍCIO	FIM						
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2010	31/01/2010	171,82	17	29,21	100	29,21	58
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/12/2011	31/12/2011			1.047,12	100	1.047,12	2.094
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA	01/04/2012	30/04/2012			142,29	100	142,29	284
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/01/2012	31/01/2012			100,98	100	100,98	201

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/07/2012	31/07/2012			75,60	100	75,60	15
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/12/2011	31/12/2011			643,94	50	321,97	96
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/01/2012	31/01/2012			156,96	50	78,48	23
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/03/2012	31/03/2012			50.434,55	50	25.217,27	75
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA	01/03/2012	31/03/2012			225,00	50	112,50	33
FALTA DE	01/04/2012	30/04/2012			1.215,00	50	607,50	1.

RECOLHI MENTO DO ICMS- SIMPLES NACIONAL FRONTEIR A								
FALTA DE RECOLHI MENTO DO ICMS- SIMPLES NACIONAL FRONTEIR A	01/04/2012	30/04/2012			8.169,00	50	4.084,50	12
FALTA DE RECOLHI MENTO DO ICMS- SIMPLES NACIONAL FRONTEIR A	01/05/2012	31/05/2012			622,21	50	311,11	93
FALTA DE RECOLHI MENTO DO ICMS- SIMPLES NACIONAL FRONTEIR A	01/07/2012	31/07/2012			130,05	50	65,03	19
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC ADORIAS TRIBUTÁV EIS - CONTA M ERCADOR IAS	01/01/2008	31/12/2008	59.475,41	17	10.110,82	100	10.110,82	20
OMISSÃO DE	01/01/2009	31/12/2009	64.997,36	17	11.049,55	100	11.049,55	22

SAÍDAS DE MERC ADORIAS TRIBUTÁV EIS - CONTA M ERCADOR IAS								
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC ADORIAS TRIBUTÁV EIS - CONTA M ERCADOR IAS	01/01/2011	31/12/2011	15.781,61	17	268.287,30	100	268.287,30	53
OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERC ADORIAS TRIBUTÁV EIS - CONTA M ERCADOR IAS	01/01/2012	31/12/2012	938.928,40	17	159.617,83	100	159.617,83	31
TOTAL					512.057,41	-	481.259,06	99

EX POSITIS,

V O T O pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, alterando quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001052/2013-63**, lavrado em 12.7.2013, contra EL PESCADOR LTDA, CCICMS nº 16.150.780-8, declarando devido o crédito tributário no montante de **R\$ 993.316,47 (novecentos e noventa e três mil e trezentos e dezesseis reais e quarenta e sete centavos)**, sendo os valores, de ICMS, **R\$ 512.057,41 (quinhentos e doze mil e cinquenta e sete reais e quarenta e um centavos)**, por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 399, VI, c/fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II; art. 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/c art.

13, §1º, XIII, alíneas “g” e “h”, da Lei Complementar nº 123/2006, e de multa por infração, **R\$ 481.259,06 (quatrocentos e oitenta e um mil e duzentos e cinquenta e nove mil reais e seis centavos)**, com fulcro no art. 82, inciso V, alíneas “a”, “c”, “e”, “f” e “g”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Em tempo, **CANCELO**, por indevido, a quantia de **R\$ 1.027.539,72 (um milhão, vinte e sete mil e quinhentos e trinta e nove reais e setenta e dois centavos)**, sendo R\$ 253.483,13, de ICMS, e R\$ 774.056.59, de multa por infração, pelos motivos acima expostos.

Sala das Sessões

Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 6 de maio de 2016..

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

Conselheira Relatora