



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

Processo nº 007.280.2014-9

Recurso HIE/CRF-770/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Recorrida: JOSÉ VALTER DE ANDRADE LIMA

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE SANTA LUZIA

Autuante: ANTONIO GERVAL P. FURTADO.

Relatora: CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

VENDAS TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. FALTA DE CORRESPONDÊNCIA COM A DOCUMENTAÇÃO INSTRUTÓRIA. NATUREZA DA INFRAÇÃO NÃO DEFINIDA. VÍCIO FORMAL CONFIGURADO. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONTA MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA EM PARTE A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Configurado um equívoco da Fiscalização na descrição do fato infringente, inquinando, por esse motivo, de vício formal o respectivo lançamento de ofício, dá-se a sua nulidade, frente a possibilidade real de ofensa ao direito de defesa do autuado, que se vê diante da impossibilidade de identificar, com segurança, a natureza da infração que se pretendeu lhe imputar. No caso, caracterizou-se o mencionado vício formal na denúncia de vendas sem emissão de notas fiscais ante a falta de nexo de causalidade entre esta e os fatos reproduzidos na documentação que a instrui, o que, nessa parte, demandou a reforma da decisão singular que concluiu pela improcedência dessa delação. Cabível a realização de novo feito fiscal. - O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de Levantamento da Conta Mercadorias tem o efeito de inverter o ônus da prova para cometê-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez do seu resultado. No caso, diante da regularidade na aplicação da referido procedimento de apuração da falta e da ausência de provas para afastar os efeitos da presunção, resta mantido do resultado da ação fiscal, quanto ao ICMS compulsoriamente lançado. - Mantida a redução do valor da penalidade, efetuada na instância prima, tendo em vista o princípio da aplicação retroativa de lei posterior mais benigna.

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, no mérito, pelo seu desprovidimento, para manter em parte a sentença prolatada na primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000086/2014-11 (fls. 5 e 6), lavrado em 21 de janeiro de 2014, em que foi autuada a empresa JOSÉ VALTER DE ANDRADE LIMA, contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob o nº 16.159.921-4, devidamente

qualificado nos autos, declarando, contudo, nulo o lançamento de ofício consistente da acusação de vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, e fixar o crédito tributário no montante de R\$ 5.925,74 (cinco mil, novecentos e vinte e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 2.962,87 (dois mil, novecentos e sessenta e dois reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I c/c o art. 643, § 4º, II, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e o mesmo valor, R\$ 2.962,87 (dois mil, novecentos e sessenta e dois reais e oitenta e sete centavos), de multa por infração, consoante previsão do art. 82, V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Fica ressalvada a possibilidade da realização de novo feito fiscal, correspondente à parte do auto infracional que teve a nulidade declarada em virtude de vício formal na natureza da infração, na conformidade dos fundamentos acima expendidos.

Aotempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, mantenho cancelado, por irregular, o valor de R\$ 109.946,52 (cento e nove mil, novecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 43.399,59 (quarenta e três mil, trezentos e noventa e nove reais e cinquenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 66.546,93 (sessenta e seis mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e três centavos), de multa por infração.

Observe-se a existência de lançamentos que originaram parcelamento de valores relacionados ao crédito tributário objeto da condenação, conforme revelam os documentos de fls. 67 a 71.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PETÔNIO RODRIGUES LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Hierárquico, interposto contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 93300008.09.000000086/2014-11 (de fls. 5 e 6), lavrado em 21/1/2014, de acordo com o qual a empresa autuada, JOSÉ VALTER DE ANDRADE LIMA, acima citada, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

- “OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS. Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento da Conta Mercadorias.”
- “VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional vendeu mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, culminando na falta de recolhimento do imposto”.
- “VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional vendeu mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, culminando na falta de recolhimento do imposto”.

Considerando infringência aos arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, bem como aos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e aos arts. 82 e 84, da Res. CGSN nº 094/2011, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 46.362,46, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 69.509,80, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, além do art. 16, II da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou ao art. 87, II da Res. CGSN nº 094/2011, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário de R\$ 115.872,26.

Documentos instrutórios constam anexados às fls. 7 a 45 demonstrativos (Levantamento da Conta Mercadorias/2009/2010/2011/2012, Levantamento Financeiro/2009/2010/2011/2012), resumo de cálculo do ICMS a Recolher com o total do mês de referência, o qual também faz menção à base de cálculo do ICMS e à nota fiscal com identificação do número e da inscrição estadual no CCICMS da autuada, cópia das notas fiscais mencionadas no citado resumo, Ordem de Serviço Normal e Termo de Encerramento de Fiscalização e Representação Fiscal Para Fins Penais.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, conforme informação sobre Eventos do Processo e Dados Básicos do Processo, fls. 49 e 50, constante no sistema ATF, desta Secretaria de

Estado da Receita, a autuada deixou de exercer o direito de defesa, fazendo-se revel, consoante atesta o Termo de Revelia, de fl. 51, datado de 24 de fevereiro de 2014.

Na sequência, após a informação de não existência de antecedentes fiscais da autuada (fl. 52), os autos foram conclusos (fl. 53) e, juntamente com a nova folha de Eventos do Processo Ativado pelo Órgão Julgador (fl. 54), remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Adriana Cássia de Lima Urbano, que declinou seu entendimento pela parcial procedência do auto de infração, ao excluir de ofício as duas últimas acusações ínsitas no libelo basilar, as quais consistem de vendas sem emissão de notas fiscais, ao fundamento de que a constância nos autos das respectivas notas fiscais e a informação posta na Ordem de Serviço, que as notas fiscais de saídas não foram declaradas pelo contribuinte, impossibilitou a autuada de exercer o direito de defesa, e, além disso, promoveu a ajustes no valor da penalidade relacionada à infração detectada mediante Levantamento da Conta Mercadorias/2010, observando, neste particular, o princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, II, “c” do CTN, ocasião em que aplicou a previsão ínsita na lei posterior que estabelece penalidade menos gravosa (Lei ° 10.008/2013).

Em face do que, o crédito tributário passou a se constituir do montante de R\$ 5.925,74, sendo, R\$ 2.962,87, de ICMS, e R\$ 2.962,87, de multa infracional, consoante se infere da decisão monocrática, de fls. 56 a 59.

Procedida a interposição de recurso hierárquico, e cientificada, a autuada, sobre a decisão singular, conforme informação de fl. 61, para que, querendo, interpusesse recurso a este Colegiado. Ainda assim, a denunciada manteve-se inerte, ao não integrar a relação processual.

Na sequência, após a juntada de documentos às fls. 64 a 72, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora para proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto

concluiu como indevida a exação de parte do crédito tributário correspondente, tanto a relativa à acusação de vendas sem emissão de notas fiscais (períodos de agosto a dezembro de 2009, abril, junho, julho, agosto e novembro de 2010, e março de 2011), ao fundamento de ter havido cerceamento do direito de defesa da autuada, acarretado ante a falta de elementos necessários à perfeita identificação da infração que efetivamente possa ter sido perpetrada, haja vista a falta de correlação entre o fato denunciado e a documentação que constitui o seu substrato, assim como referente à penalidade sugerida no auto infracional, ante o advento de lei posterior que estabelece sanção mais branda aos que cometem a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme a detectada no Levantamento da Conta Mercadorias, referente ao exercício de 2010.

Isto considerando, no que toca à infração cujo valor do ICMS lançado de ofício foi mantido na instância preliminar, a respectiva autoridade julgadora promoveu à redução do valor da multa por infração, com amparo no Princípio da Retroatividade da Lei mais Benigna, insculpido no Código Tributário Nacional (art. 106, II, “c”).

Passo, pois, ao exame da questão.

Inicialmente, cumpre-me declarar que, exceto quanto à acusação de vendas sem emissão de notas fiscais a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação da pessoa do infrator e das operações promovidas (omissão de saídas de mercadorias tributáveis), base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Com efeito, não há como negar a falta de correlação entre o fato objeto da denuncia fiscal de vendas sem emissão de notas fiscais e a documentação que a instrui. Vejamos: enquanto a denúncia sugere uma inação, o que, por óbvio, significa que a nota fiscal não foi emitida, o próprio autuante instrui a acusação justamente com resumos nos quais faz referência à numeração do documento fiscal que não teria sido emitido, e, o que se mostra é crucial, com cópia das próprias notas fiscais da emissão da autuada, conforme atestam os documentos de fls. 15 a 42.

Além disso, consoante a percuciente observação da julgadora singular, ao final da Ordem de Serviço (fl. 44) fez constar na “Descrição” dos Eventos de Acompanhamento, a seguinte observação: *“Notas Fiscais de Saídas não declaradas pelo contribuinte dos meses de agosto, setembro e dezembro de 2009, bem como dos meses de abril, junho, julho, agosto, novembro de 2010 e março de 2011...”*.

Diante do que, não há dúvida de que a autuada teve seu direito de defesa cerceado ante a falta de elementos que lhe permitissem identificar com precisão o ilícito que lhe foi imputado.

Assim, quanto a essa constatação, devo concordar com a decisão monocrática, todavia, não quanto aos efeitos.

Efetivamente, a presença de falhas na autuação, precisamente, na determinação da natureza da infração, que não reproduziu com fidedignidade o ilícito porventura configurado e, com esse desempenho, que caracteriza o vício insuscetível de correção nos próprios autos, configurado na imprecisão na identificação da natureza da infração, atraiu a possibilidade real de cercear o direito de defesa do acusado, no meu sentir, consiste de causa de nulidade do lançamento de ofício correlato.

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, importa reconhecer que diante do texto acusatório em debate, evidencia-se indeterminada a natureza da infração que se pretendeu denunciar, o que acarreta a nulidade do feito fiscal.

Diante do que, reafirmo a existência de erro na determinação da infração denunciada, 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 quando ocorrer equívoco na descrição do fato infringente, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, consoante ilação do texto normativo abaixo:

“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).

Com efeito, trata-se de incorreção que importa a nulidade do lançamento e, por esse fato, não comporta saneamento de ofício. Interpretação a contrario sensu do art. 15, caput, c/c o art. 15, ambos da Lei nº 10.094, de 27/9/2013, que dizem:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas de ofício quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio”.

“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.”

Afinal, a descrição da falta é requisito do Auto de Infração (Aplicação do art. 41, V da Lei 10.094/2013 e do art. 692, V do RICMS/97, este, vigente à época da lavratura do auto infracional). A sua falta inquina o lançamento de vício de forma insanável nos próprios autos.

Todavia, é mister se faz ressaltar que, apesar do defeito de forma que determinou o comprometimento do feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado, porque a consequência dela advinda é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos ditames da legislação de regência (Aplicação do § 2º do art. 14 da Lei estadual nº 10.094/2013).

Diante desta ilação, entendo que se justifica a ineficácia do presente feito, por existirem razões suficientes para atrair a NULIDADE do libelo basilar em referência, mas, por outro lado, dá lugar ao direito de a Fazenda Estadual proceder a novo feito fiscal, nos moldes regulamentares exigidos.

Observe-se que, caso a infração porventura praticada pela autuada efetivamente configure falta de lançamento de notas fiscais de saídas emitidas, importando esta em descumprimento da obrigação principal consistente na falta de pagamento do ICMS, atente-se para a possibilidade da concorrência com a infração de omissão de saídas tributáveis detectada mediante o Levantamento da Conta Mercadorias, desde que se trate do mesmo período, no momento da realização do novo feito fiscal, o que em hipótese suscita tratamento diferenciado.

No mérito, confirmo a regularidade da aplicação da técnica fiscal consistente no Levantamento da Conta Mercadorias, referente ao exercício de 2010, principalmente diante da falta de provas da sua improcedência, dado que a autuada se fez revel da relação processual formalizada na 1ª instância e não interpôs recurso a esta Corte de Julgamento.

Assim, resta mantido o resultado do procedimento de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregado pela Fiscalização para demonstrar a realidade das vendas tributáveis efetuadas sem emissão de nota fiscal pela autuada.

Com efeito, trata-se de aplicação do Levantamento da Conta Mercadorias com arbitramento do lucro bruto, que consiste numa técnica de auditoria absolutamente legítima de que se vale a fiscalização para aferição da movimentação mercantil das empresas que possuem apenas escrita fiscal.

A diferença apurada na citada Conta suporta o lançamento indiciário do ICMS devido, visto que firma

presunção de saídas sem o pagamento do imposto correspondente.

Porém, como se trata de presunção relativa, admite a prova em contrário a cargo do contribuinte, uma vez que este possui o domínio de toda a documentação fiscal do estabelecimento que lhe pertence.

Tal ilação tem assentamento em lei, que ressalva ao contribuinte a apresentação de prova da insubsistência da acusação de omissão de vendas (art. 643, § 4º, II, § 6º, do RICMS/PB).

No caso em análise, devido à ausência da autuada na relação processual a presunção relativa de que se cuida não restou afastada. Nessas circunstâncias, confirma-se a regularidade do resultado da ação fiscal, no que concerne ao ICMS apurado mediante o Levantamento da Conta Mercadorias, do exercício de 2010.

Nesse quesito, confirmo a decisão preliminar. Confirmo-a, ainda, no que toca à redução da penalidade sugerida no procedimento da Fiscalização, visto que a legislação da Paraíba sofreu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Portanto, impunha-se a aplicação da redução da multa por infração no percentual de 100%, para a infração praticada no exercício de 2010, conforme decidiu o juízo “a quo”, em face do advento da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, que estabelece sanção mais benigna.

Assim, reputa-se legítima a aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que o valor da penalidade passou a ser calculado com base no percentual de 100%, fixando-se o crédito tributário consoante os valores abaixo:

Infração	Período	ICMS (R\$)	M. por Infr. (R\$)	Total (R\$)
Omiss. Vendas/C. Merc.	01/01 a 31/12/2010	2.962,87	2.962,87	5.925,74
Vendas S/ NF	Agosto/2009	0,00	0,00	0,00

Vendas S/ NF	Setembro/2009	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Dezembro/2009	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Abril/2010	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Junho/2010	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Julho/2010	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Agosto/2010	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Novembro/2010	0,00	0,00	0,00
Vendas S/ NF	Março/2011	0,00	0,00	0,00
Totais	-	2.962,87	2.962,87	5.925,74

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter em parte a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000086/2014-11 (fls. 5 e 6), lavrado em 21 de janeiro de 2014, em que foi autuada a empresa JOSÉ VALTER DE ANDRADE LIMA, contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob o nº 16.159.921-4, devidamente qualificado nos autos, declarando, contudo, *nulo* o lançamento de ofício consistente da acusação de vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, e fixar o crédito tributário no montante de R\$ 5.925,74 (cinco mil, novecentos e vinte e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 2.962,87 (dois mil, novecentos e sessenta e dois reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I c/c o art. 643, § 4º, II, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e o mesmo valor, R\$ 2.962,87 (dois mil, novecentos e sessenta e dois reais e oitenta e sete centavos), de multa por infração, consoante previsão do art. 82, V, alínea “a” da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Fica ressalvada a possibilidade da realização de novo feito fiscal, correspondente à parte do auto infracional que teve a *nulidade declarada* em virtude de vício formal na natureza da infração, na conformidade dos fundamentos acima expendidos.

Ao tempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, mantenho cancelado, por irregular, o valor de R\$ 109.946,52 (cento e nove mil, novecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 43.399,59 (quarenta e três mil, trezentos e noventa e nove reais e cinquenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 66.546,93 (sessenta e seis mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e três centavos), de multa por infração.

Observe-se a existência de lançamentos que originaram parcelamento de valores relacionados ao crédito tributário objeto da condenação, conforme revelam os documentos de fls. 67 a 71.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de outubro de 2016.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora