



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

Processo Nº 1846942014-3

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ªRecorrida:TACARUNA PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA

2ªRecorrente:TACARUNA PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO ANDRADE MOURA

Relatora: CONS.^a GÍLVIA DANTAS MACEDO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATURAS EM ABERTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA GENÉRICA. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. IMPROCEDÊNCIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NO REGIME DE APURAÇÃO NORMAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Faturas em aberto comprovam a falta de pagamento do ICMS - Substituição Tributária.

Falta de recolhimento de ICMS. Denúncia genérica. A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, por imprecisão na descrição acusatória que peca pela narrativa genérica, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma estampada no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 10.094/2013, diante da falta de elementos capazes de conferir certeza de que houve a assimilação do sujeito passivo sobre o fato que se pretendeu lhe imputar, devendo, pois, ser debelada pela nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal.

Confirmada a impossibilidade de exigência do ICMS Simples Nacional Fronteira quando o contribuinte, inscrito no CCICMS, pertencer ao regime de apuração normal.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, para manter a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002442/2014-31, lavrado em 16/12/2014, contra a empresa TACARUNA PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA, inscrição estadual nº 16.149.227-4, qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 130.539,66 (cento e trinta mil, quinhentos e trinta e nove reais e sessenta e seis centavos), sendo R\$ 65.269,83 (sessenta e cinco

mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos) de ICMS por infringência aos art. 399 e 391, §§5º e 7º, II, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e R\$ 65.269,83 (sessenta e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos) a título de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, “c” e “g”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantém cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 70.961,87 (setenta mil, novecentos e sessenta e um reais e oitenta e sete centavos), sendo R\$ 47.307,91 (quarenta e sete mil, trezentos e sete reais e noventa e um centavos) de ICMS e R\$ 23.653,96 (vinte e três mil, seiscentos e cinquenta e três reais e noventa e seis centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA e ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002442/2014-31 (fls. 3/4), lavrado em 16/12/2014, contra a empresa TACARUNA PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA, inscrição estadual nº 16.149.227-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º de maio e 30 de setembro de 2013, a autuada é acusada das seguintes irregularidades:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) – Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

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

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

Assim, constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 201.501,53 (duzentos e um mil, quinhentos e um reais e cinquenta e três centavos), sendo R\$ 112.577,74 (cento e doze mil, quinhentos e setenta e sete reais e setenta e quatro centavos) de ICMS, dada a infringência aos art. 399; 391, §§5º e 7º, II; 106; 106, I, “g”, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e art. 13, §1º, XIII, alíneas “g” e “h”, da LC nº 123/2006, e R\$ 88.923,79 (oitenta e oito mil, novecentos e vinte e três reais e setenta e nove centavos) de multa por infração, arremada no art. 82, incisos II, “e” e V, alíneas “c” e “g”, da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios, às fls. 5/189.

Depois de cientificada regularmente, através de Aviso de Recebimento, em 16/3/2015, a autuada, por intermédio de seu representante legal, ingressou com peça reclamatória tempestiva (fls. 192/206) e anexos (fls. 207/236), por meio da qual se insurgiu contra o auto de infração, alegando preliminarmente manifesta nulidade decorrente da expiração do prazo de validade da ordem de serviço.

Argui o lançamento em duplicidade, asseverando que o crédito tributário já havia sido constituído mediante transmissão do SPED Fiscal, além do que a peça acusatória não considerou o crédito fiscal.

Discorre ainda sobre a nulidade atinente à falta de descrição minuciosa da infração de falta de recolhimento apontada.

No mérito, alega a improcedência do lançamento diante da duplicidade, posto que o crédito tributário havia sido constituído previamente por homologação, ao arrepio do princípio da não-cumulatividade.

Pugna, caso sejam confirmadas as infrações, pelo direito ao crédito fiscal das entradas no mesmo período.

Ao final, requer o reconhecimento das nulidades, caso contrário, que seja declarada a improcedência do referido Auto de Infração.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fl. 237), no que se refere às infrações em tela, foram os autos conclusos à instância prima (fl. 238), ocasião em que o julgador singular, em sua decisão, manifestou-se pela procedência parcial da denúncia, conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PROCEDÊNCIA. ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. REGIME NORMAL. IMPROCEDENTE. DENÚNCIA DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SEM TIPIFICAÇÃO DO FATO DELITUOSO. NULIDADE DA ACUSAÇÃO FISCAL. - Devida a exigência fiscal quando da constatação de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem recolhido do ICMS – ST, situação não descaracterizada pela autuada, diante de apresentação de provas que não garantem o recolhimento devido. - Improcedente é a exigência fiscal sobre a falta de recolhimento de ICMS - Simples Nacional Fronteira, diante do fato de o contribuinte não ser empresa inserida no regime Simples Nacional e sim no Regime Normal de Tributação. - Consta acusação fiscal com indefinição do fato delituoso e lacunoso na descrição acusatória, devendo ser debelada pela nulidade processual.

O crédito tributário passou a se constituir, após sentença no total de R\$ 130.539,66 (cento e trinta mil, quinhentos e trinta e nove reais e sessenta e seis centavos), sendo R\$ 65.269,83 (sessenta e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos) de ICMS e R\$ 65.269,83 (sessenta e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos) a título de multa por infração.

Apresentado recurso hierárquico, a autuada foi notificada da decisão de primeira instância por meio de AR, cuja ciência resta comprovada à fl. 253, em 9/1/2019, tendo interposto Recurso Voluntário (fls. 255/264), perante este Colegiado, em 7/2/2019, no qual pleiteia a reforma da decisão monocrática para decretar a nulidade no *totum* do crédito tributário denunciado, ou ainda, que seja declarada a improcedência do referido auto de infração.

Reitera as alegações apresentadas em sede de reclamação, afirmando a nulidade do auto de infração, diante da extrapolação do prazo para conclusão da ordem de serviço.

Suscita a nulidade das demais infrações mantidas pelo julgador monocrático, entendendo que se encontram descritas de forma genérica, sem o cotejo com os valores anteriormente declarados pela empresa.

Alega também a duplicidade do lançamento, posto que o crédito tributário havia sido constituído previamente pela declaração das notas fiscais no SPED Fiscal.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

1. 1.1.1.1.1.1

VOTO

Em exame os recursos hierárquico e voluntário interpostos nos moldes respectivamente dos art. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que considerou parcialmente procedente o auto de infração lavrado contra a empresa em epígrafe, exigindo o crédito tributário acima descrito em razão das infrações apuradas, durante o período compreendido entre 1º de maio a 30 de setembro de 2013.

Quanto ao requisito de tempestividade, faz-se necessário declarar que o recurso da autuada foi interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Antes de adentrar o mérito da causa, importa declarar que a peça basilar preenche os requisitos de validade estabelecidos no art. 142 do CTN e adotados na legislação que neste Estado regula o Processo Administrativo Tributário (Lei nº 10.094/2013, art. 41 e seus incisos).

Em suas alegações preliminares, a recorrente questiona o prazo para execução dos trabalhos de auditoria, arguindo a nulidade do auto de infração.

Aqui cabe-nos esclarecer que o procedimento de fiscalização que resultou na lavratura do presente auto de infração foi motivado pela abertura da Ordem de Serviço nº 93300008.12.00012779/2014-07, por meio da qual fora designado o auditor fiscal Antônio Andrade Moura para “examinar e autuar faturas em aberto - processo de baixa: 133.899.2013-7”.

O art. 642, § 3º, do RICMS/PB, estabelece o prazo de 60 dias para conclusão dos trabalhos de fiscalização, prorrogável por igual período, desde que as circunstâncias ou complexidade dos trabalhos julguem-se necessário, a critério dos gestores subordinados à Gerência Executiva de Fiscalização. Vejamos:

Art. 642. A autoridade fiscalizadora lavrará termo destinado a documentar dia e hora do início do procedimento, bem como os atos e termos necessários à demonstração do resultado da ação fiscal.

Parágrafo único. Verificada a prática de infração, será lavrado o auto correspondente, consignando o período fiscalizado, livros e documentos examinados e quaisquer outras informações úteis à instrução do feito.

Nova redação dada ao art. 642 pelo inciso XVIII do art. 1º do Decreto nº 36.128/15 – DOE de 27.08.15.

Art. 642. A fiscalização lavrará termo destinado a documentar o dia e a hora do início do procedimento, bem como os atos e termos necessários à demonstração do resultado da ação fiscal.

§ 1º Para efeitos do disposto no “caput”, deverão, também, ser observadas as disposições contidas no art. 37 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

§ 2º Não exclui a espontaneidade a expedição de ofício ou notificação para regularização da situação fiscal do contribuinte, desde que integralmente atendida a solicitação no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos em até 60 (sessenta) dias, prazo este prorrogável por igual período, desde que as circunstâncias ou complexidade dos serviços o justifiquem, a critério das Gerências Operacionais subordinadas à Gerência Executiva de Fiscalização.

Nova redação dada ao § 3º do art. 642 pelo inciso I do art. 1º do Decreto nº 37.338/17 - DOE de 19.04.17.

§ 3º Os trabalhos de fiscalização normais deverão ser concluídos em até 60 (sessenta) dias e os especiais em até 120 (cento e vinte) dias, podendo ambos os prazos ser prorrogados por período estabelecido em Portaria do Secretário de Estado da Receita, desde que as circunstâncias ou complexidade dos serviços justifiquem.

§ 4º As diligências solicitadas deverão ser concluídas no prazo de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período dependendo do nível de complexidade das tarefas a realizar, observado o disposto nos art. 59 a 61 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

A norma acima se estabelece no interesse da padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. Insere-se na categoria das regras que cumprem meramente funções internas de uniformização, não têm, pois, qualquer relevância em relação à segurança ou às garantias do administrado. Servem apenas à metodização dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos e não têm relevância jurídica externa, mas puramente interna, razão pela qual a violação delas só pode acarretar sanções administrativas aos agentes que as desatenderem, mas em nada interferem na validade do ato.

Portanto, caso a autoridade administrativa houvesse atuado fora dos limites temporais estabelecidos na legislação de regência, consistiria de questão cuja avaliação pertence ao âmbito interno da Administração, a quem compete o acompanhamento dos atos praticados pelos administrados, com vistas à tomada das providências cabíveis, isto porque se trata de prazos impróprios, isto é, aqueles estabelecidos no interesse interno da Administração.

Assim, a circunstância do término dos trabalhos da Fiscalização e da lavratura do auto de infração haver se verificado após o transcurso do prazo para conclusão dos procedimentos de auditoria fiscal não retiraria a validade do ato administrativo por ele praticado. Qualquer consequência porventura advinda desse ato produz efeitos apenas no âmbito interno desta Secretaria de Estado da Receita. Os atos por ele praticados no estrito cumprimento do dever legal permanecem válidos para todos os efeitos jurídicos.

Para melhor compreensão do presente voto, passo ao exame separadamente das acusações em epígrafe.

Acusações 1 e 2 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Analisando-se a denúncia posta, observa-se que foi constatada a aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento antecipado através da substituição tributária, sem o recolhimento do ICMS-ST, infringindo aos art. 391 e 399, do RICMS/PB, in verbis:

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

Nova redação dada ao “caput” do art. 391 pelo inciso IV do art. 1º do Decreto nº 34.083/13 (DOE de 05.07.13). OBS: efeitos a partir de 01.09.13.

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

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

II - contratante de serviço ou terceiro, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de que participem (Lei nº 7.334/03);

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - quando procedentes de outra unidade da Federação, destinados a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário das Finanças, com base em requerimento da parte interessada:

a) até o último dia útil do mesmo mês, para as operações realizadas na primeira quinzena;

b) até o dia 15 (quinze) do mês subsequente para as realizadas na segunda quinzena;

Nova redação dada ao inciso II do art. 399 pelo art. 1º do Decreto nº 21.678/00 (DOE de 28.12.00).

II - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do

fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

c) nas prestações de serviços de transporte com retenção, realizadas por contribuintes inscritos no CCICMS;

III - quando se tratar de estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito:

a) até o último dia do mesmo mês para as operações internas realizadas na primeira quinzena;

b) até o dia 15 (quinze) do mês subsequente , para as operações realizadas na segunda quinzena;

c) até o dia 15 (quinze) do mês subsequente , quando se tratar de imposto retido resultante de prestações de

serviços de transporte;

Revogado o inciso III do art. 399 pelo inciso II do art. 3º do Decreto nº 21.678/00 (DOE de 28.12.00).

IV - nas operações com cimento será observado o seguinte:

a) se internas, até o 5º (quinto) dia útil após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

Nova redação dada à alínea “a” do inciso IV do “caput” do art. 399 pelo inciso III do art. 1º do Decreto nº 35.928/15 – DOE DE 10.06.15. Obs: Efeitos a partir de 01.07.15.

a) se internas com retenção, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador;

b) se interestaduais:

1. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Norte Nordeste, até o 5º (quinto) dia após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

2. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da respectiva saída;

Nova redação dada à alínea “b” do inciso IV do “caput” do art. 399 pelo inciso III do art. 1º do Decreto nº 35.928/15 – DOE DE 10.06.15. Obs: Efeitos a partir de 01.07.15.

b) se interestaduais:

1. com retenção, no prazo previsto em legislação específica;

2. sem retenção, no prazo estabelecido neste Regulamento;

V - relativamente a fato gerador ocorrido antes da entrada da mercadoria ou do serviço prestado ao sujeito passivo por substituição até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrer a respectiva entrada;

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

Isto posto, caracterizada a falta de recolhimento do ICMS-ST, ou seja, descumprida a obrigação tributária principal, impõe-se a aplicação da medida punitiva insculpida no artigo 82, V, alíneas “c” e “g”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

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

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Pois bem. Vemos que a fiscalização autuou a ora recorrente pela ausência de pagamento das faturas emitidas, referente ao ICMS-ST devido, quando do ingresso de mercadorias no Estado da Paraíba, adquiridas em operações interestaduais.

In casu, é notória a constatação de que a Auditoria Fiscal apresentou um arcabouço probatório, demonstrando a ausência de pagamento das faturas colacionadas aos autos, situação que não foi contraditada a contento pela recorrente, diante da falta de argumentos e provas contrárias à conduta afrontosa perante a legislação de regência, pelo que mantenho na íntegra os valores denunciados concernentes a estas infrações.

Suscita a recorrente a nulidade destas infrações, que foram mantidas pelo julgador singular, entendendo que se encontram descritas de forma genérica, sem o cotejo com os valores anteriormente declarados pela empresa no SPED Fiscal, arguindo, inclusive, a duplicidade do lançamento, posto que o crédito tributário havia sido constituído previamente pela declaração das notas fiscais.

No tocante à compensação do crédito fiscal que alega a defesa, caso exista o direito, não implica que haja autorização para fazê-lo no âmbito do processo administrativo tributário, como deste contencioso.

Assim, cabe ao contribuinte formalizar petição em processo de compensação ou restituição, por se tratar de um possível creditamento extemporâneo, a ser avaliado e constatado por meio de processo próprio e em setor competente da SER, nos termos da legislação tributária vigente, pelo que rechaço o pleito apresentado pela recorrente.

3 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS–SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA

Para esta infração, vemos, ao analisar o teor da denúncia constante da exordial, que a Fiscalização incorreu em equívoco ao denunciar a falta de recolhimento do ICMS–Simples Nacional Fronteira, diante da constatação de que o contribuinte não é optante pelo regime de tributação Simples Nacional, assim indevida é a exigência do ICMS-Simples Nacional Fronteira, conforme verificado pelo nobre julgador da instância prima.

Em face do exposto, *corroboro* com a decisão singular, julgando *improcedente* a infração em apreço.

4-FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

Neste quesito, inclino-me a manter o entendimento da instância prima, que se manifestou favorável ao afastamento da acusação em tela, porquanto verificar a existência de aspectos prejudiciais ao direito de defesa da autuada, em decorrência da descrição lacunosa e imprecisa do teor acusatório. A descrição da natureza da infração é insuficiente para atribuir clareza necessária à compreensão do ilícito que se pretendeu imputar ao sujeito passivo. Assim, resta impossibilitado saber se este assimilou acertadamente a denúncia que lhe foi imposta.

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

Tal entendimento encontra âncora em parecer proferido pela Assessoria Jurídica desta Casa, na

peessoa da Procuradora Dra. Sancha Maria Formiga C. e Rodovalho de Alencar, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, pelo que se pronunciou a respeito de matéria de similar natureza no Processo de nº 090.695.2012-5, que continha narrativa de infração formulada de forma genérica, fato prejudicial diante do desconhecimento do teor narrativo e do estado de revelia da parte autuada, o que tornaria inaplicável o disposto legal contido no artigo 15 da Lei nº 10.094/2013, conforme Parecer nº 01/2014, abaixo transcrito:

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER Nº 01/2014

Processo n.º 090.695.2012-5

RECORRENTE	Gerência Executiva de Julg. De Processos Fiscais - GEJUP
RECORRIDA	Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda.
REPARTIÇÃO	Coletoria Estadual de Sousa
AUTUANTE	Wanderlino Vieira Filho
RELATOR(a)	Consª. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa

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

Trata-se de diligência requerida pelo Conselho de Recursos Fiscais, quando do julgamento do Recurso Hierárquico do Processo nº 629/2013, após decisão monocrática proferida pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001668/2012-53, lavrado em 07 de agosto de 2012 contra a Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda., condenando-a ao recolhimento da quantia total de R\$ 164.248,22 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e quarenta e oito reais e

vinte e dois centavos), referente à multa por infração e ao ICMS. Ao mesmo tempo foi cancelado o crédito tributário no valor de R\$ 85.799,25 (oitenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e vinte e cinco centavos), onde R\$ 1.827,57 de ICMS e R\$ 83.951,68 de multa. Assim ementado:

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

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

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

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

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

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

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

I - o imposto declarado e não recolhido;

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

III - o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

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

§ 2º Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por

homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I - por escrituração fiscal eletrônica;

II - em guias de informação e apuração.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 – Quanto à terceira indagação, também entendemos que não há clareza acerca da natureza da infração cometida, posto que o art. 106 do RICMS, tido como violado, por “falta de recolhimento de ICMS”, traz diversas hipóteses referentes à necessidade de recolhimento direto do ICMS pelo contribuinte, e, sem que haja a menção ao inciso e à alínea correlatos, não se tem clareza quanto à tipificação.

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

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

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

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

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

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO CDC. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVIABILIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTE: RMS 21.520/RN.

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

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

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

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

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

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

I -omissis

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

III e IV –omissis.

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

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

Assim, para se evitar discussões quanto à nulidade de auto de infração por violação à ampla defesa/contraditório, deve o autuante descrever a infração apurada, com a indicação da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

João Pessoa, 07 de outubro de 2014.

SANCHA MARIA F C R ALENCAR

Procuradora do Estado

Assessora Jurídica do Conselho de Recursos Fiscais

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

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

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

(...)

*V - a **descrição da falta** com o respectivo montante tributável; (g.n.)*

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:

(...)

II – à descrição dos fatos

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

Art. 14. São nulos:

(...)

*III – os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da **exigência tributária** e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados (g.n.)*

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Neste sentido, transcrevo a ementa de precedente desta Corte:

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

- A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, lacunoso na descrição acusatória e com narrativa genérica em seu teor, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma

estampada no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 10.094/2013, diante da falta de manifestação por parte do sujeito passivo, devendo ser devida pela nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal, de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

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

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

Com esses fundamentos, concluo pela nulidade do lançamento ora em comento, ressaltando que apesar do defeito de forma na acusação fiscal, a presente decisão motiva a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, capaz de atender aos reclamos da legislação de regência e com a correta descrição da infração objeto da autuação.

Em função das considerações ora expostas, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta, restando-me, portanto, apenas manter a sentença proferida na instância prima de julgamento, caso em que estou desprovendo os recursos hierárquico e voluntário.

Com estes fundamentos,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, para manter a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002442/2014-31, lavrado em 16/12/2014, contra a empresa TACARUNA PRODUTOS DE INFORMÁTICA LTDA, inscrição estadual nº 16.149.227-4, qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 130.539,66 (cento e trinta mil, quinhentos e trinta e nove reais e sessenta e seis centavos), sendo R\$ 65.269,83 (sessenta e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos) de ICMS por infringência aos art. 399 e 391, §§5º e 7º, II, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e R\$ 65.269,83 (sessenta e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e oitenta e três centavos) a título de multa por infração, com arrimo no art. 82, V, “c” e “g”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 70.961,87 (setenta mil, novecentos e sessenta e um reais e oitenta e sete centavos), sendo R\$ 47.307,91 (quarenta e sete mil, trezentos e sete reais e noventa e um centavos) de ICMS e R\$ 23.653,96 (vinte e três mil,

seiscentos e cinquenta e três reais e noventa e seis centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Ressalvo a realização de novo procedimento fiscal com a correta descrição do fato infringente quanto ao deslinde da acusação de falta de recolhimento do ICMS, anulada por vício formal, no prazo estabelecido no art. 173, II do CTN.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2019..

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora