



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

Processo nº1301122016-6

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

Recorrente:MALVES SUPERMERCADOS LTDA

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

Preparadora:UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ-MONTEIRO

Autuantes:HÉLIO VASCONCELOS E JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR

Relator:CONS.ºSIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA –
DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO INSUFICIENTE PARA SE DETERMINAR A MATÉRIA TRIBUTÁVEL
– VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS – AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA A
DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO**

A descrição genérica do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, 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 os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à maioria, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão monocrática e julgar nulo o Auto de Infração nº 93300008.09.00001600/2016-06, lavrado em 12 de setembro de 2016 contra a empresa MALVES SUPERMERCADOS LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de julho de 2019.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, acompanhando o voto original: DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS e PETRONIO RODRIGUES LIMA. Com Voto divergente: ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO.

ALENCAR SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em apreciação, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário interposto contra a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001600/2016-06 (fls. 3), lavrado em 12 de setembro de 2016 contra a empresa MALVES SUPERMERCADOS LTDA., inscrição estadual nº 16.215.738-0.

Na peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa:

CONTRIBUINTE NÃO LANÇOU NO SPED OS REGISTROS DAS MÁQUINAS DE ECF (MÁQUINAS – BE09091310100011262706, BE091310100011262717, BE091310100011262720, BE091310100011262727) EM ANEXO.

Em decorrência deste fato, os representantes fazendários, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 106 do RICMS/PB, lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$

1.212.563,51 (um milhão, duzentos e doze mil, quinhentos e sessenta e três reais e cinquenta e um centavos), sendo R\$ 808.375,67 (oitocentos e oito mil, trezentos e setenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) de ICMS e R\$ 404.187,84 (quatrocentos e quatro mil, cento e oitenta e sete reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Além da peça acusatória, os auditores fiscais responsáveis pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00000093/2016-35 (fls. 4 a 6), anexaram aos autos os seguintes documentos:

- a) Relação de Documentos do ECF não Lançados no SPED (fls. 7 a 58);
- b) Mídias digitais (DVD), contendo arquivos fiscais referentes aos ECF BE091310100011262706, BE0913100011262720 e BE091310100011262727 (fls. 59, 60 e 61, respectivamente).

Depois de cientificada por via postal em 21 de setembro de 2016, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR nº JO 42288714 1 BR (fls. 62), a autuada, por intermédio de advogado devidamente constituído para representá-la (fls. 73), apresentou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 64 a 72), protocolada em 19 de outubro de 2016, por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) O lançamento tributário constituído pelo Auto de Infração contém vícios insanáveis que o maculam, impossibilitando o exercício da ampla defesa;
- b) Os autores do feito não promoveram a indicação do fato gerador do ato infrator, citando, de forma genérica, a natureza do fato infracional;
- c) O dispositivo apontado como infringido, assim como o artigo que trata acerca da penalidade proposta, também não especificam a denúncia, ferindo frontalmente o princípio da legalidade;
- d) O lançamento deve ser anulado por afronta ao disposto no artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13;
- e) A imperfeição na descrição do fato delituoso deixa por incerto qual a origem e natureza do ato infracional: se de obrigação principal ou acessória.

Com fulcro nos argumentos apresentados pela defesa, a impugnante requereu, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração nº 93300008.09.00001600/2016-06 e, quanto ao mérito, a sua improcedência.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 79), foram os autos conclusos (fls. 80) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal Rodrigo Antônio Alves Araújo, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – EMISSOR DE CUPOM FISCAL – NÃO LANÇAMENTO DAS OPERAÇÕES NA EFD

É obrigação do contribuinte efetuar o registro das operações realizadas através do ECF na

Escrituração Fiscal Digital, cuja ausência dos respectivos registros repercute diretamente na falta de recolhimento do imposto estadual no tocante às operações tributadas, ensejando o lançamento de ofício para cobrança do ICMS devido e penalidade cabível. A ausência de provas materiais que tivessem o condão de elidir a acusação ratificou o lançamento de ofício realizado.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 21 de maio de 2018 (fls. 40) e inconformada com os termos da sentença, a autuada interpôs, em 20 de junho de 2018, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 92 a 105), no qual repisa os argumentos apresentados na sua impugnação e acrescenta que:

- a) A Receita Estadual, ao iniciar a ação fiscal na empresa recorrente, também deu início a uma ação fiscal na empresa matriz. Nas duas ações, foi solicitada a apresentação das escritas fiscais dos referidos estabelecimentos, as quais foram prontamente disponibilizadas. Naquela ocasião, as empresas também apresentaram as escritas retificadoras, em razão de divergências contidas nas escritas registradas e enviadas à SER/PB, contudo a escrita retificadora da recorrente não foi aceita, em razão de não estar devidamente autenticada. Por outro lado, a escrita da matriz foi acatada, mesmo não estando autenticada;
- b) A recorrente procedeu à entrega do SPED Fiscal em todo o período fiscalizado, notadamente a competência de setembro de 2015, efetuando todos os registros fiscais inerentes à movimentação, inclusive com os registros dos ECF denunciados;
- c) Buscando a verdade material, em conformidade com as informações retificadas gravadas no DVD juntado às fls. 106, a autuada identificou o valor de R\$ 301.173,36 (trezentos e um mil, cento e setenta e três reais e trinta e seis centavos) a título de ICMS a ser recolhido.

Ao final, a recorrente requer:

- a) Preliminarmente, que seja anulado o Auto de Infração em tela;
- b) Caso não seja reconhecida a nulidade total dos lançamentos, o acolhimento da preliminar de nulidade da multa aplicada;
- c) Na hipótese de não ser declarada a nulidade total do Auto de Infração, que seja deferida a juntada e apreciação da escrita fiscal apresentada em anexo;
- d) No mérito, que sejam considerados os créditos com as operações de ICMS e o imposto já pago;
- e) Que seja analisado o SPED de setembro de 2015, cancelando o crédito tributário relativo a este período;
- f) O exercício da defesa por sustentação oral quando do julgamento do Auto de Infração.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para análise e julgamento.

Considerando as preliminares de nulidade arguidas pela recorrente, bem como o pedido de sustentação oral consignado pelo contribuinte às fls. 105, remetemos os autos à Assessoria Jurídica desta Casa, solicitando emissão de parecer técnico acerca da legalidade do lançamento, nos termos do artigo 20, X, da Portaria GSER nº 75/2017 (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba), o qual foi juntado às fls. 112 a 118.

Em 24 de julho de 2019, a recorrente requereu a juntada de novos documentos alegando a ocorrência de fato novo, haja vista haver recebido autorização da Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba para retificação de SPED Fiscal dos exercícios de 2013 a 2015.

Por fim, solicitou que o processo fosse retirado de pauta para análise da documentação apresentada, bem como por impossibilidade de comparecimento do advogado para realização de sustentação oral na data da sessão.

Eis o relatório.

VOTO

A irregularidade, segundo consta na Nota Explicativa do Auto de Infração nº 93300008.09.00001600/2016-06, teria ocorrido em razão de o contribuinte haver deixado de lançar, nos arquivos do SPED, os registros dos equipamentos ECF nº BE09091310100011262706, BE091310100011262717, BE091310100011262720, BE091310100011262727.

Antes de passarmos ao mérito, necessário se faz nos manifestarmos acerca do pedido formulado pela recorrente quanto à retirada do Processo nº 1301122016-6 da pauta da 44ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais.

Alega o contribuinte que, por meio do Processo nº 1458992018-2, protocolado em 23 de agosto de 2018, recebera autorização para retificação dos arquivos SPED Fiscal.

Cumpre-nos destacar que, em oposição ao afirmado pela defesa, os documentos juntados a *posteriori* não podem ser acatados. Isto porque representaria afronta ao disposto no artigo 13, § 7º, I, do Decreto nº 30.478/09, *litteris*:

Art. 13. A partir de 1º de janeiro de 2013, o contribuinte poderá retificar a EFD (Ajuste SINIEF

11/12):

(...)

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

Destarte, o próprio normativo que dispõe acerca da Escrituração Fiscal Digital no Estado da Paraíba veda, expressamente, a aceitação de arquivo EFD na situação ora em análise. Dito isto, resta comprovado que não se trata de novas provas apresentadas pelo contribuinte. O que a recorrente pleiteia nada mais é do que o reconhecimento das informações declaradas na EFD, extemporaneamente, relativas a períodos de apuração submetidos a ação fiscal, o que, como visto, é vedado pela legislação de regência, vez que não caracterizada a espontaneidade do contribuinte.

Quanto ao pedido para retirada do processo da pauta de julgamento, também não o acolhemos. Ocorre que, conforme restará demonstrado ao final deste voto, a ausência do causídico na 44ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais não trará quaisquer prejuízos à recorrente.

Passemos ao mérito.

Não há dúvidas de que a intenção dos agentes fazendários, ao efetuarem o lançamento de ofício, teria sido a de alcançar as operações realizadas por meio dos ECF e que não foram oferecidos à tributação. Tanto é fato que a infração foi descrita como FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.

Além disso, as planilhas que embasaram a denúncia relacionam as Reduções “Z” não registradas no SPED, sendo apurado, para cada período, um montante de ICMS que corresponde ao somatório do imposto decorrente das saídas tributadas com base nas alíquotas de 17% (dezesete por cento) e de 27% (vinte e sete por cento).

Com efeito, a supressão de dados da redução “Z” nos arquivos da EFD do contribuinte acarreta ausência de informações imprescindíveis à apuração do ICMS e, *ipso facto*, resulta em falta de pagamento do imposto devido, conforme se infere do artigo 60, I, “a”, “b”, “c” e “d”, do RICMS/PB:

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

I - no Registro de Saídas:

a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;

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

c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;

d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

A redução "Z" contém os registros totais das vendas diárias, segregando-as com base no regime tributário das mercadorias vendidas. Além disso, o mapa resumo corresponde à escrituração diária das referidas reduções "Z", conforme estabelecem os artigos 362, 365 e 384, todos do RICMS/PB:

Art. 362. No final de cada dia, será emitida uma Redução "Z" de todos os ECF's em uso, devendo o cupom respectivo ser mantido à disposição do Fisco por 5 (cinco) anos e conter, no mínimo, as seguintes indicações:

I - denominação: Redução "Z";

II - nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente;

III - data (dia, mês e ano) e hora da emissão;

IV - número indicado no Contador de Ordem da Operação;

V - Número de Ordem seqüencial do ECF, atribuído pelo estabelecimento;

VI - número indicado no Contador de Reduções;

VII - relativamente ao Totalizador Geral:

a) importância acumulada no final do dia;

b) diferença entre os valores acumulados no final do dia e no final do dia anterior;

VIII - valor acumulado no Totalizador Parcial de Cancelamento, quando existente;

IX - valor acumulado no Totalizador Parcial de Desconto, quando existente;

X - diferença entre o valor resultante da operação realizada na forma da alínea "b", do inciso VII e a soma dos valores acusados nos totalizadores referidos nos incisos VIII e IX;

XI - separadamente, os valores acumulados nos totalizadores parciais de operações:

a) com substituição tributária;

b) isentas;

c) não tributadas;

d) tributadas;

XII - valores sobre os quais incide o ICMS, segundo as alíquotas aplicáveis às operações,

respectivas alíquotas e montante do correspondente imposto debitado, em se tratando de ECF-PDV e ECF-IF;

XIII - Totalizadores Parciais e contadores de operações não fiscais, quando existentes (Convênios ICMS 156/94 e 65/98);

XIV - versão do programa fiscal;

XV - Logotipo Fiscal (BR estilizado);

XVI – o Contador Geral de Comprovante Não Fiscal (Convênio ICMS 65/98).

Art. 365. Com base no cupom previsto no art. 362, as operações e/ou prestações serão registradas, diariamente, em documento, conforme Anexo 89, contendo as seguintes indicações:

I - denominação "Mapa Resumo ECF";

II - numeração, em ordem seqüencial, de 000.001 a 999.999, reiniciada quando atingido este limite;

III - nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento;

IV - data (dia, mês e ano);

V - Número de Ordem seqüencial do ECF;

VI - número constante no Contador de Reduções, quando for o caso;

VII - número do Contador de Ordem de Operação da última operação do dia;

VIII - série, subsérie e número de ordem específico final dos documentos pré-impressos emitidos no dia, quando for o caso;

IX - coluna "Movimento do Dia" ou "Venda Bruta Diária": diferença entre os valores acumulados, no final do dia e no final do dia anterior, no Totalizado Geral referido no inciso IV do art. 345;

X - coluna "Cancelamento/Desconto", quando for o caso: importâncias acumuladas nos totalizadores parciais de cancelamento e desconto;

XI - coluna "Valor Contábil": valor apontado na coluna "Movimento do Dia" ou a diferença entre os valores indicados nas colunas "Movimento do Dia" e "Cancelamento/Desconto";

XII - coluna "Substituição Tributária": importância acumulada no totalizador parcial de substituição tributária;

XIII - coluna "Isenta ou Não-Tributada": soma das importâncias acumuladas nos totalizadores parciais de isentas e não tributadas;

XIV - coluna "Base de Cálculo": valores sobre os quais incide o ICMS, segundo as alíquotas aplicáveis às operações e/ou prestações discriminadas por situação tributária;

XV - coluna "Alíquota": alíquota do ICMS aplicada à base de cálculo indicada conforme inciso anterior;

XVI – coluna "Imposto Debitado": montante do correspondente imposto debitado;

XVII - coluna "Outros Recebimentos";

XVIII – linha "Totais": soma de cada uma das colunas prevista nos incisos IX a XVII.

Art. 384. Para os efeitos deste Capítulo entende-se como:

(...)

III - Redução “Z” - o documento fiscal emitido pelo ECF contendo idênticas informações às Leitura “X”, indicando a totalização dos valores acumulados e importando, exclusivamente, no zeramento dos Totalizadores Parciais;

Devendo estes valores ser escriturados no Livro Registro de Saídas do contribuinte, segundo comando do artigo 366 do RICMS/PB:

Art. 366. Os totais apurados na forma do inciso XVIII, do artigo anterior, devem ser escriturados nas colunas próprias do Registro de Saídas, observando-se, quanto à coluna sob o título "Documento Fiscal", o seguinte:

I - como espécie: a sigla "CF";

II - como série e subsérie: a sigla "ECF";

III - como números inicial e final do documento fiscal: o número do "Mapa Resumo ECF" emitido no dia;

IV - como data: aquela indicada no respectivo "Mapa Resumo ECF".

Registre-se que esta obrigatoriedade também se faz presente para contribuinte obrigados a enviar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos termos do Decreto nº 30.478/09.

Assim, ao omitir reduções “Z” (ou informá-las em valores aquém do efetivamente registrado nas memórias fiscais dos ECF) no Mapa Resumo do ECF, o contribuinte deixa de recolher ao Erário Estadual parcela do imposto devido, afrontando o disposto no artigo 106, II, “a”, do RICMS/PB:

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

(...)

II – até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

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

Importa destacarmos que, ao enquadrar a conduta infracional identificada, os auditores apontaram, como infringido, o artigo 106 do RICMS/PB.

Valendo-se do seu direito ao contraditório, a recorrente, assim como fizera ao apresentar sua impugnação, alega, em preliminar, que o seu direito à defesa fora cerceado, porquanto “(...) *houve imperfeição na descrição do fato delituoso, sendo este descrito de forma incompleta e genérica, não especificando a infração cometida e a origem do lançamento realizado, sem a indicação a que se refere o imposto não recolhido, não deixando clara a natureza da infração.*”

Além disso, a defesa assevera que a denúncia, na forma como fora apresentada, encontra-se em dissonância com o conteúdo da Nota Explicativa, pois, enquanto a primeira descreve o descumprimento de obrigação principal; a segunda, no entendimento da recorrente, refere-se a uma obrigação acessória.

Com efeito, a descrição genérica do fato infringente, assim como a falta de elementos que possibilitem o contribuinte extrair as informações necessárias para compreender, de forma plena, a acusação que pesa contra si, são inadmissíveis em um lançamento de ofício e, por este motivo, não devem ser reconhecidos como válidos no Direito Tributário. O direito ao contraditório e à ampla defesa só pode ser exercido em sua totalidade quando, ao sujeito passivo, é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

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

No caso em exame, não obstante estar convicto de que o conteúdo probatório reforça a denúncia registrada no Auto de Infração, não há como desconsiderarmos o fato de que a Nota Explicativa, quando analisada isoladamente, descreve o descumprimento de uma obrigação de fazer, senão vejamos: “*contribuinte não lançou no SPED os registros das máquinas de ECF (...).*”

Ao se abster de registrar as Reduções “Z” nas suas declarações enviadas à Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba, o sujeito passivo, em verdade, descumpre ambas as obrigações. No

primeiro momento, despreza um comando instrumental que o compele a registrar todas as suas operações de saídas nos livros próprios (sejam eles físicos ou digitais, como bem destacados pelo ilustre julgador singular: artigos 277 do RICMS/PB e artigo 1º, § 3º, II, do Decreto nº 30.478/09, respectivamente) e, caso estas informações omitidas tenham repercussão tributária no tributo a ser recolhido, provoca, como consequência, a supressão de parcela de ICMS devido ao Erário Estadual.

Neste ponto, não podemos deixar de atentar para outro fato de extrema relevância para o deslinde do litígio e que fora objeto de contestação explícita pela defesa: a norma legal infringida.

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

Neste norte, peço vênia para discordar dos posicionamentos do ilustre julgador singular, bem como da nobre assessora jurídica desta Casa, que se manifestaram no sentido de acolhimento da denúncia. No parecer exarado às fls. 112 a 118, foram apresentados diversos acórdãos que admitem a nulidade de autos de infração por “descrição imperfeita”, apenas quando restar comprovado prejuízo ao direito de defesa do contribuinte.

A jurisprudência do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba não aponta em direção oposta. Ao contrário, inúmeras decisões proferidas por esta Corte estão perfeitamente alinhadas com o entendimento emanado das decisões trazidas nos acórdãos colacionados.

Também na mesma direção seguiu o legislador estadual, ao estabelecer, no artigo 15 da Lei nº 10.094/13, que:

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

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Do dispositivo acima reproduzido, extrai-se que o legislador prestigiou o que a jurisprudência já havia alcançado. Não implica afirmar, todavia, que tenha desprezado e afrontado o que está insculpido no artigo 142 do Código Tributário Nacional^[1].

O crédito tributário lançado de ofício, para que possa subsistir, deve carregar, em seu bojo, todos os requisitos estabelecidos no artigo 142 do CTN.

Destarte, a matéria tributável, sendo elemento essencial para constituição do crédito tributário, deve estar claramente determinada no lançamento. Não se quer dizer com isso que quaisquer incorreções ou omissões possam acarretar nulidade. O artigo 15 da Lei nº 10.094/13 restringe o alcance da nulidade por infração descrita de forma genérica ou imprecisa ao condicioná-la à comprovação de

efetivo prejuízo à defesa do sujeito passivo.

Esta medida (nulidade), portanto, não deve ser aplicada indistintamente. Trata-se de providência a ser adotada em casos bastante específicos e desde que conste, na defesa, pedido neste sentido, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 15 da Lei nº 10.094/13.

Pois bem. Tanto no recurso voluntário apresentado nesta instância *ad quem*, quanto na impugnação protocolada na Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, a autuada argui a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

Ainda que se entenda que a intenção dos agentes fazendários tenha sido a de exigir do contribuinte o cumprimento de obrigação principal, não há como desprezar o fato de que o enquadramento legal do Auto de Infração é lacunoso e o conteúdo da Nota Explicativa não traz qualquer indicação de outro dispositivo que possa suprir a deficiência na acusação que a revestiu de imprecisão suficiente para causar a nulidade dos lançamentos, por afronta ao disposto nos incisos II e III do artigo 17 da Lei nº 10.094/13:

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.)

Somente após tomar ciência dos termos da decisão singular que julgou procedente a acusação, o contribuinte se manifestou quanto ao descumprimento da obrigação principal (não deixando, todavia, de defender a nulidade do Auto de Infração). Isto não implica que a denúncia, na forma como fora descrita, contenha todos os elementos suficientes e necessários para garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa. A contestação específica quanto à falta de recolhimento do ICMS somente veio à tona quando, na decisão recorrida, foi afastada a possibilidade de anulação dos lançamentos por cerceamento do direito de defesa. Este fato, no entendimento desta relatoria, não supera a omissão original apontada pela defesa, uma vez que, na impugnação, o contribuinte, ao enfrentar o mérito, limitou-se a discorrer acerca de outros procedimentos de auditoria não relacionados à matéria em julgamento (Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro).

Por outro lado, o pleito da recorrente para que seja admitida sua escrita fiscal não autenticada também não supre a ausência de enquadramento legal específico, dado que a sua não aceitação pode gerar autuação, tanto descumprimento de obrigações acessórias, quanto de obrigação principal.

Em diversas oportunidades, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba já decidiu pela nulidade de autos de infração em virtude de a acusação estar descrita de forma genérica (falta de recolhimento do ICMS), situações em que a fiscalização indicara, como infringido, assim como no caso em apreciação, unicamente o artigo 106 do RICMS/PB.

Como exemplo, reproduzo as ementas dos Acórdãos nº 042/2017 e 266/2017, da lavra das ilustres Conselheiras Doriclécia do Nascimento Lima Pereira e Maria das Graças Donato de Oliveira Lima, respectivamente:

Acórdão nº 042/2017 (Processo nº 1040562013-6):

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. REVELIA. MODIFICADA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O não recolhimento do imposto nos prazos previstos na legislação constitui infração tributária estadual, nos termos da Lei nº 6.379/96. “In casu”, o lançamento tributário apresenta falha na definição da matéria tributável, posto que descrita de forma genérica, apresentando-se viciado quanto ao aspecto formal, e, por este fato deve ser declarado nulo, para que outro, a ser realizado de acordo com a realidade factual, venha a retificá-lo de modo a produzir os efeitos inerentes ao lançamento regular.

Acórdão nº 266/2017 (Processo nº 1702762014-6):

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE TIPIIFICAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA. TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO. DENÚNCIA GENÉRICA. VÍCIO FORMAL CONFIGURADO. TERMO COMPLEMENTAR E AUTO DE INFRAÇÃO NULOS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização configurado na falta de indicação, no auto infracional, dos dispositivos legais especificamente infringidos, situação que se repetiu no Termo Complementar de Infração, neste caso, com a agravante de a descrição do fato, cuja prática se pretendeu imputar ao contribuinte, ter se efetuado de forma genérica e de o autuado ter se colocado revel após a feitura da referida peça complementar de infração, revelando, tais circunstâncias, verdadeiro cerceamento do direito de defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade do lançamento de ofício, dado aos vícios formais que lhe maculam. Cabível a realização de novo feito fiscal. (g. n.)

Em ambos os casos, os conselheiros, à unanimidade, acompanharam o entendimento das relatoras e julgaram nulos os Autos de Infração pelo fato de a fiscalização haver consignado, como afrontado, tão-somente, o artigo 106 do RICMS/PB.

Para que não haja dúvidas quanto à similitude dos casos citados com a questão em tela, peço vênias para transcrever a descrição da infração registradas nos Autos de Infração e as respectivas Notas Explicativas:

Processo nº 1040562013-6 (Auto de Infração nº 93300008.09.00001243/2013-25):

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

Nota Explicativa – CONFORME DEMONSTRATIVO E PLANILHA OMISSO/INADIMPLENTE, ANEXOS.

Processo nº 1702762014-6 (Auto de Infração nº 93300008.09.00002046/2014-64):

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA: O contribuinte acima qualificado deixou de recolher ICMS aos cofres da Fazenda Estadual, em razão do aproveitamento de créditos fiscais indevidos relativos ao FUNCEP e transferência de saldo credor superior ao efetivamente devido, foram estornados por esta Fiscalização os créditos indevidos e ajustado o saldo credor apropriado mediante reconstituição da Conta Corrente do ICMS, nos exercícios de 2010, 2012 e 2013, conforme demonstrativo anexos, da seguinte forma:

1 Exercício de 2010: estornamos os créditos fiscais referentes ao FUNCEP nos meses de agosto, outubro e novembro.

2 Exercício de 2011: não detectamos irregularidades, contudo destacamos que o saldo credor apurado no final do exercício, no valor de R\$ 297.401,60, diverge daquele informado pela empresa no SPED Fiscal, que é de R\$ 620.563,72.

3 Exercício de 2012: verificamos que a empresa transferiu saldo credor do ICMS no valor de R\$ 138.521,32, de abril para maio, sendo que o saldo credor efetivo era apenas R\$ 51.910,47, pois no valor de R\$ 138.521,32 (informado pela empresa no SPED Fiscal) estava incluso indevidamente o FUNCEP, na quantia de R\$ 86.610,67.

Reputo pertinente, ainda, reproduzir o seguinte fragmento do Acórdão nº 266/2017:

*“Com efeito, o libelo basilar dá como infringido apenas o art. 106 do RICMS/PB, que se refere apenas a prazos para pagamento do ICMS em hipóteses de variada natureza, circunstância que revela a ausência de subsunção do fato à norma que a Fiscalização entendeu como efetivamente infringida, situação essa que se revela capaz de cercear o direito de defesa da autuada, por não lhe permitir saber objetivamente do que de fato é acusada, **apesar de a natureza da infração haver sido perfeitamente identificada no procedimento de apuração da falta, indicativo na narrativa ínsita em Nota Explicativa no libelo basilar e nos documentos que instruem a acusação**, como bem ressalta a julgadora singular, nas suas razões de decidir:*

“A descrição do fato, acrescida das provas carreadas aos autos, a exemplo dos demonstrativos e dos livros Registro de Apuração, de fato, dão indícios de qual seria a infração, pois denotam que ocorreu uma utilização irregular de valores na Conta Gráfica, uma vez que se referem a pagamento do FUNCEP, implicando em falta de recolhimento de ICMS”.

Todavia, referendando mais uma vez a decisão singular, nesse quesito, essa circunstância não supre a falta de indicação do dispositivo legal infringido, haja vista a exigência da norma quanto ao fato de que o lançamento de ofício deve preencher os requisitos de constituição e validade nela

previstos (Aplicação do art. 142 do CTN).” (g. n.)

Diante de todo o exposto, em que pesem os abalizados entendimentos do julgador singular e da Assessoria Jurídica desta Casa em sentido contrário, considero necessária, para o caso em discussão, a aplicação do mesmo entendimento dos acórdãos retro citados. Noutras palavras, a anulação dos lançamentos consignados no Auto de Infração é medida que se impõe em razão dos vícios formais que contaminaram o lançamento tributário.

Ressalte-se que, apesar do defeito da 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 em exame. A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelecem os artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional:

Lei nº 10.094/13:

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.

Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão monocrática e julgar nulo o Auto de Infração nº 93300008.09.00001600/2016-06, lavrado em 12 de setembro de 2016 contra a empresa MALVES SUPERMERCADOS LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Por último, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, nos termos regulamentares.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019.

Sidney Watson Fagundes da Silva

PROCESSO N° 1301122016-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: MALVES SUPERMERCADOS LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - MONTEIRO

Autuante: HÉLIO VASCONCELOS E JOSÉ PONTES DE BARROS JÚNIOR

Relator do voto divergente: CONS.º ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA CONFIGURADA. NOTA EXPLICATIVA. ELEMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO. OBSERVAÇÃO NECESSÁRIA. PLENA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO COMETIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O Lançamento de ofício é decomposto em vários elementos, necessários à integral compreensão das acusações que são aos contribuintes dirigidas, razão pela qual não se pode alegar cerceamento ao direito da ampla defesa e ao contraditório, quando a complementação realizada por meio da nota explicativa é suficiente para que se reconheçam os pormenores da denúncia formulada. Por esse motivo, não há que se falar em nulidades previstas na legislação em vigor.

VOTO DIVERGENTE EM PARTE

Em sessão realizada nesta Corte de Justiça Fiscal no dia 31 de julho de 2019, foi proferido voto da relatoria do Cons.º Sidney Watson Fagundes da Silva que declinou sua decisão pela *nulidade por vício formal* do Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00001600/2016-06, lavrado em 12/9/2016, contra a empresa MALVES SUPERMERCADOS LTDA, CCICMS nº 16.215.738-0, contendo a seguinte denúncia:

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

Nota Explicativa:

CONTRIBUINTE NÃO LANÇOU NO SPED OS REGISTROS DAS MÁQUINAS DE ECF (MÁQUINAS – BE09091310100011262706, BE091310100011262717, BE091310100011262720, BE091310100011262727) EM ANEXO.

Da leitura do voto surgiu a decisão da relatoria, conforme disposta na ementa, abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA – DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO INSUFICIENTE PARA SE DETERMINAR A MATÉRIA TRIBUTÁVEL – VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS – AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

A descrição genérica do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, 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.

Posto em votação, solicitei vista dos autos para melhor apreciar a matéria relacionada às irregularidades fiscais no tocante à acusação de FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, cuja presunção se arrima a partir da falta de lançamento das reduções “Z” nos livros próprios.

Sendo a única acusação disposta no auto de infração, fica evidenciado que a divergência se resume a considerar que o afastamento da acusação versa sobre a possibilidade de o contribuinte ter acesso a suficientes informações capazes de garantir a ele todas as condições materiais e formais para que pudesse exercer o contraditório e a ampla defesa.

Sem maiores delongas, com todo o respeito e ousando discordar do posicionamento inserido no voto do relator original, entendo que o auto de infração é peça que se consubstancia em vários elementos, entre eles, a NOTA EXPLICATIVA. Portanto, sendo um lançamento, da modalidade de ofício, é preciso percorrer o auto de infração em todos os seus elementos para que possamos

enxergar aquilo que a autoridade fazendária se propôs.

Sendo assim, identifico que a descrição da infração, complementada pelas dicções semânticas e sintáticas do que foram de forma percuciente colocadas na nota explicativa, está delineada de forma bastante precisa a conferir ao auto de infração todas as formalidades, extrínsecas e intrínsecas, que são suficientes para afastar qualquer vício capaz de subsumir seus termos às dicções das disposições inseridas nos artigos 14 a 17 da Lei n.º 10.094/13.

E é fácil perceber a referida conclusão quando se parte do que está descrito na referida nota explicativa que dá conta de que o contribuinte deixou de lançar, nos livros próprios os registros de saídas de vendas tributáveis. Sendo assim, é claro que a conduta, além de típica infração à legislação em vigor, implica em ausência de débitos no conta corrente do ICMS.

Portanto, tendo suprimido débitos, omitidos em totalidade ou em parcialidade, vai implicar, em último caso, na falta de recolhimento do ICMS, assim como descrito no auto de infração e cuja legislação atingida será exatamente em relação às dicções do artigo 106 do RICMS/PB.

Por todo o exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito pelo seu *desprovemento*, para manter sentença exarada na instância monocrática, julgando *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001600/2016-06, lavrado em 12/09/2016, em desfavor da empresa, contra a empresa MALVES SUPERMERCADOS LTDA, CCICMS n.º 16.215.738-0, já qualificada nos autos, impondo o ônus decorrente desta ação fiscal, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 1.212.563,51 (um milhão, duzentos e doze mil, quinhentos e sessenta e três reais e cinquenta e um centavos), sendo R\$ 808.375,67 (oitocentos e oito mil, trezentos e setenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106, do RICMS/PB e R\$ 404.187,84 (quatrocentos e quatro mil, cento e oitenta e sete reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019.

ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Divergente