



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

Processo nº1481752015-9

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

Recorrida:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS

Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ

Autuante:FRANCISCO ILTON PEREIRA MOURA

Relator:CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO A MENOR – ERRO QUANTO À DESCRIÇÃO DOS FATOS E QUANTO À NORMA LEGAL INFRINGIDA – VÍCIOS FORMAIS – AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A incorreta descrição dos fatos, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos, 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 da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou nulo o Auto de Infração nº 93300008.09.00001929/2015-88, lavrado em 26 de outubro de 2015 em desfavor da COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de dezembro de 2019.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FRANCISO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício interposto contra decisão monocrática que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001929/2015-88, lavrado em 26 de outubro de 2015 em desfavor da COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS, inscrição estadual nº 16.999.213-6.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

0339 – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) >> Falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo contrariando dispositivos legais, adquiriu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

Nota Explicativa:

NO LEVANTAMENTO REALIZADO PARA BAIXA SOLICITADA PELA EMPRESA CIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS 16.999.213-6 CONSTATOU-SE QUE ESTE CONTRIBUINTE RECOLHEU ICMS ST A MENOR NOS MESES DE OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2010, ABRIL, MAIO E JUNHO DE 2011, MARÇO DE 2012 E ABRIL DE 2013 NOS VALORES RESPECTIVOS DE R\$ 113.075,01, R\$ 23.660,10, R\$ 1.310,13, R\$ 466,35, R\$ 20.249,82, R\$ 11.973,78, R\$ 1.563,78 E R\$ 4.628,65 TOTALIZANDO R\$ 176.927,46. NOS MESES DE OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2010, ABRIL E JUNHO DE 2011 E MARÇO DE 2012 OCORREU ERRO NO CÁLCULO DO ICMS ST POR NÃO UTILIZAÇÃO DO VALOR CORRETO DO PREÇO CONSTANTE DAS

PORTARIAS DE BEBIDAS (CERVEJAS E REFRIGERANTES) DIVULGADAS PELO GABINETE DA SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA O QUE ACARRETA INFRAÇÃO A CLÁUSULA QUARTA DO PROTOCOLO ICMS 11/91. NOS MESES DE MAIO E NOVAMENTE JUNHO DE 2011 ALÉM DE ABRIL DE 2013 HOVE RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS ST PORQUE A EMPRESA CONSIDEROU COMO CANCELADAS EM SUA BASE DE DADOS NOTAS FISCAIS EMITIDAS AS QUAIS ESTÃO NA SITUAÇÃO DE AUTORIZADAS NO PORTAL NACIONAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA O QUE ACARRETA INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 166-G, I E SEU § 2º C/C ARTIGO 166-K C/C ART. 166-K1 C/C ART. 166-L, TODOS DO RICMS-PB APROVADO PELO DECRETO 18.930/97. TODO LEVANTAMENTO REALIZADO ESTÁ DETALHADO NAS PLANILHAS ANEXADAS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto nos artigos 38, IV; 41, § 12; 408, parágrafo único e 667, V, “c”, todos do RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na nota explicativa acima reproduzida, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 353.854,92 (trezentos e cinquenta e três mil, oitocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 176.927,46 (cento e setenta e seis mil, novecentos e vinte e sete reais e quarenta e seis centavos) de ICMS e R\$ 176.927,46 (cento e setenta e seis mil, novecentos e vinte e sete reais e quarenta e seis centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às fls. 5 a 16.

Depois de cientificada por via postal em 11 de janeiro de 2016 (fls. 22), a autuada, por intermédio de seus advogados, protocolou, em 5 de fevereiro de 2016, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 24 a 61), por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) Reconhece a parcial procedência do Auto de Infração relativamente às notas fiscais nº 93442 e 93483, emitidas em 3 de março de 2012;
- b) Os valores referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012 encontram-se fulminados pela decadência;
- c) No caso dos créditos tributários correspondentes aos meses de maio e junho de 2011 e abril de 2013, em razão de as notas fiscais nº 74864, 75794 e 75996 e 105756 terem sido canceladas, não pode o Fisco efetuar o lançamento, uma vez que os fatos geradores não se efetivaram;
- d) A diferença encontrada pela fiscalização no período de abril de 2011 deu-se em virtude da errônea aplicação da alíquota de 27% (vinte e sete por cento) para o produto CERVEJA KRONEMBIER (sem álcool), quando a alíquota correta é de 17% (dezessete por cento);
- e) Para o mês de março de 2012, o auditor fiscal considerou que, em 1º de março de 2012, as notas fiscais teriam sido emitidas com base em pauta antiga, porém a vigência da pauta nova deu-se a partir de 3 de março de 2012, após publicação da Portaria nº 58/2012 no Diário Oficial do Estado;
- f) A multa aplicada tem natureza confiscatória.

Com fulcro nos argumentos apresentados, a impugnante requereu:

- a) A admissibilidade e provimento da impugnação para que fosse declarada a improcedência do Auto de Infração nº 93300008.09.00001929/2015-88 ou, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou, ao menos, a sua redução a um patamar razoável;
- b) A realização de perícia e diligência fiscal-contábil;
- c) Que todas as intimações relativas ao presente feito fossem realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, com endereço na Rua da Hora, nº 692, Espinheiro, Recife – PB, C.E.P.: 52.020-015.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 64), foram os autos conclusos (fls. 65) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Francisco Nociti, que decidiu pela nulidade do Auto de Infração, nos termos da seguinte ementa:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REFRIGERANTES E CERVEJAS. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOR. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERATIVA. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA NORMA INFRINGIDA. NULIDADE POR VÍCIO FORMAL.

- Constatou-se um deslize cometido pela Fiscalização na tipificação da norma legal infringida, o qual inquinou de vício formal a peça acusatória e, por essa razão, acarretou sua nulidade. *In casu*, caracterizou-se norma destoante ao caso concreto denunciado, porquanto o contribuinte autuado não é o adquirente das mercadorias. Cabível a realização de novo feito fiscal com a perfeita identificação da norma aplicável ao caso que se pretendia delatar.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Em observância ao que estabelece o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador singular recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 7 de dezembro de 2018, a autuada não mais se manifestou nos autos.

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

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em desfavor da COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS,

que visa a exigir crédito tributário decorrente de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, em virtude de o contribuinte haver adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2010; abril, maio e junho de 2011; março de 2012 e abril de 2013.

Segundo o auditor fiscal responsável pela autuação, o contribuinte teria afrontado as disposições legais insculpidas nos artigos 38, IV; 41, § 12; 408, parágrafo único e 667, V, “c”, todos do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 38. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:

(...)

IV - os adquirentes, em relação a mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte;

Art. 41. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e seus acréscimos legais na condição de sujeito passivo por substituição:

(...)

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

Art. 408. Os contribuintes que receberem mercadorias sujeitas à substituição tributária, sem a devida retenção, deverão comparecer à repartição fiscal do seu domicílio, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de entrada da mercadoria, para recolhimento do imposto.

Parágrafo único. A falta de recolhimento do imposto no prazo fixado neste artigo, sujeitará o contribuinte à penalidade prevista na alínea “c” do inciso V do art. 667.

Art. 667. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II do art. 665, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas à substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

Da análise dos dispositivos acima reproduzidos, bem como do conteúdo do campo “Descrição da Infração” do Auto de Infração, extrai-se, inequivocamente, que a denúncia se reporta a operações de aquisições de mercadorias realizadas por contribuinte **substituído tributário**.

Por outro lado, as provas que embasaram a denúncia, assim como a Nota Explicativa do Auto de Infração, não deixam dúvidas de que os fatos que motivaram a acusação relacionam-se a operações realizadas pela autuada na condição de contribuinte **substituto tributário**.

Destarte, resta evidente que o auditor fiscal, ao descrever a infração supostamente cometida pela autuada, o fez de forma equivocada, ao consignar descrição do fato incompatível com o arcabouço probatório por ele colacionado aos autos.

Diante deste cenário, o julgador singular, acertadamente, reconheceu a existência de vício formal em todos os lançamentos, em observância ao que estatui o artigo 17, incisos II e III, 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.)

O Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, em diversas oportunidades, reconheceu a necessidade de anulação de Autos de Infração quando caracterizada a existência de vícios de forma, a exemplo da decisão proferida no Acórdão nº 237/2018, da lavra da eminente Cons.º Gílvia Dantas Macedo, cuja ementa transcrevo a seguir:

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA FISCAL. DOCUMENTO ELETRÔNICO. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL DO FATO INFRINGENTE. VICIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O feito fiscal que revela imprecisão na descrição do fato infrigente e no embasamento legal traz a eiva que lhe vicia a consistência jurídica, tornando-o passível de anulação. Cabível, pois, a anulação da ação fiscal, sem que disso resulte a impossibilidade do autor em intentar nova ação.

Ressalte-se que, apesar do defeito da forma que determinou o comprometimento do 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.

Por fim, necessário se faz destacarmos que, em consulta ao Sistema ATF da Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba, identificamos que a autuada, em razão do pedido de baixa por ela formulado, não mais está com sua inscrição estadual ativa no CCICMS/PB, conforme atesta o extrato da consulta ao Dossiê do Contribuinte abaixo reproduzido:

Histórico das alterações cadastrais

Início	Término	Razão social	Situação cadastral	Natureza jurídica	Tipo de estabelecimento	Tipo de unidade	Regime de apuração	Município
29/05/1992	16/12/1994	CAMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA	ATIVO		SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA	FILIAL	UNIDADE PRODUTIVA	JOAO PESSOA
16/12/1994	05/10/1995	CAMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA	ATIVO		SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA	FILIAL	UNIDADE SUBSTITUTIVA	JOAO PESSOA
05/10/1995	04/09/2000	CAMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA FILIAL NO RDESTE	ATIVO		SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA	FILIAL	UNIDADE SUBSTITUTIVA	CABO DE SANTO ANTONIO GOSTINHO
04/09/2000	30/10/2001	COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA FILIAL NO RDESTE	ATIVO		SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA	FILIAL	UNIDADE SUBSTITUTIVA	CABO DE SANTO ANTONIO GOSTINHO
30/10/2001	06/10/2005	COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS	ATIVO		SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA	FILIAL	UNIDADE SUBSTITUTIVA	CABO DE SANTO ANTONIO GOSTINHO
06/10/2005	27/10/2015	COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS	ATIVO		SOCIEDADE ANÔNIMA ABERTA	FILIAL	UNIDADE SUBSTITUTIVA	CABO DE SANTO ANTONIO GOSTINHO
27/10/2015	---	COMPANHIA DE	BAIXADO		SOCIEDADE DE	FILIAL	UNIDADE SUBSTITUTIVA	CABO DE SANTO ANTONIO GOSTINHO

BEBIDAS
DAS AME
RICAS

ANÔNIMA
ABERTA

VA

GOSTIN
O

É imprescindível atentarmos que, aos contribuintes que não mais se encontrem com inscrição estadual ativa, a Lei nº 10.094/13, em seu artigo 11, § 10, atribui ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS a prerrogativa de indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes ao processo do qual seja parte. Senão vejamos:

Art. 11. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), encaminhado ao domicílio tributário do sujeito passivo, observados os §§ 2º, 9º e 10 deste artigo;

(...)

§ 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.

Acrescido o § 10 ao art. 11 pela alínea “a” do inciso II do art. 5º da Lei nº 11.247/18 - DOE de

14.12.18. OBS: efeitos a partir de 1º de janeiro de 2019.

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo.

Atendidas as condições estabelecidas nos §§ 9º e 10 do artigo 11 da Lei nº 10.094/13, é inegável que assiste ao contribuinte o direito de indicar endereço para recebimento de intimações/notificações relativas ao Processo nº 1481752015-9.

Registre-se que a solicitação fora expressamente formulada na impugnação às fls. 60.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou nulo o Auto de Infração nº 93300008.09.00001929/2015-88, lavrado em 26 de outubro de 2015 em desfavor da COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS, 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, na forma regulamentar, as quais devem ser remetidas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, com endereço na Rua da Hora, nº 692, Espinheiro, Recife – PB, C.E.P.: 52.020-015.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de dezembro de 2019..

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relato