

PROCESSO Nº 0997272021-7

ACÓRDÃO Nº 0286/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

2ª Recorrente: GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI

1ª Recorrida: GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuantes: GUSTAVO HIDEYUKI ONO GARCIA E EDSON BARBOSA CORDEIRO

Relatora: CONSª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

PRELIMINAR: DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTAS FISCAIS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS - DENÚNCIA EM DESACORDO COM OS FATOS DEMONSTRADOS NOS AUTOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO - NULIDADE. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A descrição incorreta 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, consoante 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 da Lei nº 10.094/13.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e, voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo desprovemento de ambos, contudo, em observância aos princípios da legalidade e da verdade material, reformo, de ofício, a decisão monocrática para julgar NULO, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001131/2021-84, lavrado em 1º de julho de 2021, contra a empresa GRADUAL COMÉRCIO E SERVICOS EIRELI, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Fica ressalvado o direito de o Fisco Estadual constituir novo feito fiscal a fim de resguardar os cofres estaduais de quaisquer prejuízos, nos termos do art. 173, II, do CTN c/c o art. 18 da Lei nº 10.094/2013.

Intimações necessárias, na forma da legislação de regência.

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de maio de 2022.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA E LEONARDO DO EGITO PESSOA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 0997272021-7 - e-Processo nº 2021.000116920-3

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

2ª Recorrente: GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI

1ª Recorrida: GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ -
CABEDELO

Autuantes: GUSTAVO HIDEYUKI ONO GARCIA E EDSON BARBOSA CORDEIRO

Relatora: CONSª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

PRELIMINAR: DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTAS FISCAIS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS - DENÚNCIA EM DESACORDO COM OS FATOS DEMONSTRADOS NOS AUTOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO - NULIDADE. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A descrição incorreta 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, consoante 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 da Lei nº 10.094/13.

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos de ofício e voluntário interpostos nos moldes dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001131/2021-84 (fl. 2), lavrado em 1º de julho de 2021, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

Descrição da Infração:

0026 – AQUISIÇÃO DE MERC. CTE DO ANEXO 05 SEM N. FISCAL >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, por ter adquirido mercadorias, sob a égide da Substituição Tributária, sem nota fiscal.

NOTA EXPLICATIVA:

EM CUMPRIMENTO À ORDEM DE SERVIÇO, EFETUAMOS O CRUZAMENTO DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES NAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE E O ESTOQUE DECLARADO. O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DAS MERCADORIAS, CORRESPONDENTE AO PERÍODO DE 2016, 2017, 2018, 2019 E 2020, PLANILHA EM ANEXO, LEVA-NOS A CONCLUIR QUE O MESMO EFETUOU AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO V (SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA) SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

Considerando infringido o art. 150 e art. 172, c/c art. 391, § 7º, II; art. 397, I e art. 399, I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os Representantes Fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 511.152,64, sendo R\$ 255.576,32, de ICMS, e R\$ 255.576,32, de multa por infração, com arrimo no art. 82, inciso V, alínea “c”, da Lei 6.379/96.

Registre-se que os autos estão instruídos com os seguintes documentos: 1) Ordem de Serviço Específica nº 93300008.12.00003479/2021-66 (fls. 3 e 4); 2) Informação Fiscal (fls. 5 a 7); 3) Demonstrativo Fiscal – Levantamento Quantitativo de Mercadorias (fls. 8 a 11); 4) Planilhas que identificam as mercadorias comercializadas informando chaves de acesso das NF-e, quantidades de entradas e saídas, preço médio, unidade de medida dos produtos (fls. 12 a 401); 5) Notificação nº 00121062/2021 remetida via DT-e (fl. 402); 6) Comprovante de Cientificação do Auto de Infração via DT-e (fl. 404); 7) Cópia do e-mail encaminhando a reclamação (fls. 405 e 406).

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração em análise, em 9 de julho de 2021, via Notificação nº 00121062/2021 remetida via DT-e (fl. 404), em conformidade com as disposições contidas no art. 46, inciso III, alínea “b” c/c o art. 11, § 3º, inciso III, alínea “a”, ambos da Lei nº 10.094/2013, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 407 a 450), em 10 de agosto de 2021, portanto, em tempo hábil.

Na impugnação (fls. 407 a 450), o contribuinte inicialmente reporta-se à tempestividade da peça de defesa, afirma que foi acusado de promover vendas sem emissão de documentação fiscal, citando que foram dados como infringidos os artigos 158 e 160 do RICMS/PB como também foi incurso na penalidade prescrita no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Prossegue suas preliminares repudiando a ação fiscal, dizendo que não a acompanhou, consoante previsão contida no art. 643, § 1º, do RICMS/PB, por isso não sabe como a fiscalização chegou a sua conclusão, reclama ainda da apuração incorreta dos valores que compõem o auto de infração, o qual considera irregular para todos os fins de Direito.

Na mesma peça impugnatória, rechaça os Autos de Infração nºs 93300008.09.00001130/2021-30 e 93300008.09.00001131/2021-84, sendo este segundo o que integra o presente processo, na sequência, noticia que:

1. Desde 2018 a empresa possui liminar com posterior decisão favorável para não cobrança de ICMS ST sobre suas compras, assim a infração apontada para esse auto não possui sustentação para o ano de 2018 a 2020;

2. Na “PLANILHA DETALHADA”, anexo a este auto, inicia pelo produto: ÁLCOOL EM GEL 70 500 ML, porém, esse produto não consta na “PLANILHA RESUMIDA” deste auto, o que deixa confuso a conferência desses apontamentos realizados por essa fiscalização.

Continuando sua defesa, afirma que a acusação está fundamentada na presunção capitulada no art. 646 do RICMS/PB, todavia, a presunção legal não inverte o ônus da prova, motivo pelo qual compete à autoridade administrativa apresentar provas dos fatos.

Acrescenta que não houve omissões, vez que ocorreram os registros das saídas em notas fiscais próprias, conforme seu relato na impugnação, adita que procedeu a correta tributação das mercadorias.

Além disso, alega que se trata de empresa voltada ao “comércio varejista de produtos diversos, com decisão liminar, e posteriormente definitiva no Processo nº 0803922-72.2019.8.15.2001, que impede o Estado da Paraíba em lhe cobrar a Substituição Tributária, de acordo com documentos anexos, portanto, na maior parte de suas operações, não há que se falar em imposto devido na saída das mercadorias, eis que o recolhimento do ICMS já ocorreu no ato da aquisição das aludidas mercadorias pelos seus fornecedores.”

Rechaça ainda a aplicação da alíquota de 18% pela fiscalização, vez que todos os produtos com os NCM de substituição tributária têm regime próprio de tributação, que não foi considerado pelo fiscal, como também não adotou as alíquotas próprias do Regime de Tributação do Simples Nacional, conforme Instrução Normativa nº 015/2012/GSER.

O contribuinte reclama ainda da multa por infração aplicada, dizendo que viola os princípios do não-confisco e proporcionalidade, assim como menciona a inadequação da aplicação da multa no percentual de 100%.

Pelo exposto, pleiteia que o auto de infração seja julgado integralmente improcedente.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 451 a 569.

Sem as informações dos antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 570) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal *sub judice*, em conformidade com a sentença acostada às fls. 573 a 593 e a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DESACOBERTADAS DE NOTAS FISCAIS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. VIGÊNCIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS PARA OS PERÍODOS DE 2018,

**2019 E 2020. EXCLUSÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO DOS PERÍODOS
AUTUADOS DE 2018, 2019 E 2020.**

A lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto da lide, inexistindo incorreções capazes de gerar a nulidade do lançamento.

Constatada a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária concernente as aquisições de mercadorias sem nota fiscal que foram detectadas através do Levantamento Quantitativo de Mercadorias em que é feito o comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias comercializadas pelo contribuinte, cabendo a este demonstrar que houve erros na classificação e/ou erros nas quantidades, já que é o legítimo possuidor da posse direta de toda a documentação de seu estabelecimento.

O contribuinte não alegou e não comprovou erros no levantamento quantitativo realizado.

Diante da tutela concedida em ação mandamental, os créditos tributários lançados em face da autuada referente ao ICMS Substituição tributária para os períodos de 2018, 2019 e 2020 estão com a exigibilidade suspensa por força do Art. 151, IV, do CTN, impondo-se, ainda, a exclusão da multa por infração, tendo em vista o deferimento de liminar ter ocorrido antes do procedimento fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, em 4 de novembro de 2021, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico DT-e, disponibilizado pela SEFAZ, para o qual foi enviada a Notificação nº 00194980/2021, nos termos do art. 4º - A, § 1º, II, c/c art. 11, § 3º, III, “a”, da Lei nº 10.094/2013, consoante fls. 595 e 596 dos autos, o contribuinte impetrou recurso voluntário a esta Corte de Justiça Fiscal, em 6/12/2021, de acordo com e-mail apenso às fls. 597 a 600.

No recurso voluntário (fls. 601 a 640), inicialmente o sujeito passivo argumenta que o auto de infração em tela direciona-se aos ilícitos tributários decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias inclusos na esfera do Direito Tributário Penal.

Continua alegando que demonstrou na defesa inicial o preenchimento dos pressupostos para exclusão da responsabilidade pela prática de determinado ilícito tributário, uma vez que, foi demonstrado no processo o não seguimento da apuração fiscal correta, fato não observado pela julgadora singular.

Novamente, reporta-se à inversão do ônus da prova reiterando que caberia à fiscalização trazer aos autos provas reais da ocorrência da irregularidade, fato este que não ocorreu, portanto, não há fundamento para presumir que ocorreu fato punitivo real, razão pela qual a sentença singular merece ser reformada para afastar integralmente o lançamento fiscal em questão.

Seguindo a trilha dos argumentos já expostos ao órgão julgador monocrático, afirma que não acompanhou o desenvolvimento dos trabalhos da auditoria, fato que violou o art. 643, § 1º, do RICMS/PB, não sabe como a fiscalização chegou a sua conclusão, acrescenta que não utiliza más práticas, não embarça a fiscalização, não quer problema com qualquer órgão, todavia, requer o respeito aos seus direitos que entende violados na presente autuação.

Nesta linha, repisa os argumentos de defesa colacionados ao órgão julgador monocrático, requer a realização de DILIGÊNCIA para que possa apurar todos os itens do auto de infração, como também repete as seguintes alegações:

- 1) O auto de infração está irregular para todos os fins de direito;
- 2) Clama pela nulidade e improcedência do feito fiscal em razão de apuração por amostragem do auto de infração, das irregularidades levantadas, da incorreta forma de apuração por nomenclatura dos itens, incorreta apuração do ano calendário de lançamento;
- 3) Na sequência, combate à autuação formalizada por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00001130/2021-30, peça não integrante destes autos;
- 4) Quanto ao Auto de Infração nº 93300008.09.00001131/2021-84, que integra o presente processo, reitera que: “1. Desde 2018 a empresa possui liminar com posterior decisão favorável para não cobrança de ICMS ST sobre suas compras, assim a infração apontada para esse auto não possui sustentação para o ano de 2018 a 2020; 2. Na “PLANILHA DETALHADA”, anexo a este auto, inicia pelo produto: ÁLCOOL EM GEL 70 500 ML, porém, esse produto não consta na “PLANILHA RESUMIDA” deste auto, o que deixa confuso a conferência desses apontamentos realizados por essa fiscalização.”
- 5) Reporta-se, mais uma vez, a presunção em matéria tributária, dizendo que a única acusação contra a qual se insurge está fundamentada no descumprimento dos arts. 158, I, 160, I, e art. 646 do RICMS/PB;
- 6) Repete as afirmações acerca da inversão do ônus da prova, ausência de omissões de saídas e da correta tributação das mercadorias;
- 7) Ergue-se novamente contra a multa por infração aplicada, dizendo que esta fere os princípios constitucionais do não-confisco e da proporcionalidade;

Por derradeiro, pleiteia a reforma da sentença singular a fim de anular o auto de infração sob comento, em sua totalidade, pelas razões expostas, caso seu pedido não seja acolhido, requer o julgamento do mérito para reduzir o montante da multa punitiva aplicada.

É o relatório.

VOTO

Versam os autos a respeito da infração de **AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTA FISCAL**, incorrendo o contribuinte em falta de recolhimento do imposto estadual nos exercícios de 2017 a 2020,

conforme descrição da infração contida na peça inicial, lavrada contra a empresa **GRADUAL COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI**, nos autos qualificada.

Inicialmente, cabe aqui destacar que a peça interposta pela Recorrente para apreciação desta Corte Julgadora atende tempestivamente ao disposto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Com relação ao pedido de diligência, esclareço que constam nos autos os elementos necessários à formação de juízo de valor desta relatoria, sendo despicienda a sua realização, consoante disciplinado no art. 59, § 1º, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, *in verbis*:

Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§ 1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.

Ademais, na peça recursal, a ora recorrente não contesta os produtos ou quantidades que compõem o Levantamento Quantitativo de Mercadorias, que está apenso aos autos às fls. 8 a 11. No referido demonstrativo, estão claramente dispostos os produtos e quantidades usadas para elaboração do Quantitativo, além disso consta nos autos informação fiscal (fls. 5 a 7), que detalha a forma como foi feito o citado Quantitativo, o qual partiu das entradas, saídas, estoques inicial e final de mercadorias constantes no sistema ATF, em vista disso as peças dos autos são suficientes para a elucidação da composição do crédito tributário, não havendo a necessidade de realização de diligência para esclarecimento de qualquer fato.

Outrossim, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, ou tivesse algum valor a impugnar relativo ao Levantamento Quantitativo de Mercadorias, poderia tê-la juntado aos autos ou feito o questionamento necessário nos momentos ofertados pela lei processual.

A título elucidativo, a recorrente combate as informações constantes nos demonstrativos fiscais que embasam a cobrança do crédito tributário da seguinte forma:

“NA “PLANILHA DETALHADA”, ANEXO A ESTE AUTO, INICIA PELO PRODUTO: ALCOOL EM GEL 70 500 ML, PORÉM, ESSE PRODUTO NÃO CONSTA NA “PLANILHA RESUMIDA” DESTE AUTO, O QUE DEIXA CONFUSO A CONFERÊNCIA DESSES APONTAMENTOS REALIZADOS POR ESSA FISCALIZAÇÃO.”

Apesar destas alegações, ao leitor mais atento, é facilmente perceptível que na Planilha Detalhada (fls. 12 a 401) foi promovido o confronto entre entradas e saídas, inclusive com a conversão da unidade de medida a fim de possibilitar as análises e cálculo do preço médio, já a Planilha Resumida (fl. 8 a 11) contém os itens em que foi constatada divergência na comparação de $EI + C = V + EF$, onde EI é Estoque Inicial, C – Compras, V

– Vendas e EF – Estoque Final, ou seja, na Planilha Resumida estão os produtos que foram adquiridos sem documento fiscal, por conseguinte, não há que se falar em procedimento fiscal confuso, ao invés disto, está perfeitamente delineado.

Por oportuno, registre-se que o fato de o contribuinte não ter acompanhado o desenvolvimento dos trabalhos da auditoria não prejudica o exercício do direito de defesa, vez que o levantamento fiscal ora analisado foi feito a partir das informações fiscais do próprio contribuinte, do qual é senhor e dono, podendo combater os erros detectados que possa comprovar documentalmente.

Antecedendo ainda ao exame do mérito da lide fiscal, é importante destacar que as contestações referentes ao Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001130/2021-30 colacionadas ao recurso voluntário ora analisado não serão apreciadas neste Colegiado, pois o citado auto de infração não é peça do processo administrativo tributário em comento.

Passemos ao mérito.

Dentre as diversas técnicas utilizadas pela fiscalização, o Levantamento Quantitativo de Mercadorias é, sem dúvida, uma das mais recorrentes. Analisando os estoques (inicial e final) e o fluxo de entradas e saídas de mercadorias em determinado período, a auditoria, por meio de recurso aritmético simples, consegue identificar a existência (ou não) de irregularidades na movimentação dos produtos comercializados pelos contribuintes, a exemplo de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal ou vendas sem emissão de notas fiscais.

No caso em tela, o auditor fiscal, ao realizar o aludido procedimento de fiscalização, detectou aquisição das mercadorias sem documentação fiscal conforme relatórios constantes às fls. 8 a 401, conduta esta que, segundo a denúncia consignada na peça acusatória, teria afrontado o disposto nos artigos 150 e 172 c/c os artigos 391, § 7º, II; 397, I e 399, I, todos do RICMS/PB:

Art. 150. Sempre que for obrigatória a emissão de documentos fiscais, aqueles a quem se destinarem as mercadorias são obrigados a exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais, observado ainda o disposto no inciso IX do art. 119.

Art. 172. O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente (Ajuste SINIEF 09/97):

I - novos ou usados, remetidos a qualquer título por particulares, produtores agropecuários ou pessoas físicas ou jurídicas não obrigados à emissão de documentos fiscais;

II - em retorno, quando remetidos por profissionais autônomos ou avulsos, aos quais tenham sido enviados para industrialização;

III - em retorno de exposições ou feiras, para as quais tenham sido remetidos exclusivamente para fins de exposição ao público;

IV - em retorno de remessas feitas para vendas fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículos;

V - importados diretamente do exterior, bem como os arrematados em leilão ou adquiridos em concorrência promovidos pelo Poder Público;

VI - em outras hipóteses previstas na legislação.

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

(...)

§ 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. 397. O recolhimento do imposto devido por contribuintes que realizem operações sujeitas à substituição tributária far-se-á nas seguintes formas:

I - nas entradas de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, para comercialização neste Estado, quando não houver retenção na origem:

a) através do DAR modelo 1, quando o contribuinte regularmente inscrito possuir regime especial para dilação de prazo, concedido pelo Secretário de Estado da Receita, previsto no § 3º do art. 106;

b) através do DAR modelo 3, nos demais casos;

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;

Por sua vez, a penalidade aplicada na inicial teve por fundamento o art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008, de 05.06.2013:

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 recolhimento do imposto;

(...)

No que concerne às provas, reitero que todo o procedimento fiscal e documentos tiveram origem nas informações extraídas do Sped Fiscal (EFD) e Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) apresentados pelo próprio contribuinte, são, por conseguinte, documentos que se encontram na posse do contribuinte. Ou seja, todas as informações a eles relativas foram extraídas de informações prestadas ao Fisco Estadual pelo contribuinte, localizadas em documentos e/ou declarações em sua guarda.

Na Planilha Detalhada (fls. 12 a 401), constam todos os produtos, chaves de acesso das NF-e das entradas e saídas, as quantidades e preços, assim, deste detalhamento foram transferidos para Planilha Resumida apenas os produtos em que se constatou aquisições de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais. Neste caso, a acusação está fundamentada em levantamento fiscal elaborado a partir dos dados fiscais da empresa autuada.

Por conseguinte, não há que se falar em presunção legal neste caso concreto, o art. 646 do RICMS/PB não é elencado entre os infringidos na acusação, tampouco a irregularidade fiscal denunciada se reporta a omissão de saídas, estas não são matérias dos autos, cujo ato infracional se refere à aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária porque estão inclusas no Anexo 05 do RICMS/PB, porém foram

adquiridas sem nota fiscal, constatação obtida do comparativo entre Entradas e Saídas, conforme acima detalhado. Em vista disso, as alegações da recorrente quanto à presunção legal e omissão de saídas não aproveitam a sua defesa da irregularidade fiscal em análise.

Com relação a alegação de que inexistente repercussão tributária, pois trata-se de mercadorias sujeitas a substituição tributária, que encerraria a fase de tributação na origem melhor sorte não lhe assiste.

Esquece o contribuinte de que a acusação que pesa contra si é a de ter adquirido mercadorias constantes do Anexo 05 sem nota fiscal, onde nesse caso, a circulação da mercadoria ocorreu a margem da lei (sem nota fiscal), ou seja, sem pagamento algum de imposto.

Neste diapasão, agiu corretamente a fiscalização ao exigir o ICMS devido sobre as operações que ocorreram sem qualquer documento legal.

Não obstante restar configurado o ilícito tributário, havemos de atentar que a denúncia, na forma como fora elaborada, não se coaduna com os fatos apurados pela auditoria. Senão vejamos.

Em verdade, o que se está a exigir não é o recolhimento do ICMS – ST do contribuinte na condição de substituído tributário, mas sim a carga tributária total em razão de aquisições de mercadorias (ainda que submetidas à substituição tributária) sem documentação fiscal.

Os artigos 391, §7º, II; 397, I e 399, I, do RICMS/PB – indicados como infringidos – tratam de situação diversa da retratada pelo auditor fiscal, porquanto se referem à responsabilidade do adquirente, à forma e ao momento do recolhimento do ICMS – ST, nos casos em que não houver retenção antecipada.

Noutras palavras, os normativos indicados estão associados a existência de documentação fiscal apta para acobertar a aquisição dos produtos na qual não fora consignado o valor devido a título de ICMS – ST em favor do Estado da Paraíba.

O artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96 – utilizado para aplicação da multa –, por sua vez, também conduz ao mesmo entendimento, ou seja, a prescrição nele contida é própria para situações de falta de recolhimento do ICMS – ST.

Repriso que o lançamento visa ao recolhimento integral do imposto devido sobre os produtos adquiridos sem notas fiscais e não só da parcela não retida na origem.

E não poderia ser diferente, haja vista o resultado dos Levantamentos Quantitativos de Mercadorias apontarem para aquisições de produtos sem documentação fiscal.

Necessário destacarmos que a incorreção por parte da fiscalização quando da eleição da infração cometida pela recorrente não decorreu de erro de direito, ou seja, não houve imperfeição no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra-matriz de incidência.

Para comprovar a assertiva, basta observar as provas anexadas pela fiscalização, que apontam para a exigência do tributo a partir dos Levantamentos Quantitativos de Mercadorias, o que aponta para aquisições de mercadorias com receitas omitidas.

Trata-se, portanto, manifesta e inequivocamente, de um vício formal de lançamento.

Neste sentido, divirjo do entendimento exarado pela primeira instância, pela existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos artigos 16 e 17 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de vício formal na acusação, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I – à identificação do sujeito passivo;

II – à descrição dos fatos;

III – à norma legal infringida; (...) (grifos nossos)

Diante disso, reformo a decisão de primeira instância, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade do Auto de Infração inicialmente lavrado.

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, não havendo qualquer óbice à formalização de outra peça acusatória que atenda às disposições regulamentares, observando o disposto no artigo 18 da Lei nº 10.094/13.

Com estes fundamentos,

V O T O pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e, voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, contudo, em observância aos princípios da legalidade e da verdade material, reformo, de ofício, a decisão monocrática para julgar NULO, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001131/2021-84, lavrado em 1º de julho de 2021, contra a empresa GRADUAL COMÉRCIO E SERVICOS EIRELI, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Fica ressalvado o direito de o Fisco Estadual constituir novo feito fiscal a fim de resguardar os cofres estaduais de quaisquer prejuízos, nos termos do art. 173, II, do CTN c/c o art. 18 da Lei nº 10.094/2013.

Intimações necessárias, na forma da legislação de regência.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por videoconferência, em 30 de maio de 2022.

Maira Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira

