



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

Processo nº033.392.2014-0

Recurso VOL/CRF Nº 804/2014

Recorrente:MOTO TRAXX DA AMAZÔNIA LTDA

Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante:WALDIR GOMES FERREIRA.

Relator:CONS.JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VÍCIO FORMAL. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA NORMA INFRINGIDA. VENDA DE MOTOCICLETAS E NÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na tipificação da norma legal infringida, o qual inquinou de vício formal a peça acusatória e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. No caso, caracterizou-se norma destoante ao caso concreto denunciado, sendo inaplicável ao tipo de atividade da recorrente por configurar operações com veículos automotores, quando se tratava de motocicletas e ciclo motores, na forma prevista pelo inciso VIII do art. 33 do RICMS/PB. Cabível a realização de novo feito fiscal com a perfeita identificação da norma aplicável ao caso que se pretendia delatar.

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

A C O R D A M os membros da 2ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto a preliminar de nulidade, pelo seu *provimento*, para que seja reformada a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** e julgar **NULO**, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000345/2014-04 (fl. 3), lavrado em 14/3/2014, contra a empresa MOTO TRAXX DA AMAZÔNIA LTDA., contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.900.657-3, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário, pelas razões acima expendidas.

Em tempo, determino que seja realizado outro feito fiscal com a descrição correta do dispositivo normativo previsto as citadas operações glosadas, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

P.R.I

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de agosto de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara,
PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA
DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Examinam-se, neste Colegiado, o recurso voluntário, nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/13, diante da sentença prolatada na instância prima que considerou **PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000345/2014-04, lavrado em 14/3/2014.

O Auto de Infração acima citado aponta que a recorrente cometeu a seguinte infração:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

NOTA EXPLICATIVA: A empresa efetuou retenção a menor do ICMS – ST em decorrência de redução indevida da BC do ICMS – ST (resultando em carga tributária de 12% ao invés de 17%), em desacordo com o previsto no art. 33, inciso VII e §5º do RICMS, haja vista que os destinatários não possuíam termo de acordo.

Em decorrência da acusação, o fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 506.236,08, sendo R\$ 253.118,04, de ICMS, por infringência ao art. 395 C/C 397, II e 399, ambos do RICMS/PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 253.118,04, de multa por infração, arremada no artigo 82, V, "g", da Lei nº 6.379/96.

Devidamente cientificado no dia 9/4/2014, por Aviso de Recebimento (fl. 42), a recorrente apresentou sua petição reclamationária, alegando, em preliminares, razões para decretação de nulidade por existência de vícios procedimentais que motivam cerceamento. No mérito, alega a não ocorrência da infração imputada e de ilegalidade na base de cálculo, com pedido de perícia técnica para que seja acolhida a improcedência do auto de infração.

Após informação fornecida pela autoridade preparadora de não haver antecedentes fiscais (fl.89), os autos foram conclusos e remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, com distribuição à Julgadora singular, Gílvia Dantas de Macedo, que após a análise, declinou seu entendimento pela procedência do auto de infração, conforme sentença às fls. 92/96 dos autos.

Cientificada da sentença monocrática, por aviso de recebimento - AR, datado em 1º/9/2014, a autuada apresenta recurso voluntário, em 26/9/2014, através de seus advogados, devidamente outorgados, vindo a alegar, inicialmente, a tempestividade recursal, versando, de forma primária, breve sinopse dos fatos processuais ocorridos até a decisão singular, reiterando as seguintes fundamentações contrárias ao feito fiscal que passo a relatar em resumo abaixo transcrito:

EM PRELIMINAR:

- que deve ser decretada a nulidade da decisão de primeira instância em face de ausência de apreciação de todos os argumentos fáticos e jurídicos alegados na impugnação pela autoridade julgadora fiscal, em especial dos temas abordados nas preliminares e no mérito da causa, contrariando o artigo 75, inciso II da Lei nº 10.094/2013;

- que existe nulidade em face da ocorrência de cerceamento do direito de ampla defesa e de contraditório diante do não atendimento de pedido de diligência pericial;

- que há nulidade por vício formal em virtude da imprecisão da natureza da infração com ofensa ao princípio constitucional ao direito do contraditório, diante de erro na capitulação do fato tido como infringido, posto que os produtos comercializados são motocicletas e não veículos automotores, como foi disposta pela fiscalização;

- que se motiva outra nulidade da autuação por ausência de planilha demonstrativa de apuração de ICMS – ST recolhido a menor, visto a autuação ser confusa com imputação genérica e arbitrária da base de cálculo sem informações necessárias para conhecimento da tipicidade da infração;

- Por fim, nulidade por ausência de intimação do contribuinte para recolhimento da diferença do ICMS – ST supostamente devida sem a incidência de penalidades por lançamento indiciário, motivando cerceamento para eventual recolhimento espontâneo;

MÉRITO:

- que em relação à acusação, informa não haver a conduta infracional visto que o ICMS - ST encontra-se recolhido na íntegra, sem recolhimento a menor;

- que não se aplica a norma apontada como infringida, uma vez que em nenhuma hipótese promoveu operações internas e de importação e também não fabrica e comercializa veículos automotores classificados nas posições NBM/SH na forma disposta pelo art. 33, inciso VII, §5º, do RICMS/PB, posto que os produtos comercializados se tratam de motocicletas em operações interestaduais, não podendo prevalecer a acusação fiscal;

- que há ilegalidade na base de cálculo utilizada pela fiscalização com base em preço sugerido e não nos valores comercializados;

- que caberia a imputação da exigência fiscal junto ao contribuinte substituído, diante do recebimento das mercadorias em passagem pelos postos fiscais sem qualquer ressalva, citando jurisprudência desta Corte “ad quem”;

- que o levantamento fiscal é imprestável para demonstrar a ocorrência da infração fiscal, por não considerar valores recolhidos pelo contribuinte substituído e a origem da base de cálculo apurada;

- que cabe a realização de diligência para fins de prova pericial visando o deslinde da questão, mormente quanto à comprovação de recolhimento integral do ICMS-ST pelo contribuinte substituído;

- que deve ser aplicado o entendimento legal no tocante ao reenquadramento da penalidade, na forma prevista pelo art. 83 da Lei nº 6.379/96;

- que há caráter confiscatório na aplicação da multa imposta, atentando contra os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao primado do “não-confisco”;

Assim, como termo final da peça reclamatória, pede que seja recebida e conhecida a peça recursal com o objetivo de ser reconhecidas as nulidades apresentadas, ou caso contrário, a decretação de improcedência do presente auto de infração de nº 93300008.09.00002389/2012-07, com realização de diligência para comprovação da inexistência do ilícito apontado, como medida da mais lúdima e soberana justiça.

Por fim, requer a intimação, quando da inclusão em pauta de julgamento, para fins de sustentação oral do presente recurso na pessoa de seu representante legal legalmente constituída na data designada para a sessão de julgamento.

Remetidos os autos a esta corte colegiada, e, por medida de sorteio, encontram-se aportados para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

Em preâmbulo, necessário declarar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

De início, passo ao exame do aspecto formal do lançamento de ofício em questão, diante de situações prejudiciais suscitadas pela recorrente em que faço acolher uma das preliminares recursais apresentadas, razão na qual compromete a análise do mérito da acusação, senão vejamos.

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiria da prática ilegal assim descrita no libelo basilar em tela:

“ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor”.

Em nota explicativa a peça acusatória complementa:

“A empresa efetuou retenção a menor do ICMS – ST em decorrência de redução indevida da BC do ICMS – ST (resultando em carga tributária de 12% ao invés de 17%), **em desacordo com o previsto no art. 33 inciso VII e §5º do RICMS**, haja vista que os destinatários não possuíam termo de acordo”.

Dessa realidade, após criteriosa análise na descrição do fato que se pretendeu delatar, observa-se *in limine* a existência de um vício na sua formalização.

Com efeito, a descrição da infração efetuada no auto infracional, espaço que lhe é próprio, faz referência à venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária com retenção a menor do ICMS - ST, o que se revela uma conduta irregular na qual é passível de incorrer o substituto tributário, responsável pela retenção e recolhimento devido.

A Nota Explicativa, ínsita no libelo basilar, ao detalhar as circunstâncias da conduta delituosa, informa que o contribuinte *“efetuou redução indevida da BC do ICMS – ST, **em desacordo com o previsto no art. 33 inciso VII e §5º do RICMS***.

No entanto, o caso em espécie, retrata a ocorrência de operações interestaduais que destinaram motocicletas às empresas revendedoras situadas no Estado da Paraíba, conforme se denota nas planilhas demonstrativas inseridas às fls. 8 a 41 dos autos. Tal fato possui base de regulamentação contida no inciso do VIII e não no inciso VII do art. 33 do RICMS/PB, como disposta na nota explicativa, visto que este **dispõe sobre a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com veículos automotores novos, na forma disciplinada pelo Decreto nº 22.927/2002, não se ajustando aos fatos apurados pela fiscalização.**

Dessa realidade, não resta dúvida a existência de vício de natureza formal, exatamente no que confere à capitulação contida na descrição do fato descrito como infringente em nota explicativa, não sendo condizente com a realidade estampada nas operações fiscais sujeitas à substituição tributária que retratam operações com motocicletas e não com veículos novos, donde se conclui pela

imprecisão na vinculação da norma tida como infringida, comprometendo a adequação da conduta vedada à norma descumprida pela parte autuada.

Assim, diferentemente da concepção singular, entendo que o lançamento de ofício não foi procedido com as cautelas da lei, visto que não observou os requisitos legais reservados à sua formalização (Art. 142 do CTN e art. 14 a 17 da Lei nº 10.094/2013), quando não primou pela perfeita identificação da norma aplicável a espécie tributária, conforme acima se demonstra.

Tal distorção se revela potencialmente capaz de cercear o direito de defesa do acusado, tanto que, no caso, a fundamentação da decisão recorrida incorreu em erro de direito, ao deixar de observar o trato das operações glosadas frente ao disciplinamento da norma coerente ao caso em esboço.

Assim, sob o aspecto formal, o auto de infração deve preencher os requisitos de constituição e de desenvolvimento válido, previstos no art. 692, I a XIII do RICMS/PB, os quais, inclusive, foram reproduzidos no art. 41, I a XII, da Lei Estadual nº 10.094, de 27/09/2013, com vigência a partir de 1º de março de 2014.

Neste sentido, é sabido que a determinação correta da norma infringida é condição “*sine qua non*” para a qualificação formal da denúncia, onde a ocorrência de vício insanável importa em nulidade plena diante da impossibilidade de correção do lançamento de ofício, não sendo passível seu saneamento nos autos.

Efetivamente, a Lei Estadual nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, inclui, como requisito do Auto de Infração, a descrição da falta e a devida capitulação, consoante se confere adiante:

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

(...)

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

*VI – a **capitulação da infração** e a indicação da penalidade aplicável.*

(Grifo não constante do original).

Trata-se de requisito de forma, conforme se infere da dicção combinada dos artigos 16 e 17, II e III, do citado diploma legal, 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 – (...)

*II – à **descrição dos fatos**;*

*III – a **norma legal infringida**.*

Portanto, diante da presença de falha na autuação, precisamente, na determinação da real norma infringida ao caso ventilado objeto dos autos, que não reproduziu com fidedignidade o trato normativo das operações com motocicletas e sim configurou dispositivo normativo em operações com veículos novos, vejo materializado o vício formal no lançamento indiciário, comprometendo os efeitos da decisão contida na sentença singular.

Não obstante, se faz ressaltar que, apesar do defeito de forma que determinou o comprometimento do feito fiscal, a decisão de nulidade não se materializa 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 deste entendimento,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto a preliminar de nulidade, pelo seu *provimento*, para que seja reformada a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** e julgar **NULO**, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000345/2014-04 (fl. 3), lavrado em 14/3/2014, contra a empresa MOTO TRAXX DA AMAZÔNIA LTDA., contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.900.657-3, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário, pelas razões acima expendidas.

Em tempo, determino que seja realizado outro feito fiscal com a descrição correta do dispositivo normativo previsto as citadas operações glosadas, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de agosto de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
CONSELHEIRO RELATOR