



Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 141.718.2012-0

Acórdão nº 355/2015

Recurso HIE/CRF-245/2014

RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

RECORRIDA: ATACADÃO DAS TINTAS LTDA.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

AUTUANTE: JOÃO FRANCISCO DE OLIVEIRA.

RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO RETENÇÃO NA ORIGEM. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE PELO PAGAMENTO. CONFIRMAÇÃO. ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. FALTA DE PAGAMENTO. DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO. PENALIDADE. LEI MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O lançamento compulsório que se apresenta viciado por falha na descrição da matéria tributável deverá 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 aos lançamentos regulares.

- A responsabilidade pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária não retido na origem, pelo substituto tributário, é transferida para o contribuinte substituído, pelo que se reputa devido, pela atuada, o recolhimento do imposto, em face da sua posição de responsável na relacional obrigacional tributária.

- Caracteriza-se legítima a ação fiscal que exige do contribuinte atuado o pagamento do ICMS Simples Nacional Fronteira, diante do fato de este haver realizado operações sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS, consoante previsão legal, exceto quanto aos créditos tributários extintos por decadência, pelo que, quanto a estes, mantenho a exclusão da exação fiscal.

- Mantida a redução da penalidade em face do advento de lei posterior mais benigna.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença prolatada na primeira instância que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003101/2012-11** (fls. 3 e 4), lavrado em 26 de novembro de 2012, em que foi autuada a empresa **ATACADÃO DAS TINTAS LTDA.**, com inscrição estadual nº 16.146.401-7, qualificada nos autos, e fixar o crédito tributário no valor de R\$ 31.828,16 (trinta e um mil, oitocentos e vinte e oito reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 21.099,53 (vinte e um mil, noventa e nove reais e cinquenta e três centavos) de ICMS, por infração ao artigo 399, VI c/c o art. 391, §§ 5º e 7º, além do art. 106, I, “g” do RICMS/PB, além do art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 10.728,63 (dez mil, setecentos e vinte e oito reais e sessenta e três reais centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, inciso II, alínea “e” e inciso V, alínea “c” da Lei nº 6.379/96, com alteração atribuída pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por irregular, o montante de **R\$ 43.315,53**, sendo R\$ **16.293,45** de ICMS e R\$ **27.022,08** de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

Fica ressalvado o direito de a Fazenda Pública realizar novo feito referente à parte do auto de infração cujo lançamento foi declarado nulo, por vício de forma.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de julho de 2015.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Patrícia Márcia de Arruda Barbosa
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCATI MONTENEGRO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO.

Assessora Jurídica

**GOVERNO
DA PARAÍBA**

Recurso HIE /CRF N.º 245/2014

RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
RECORRIDA: ATACADÃO DAS TINTAS LTDA.
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.
AUTUANTE: JOÃO FRANCISCO DE OLIVEIRA.
RELATORA: CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO RETENÇÃO NA ORIGEM. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE PELO PAGAMENTO. CONFIRMAÇÃO. ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. FALTA DE PAGAMENTO. DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO. PENALIDADE. LEI MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- O lançamento compulsório que se apresenta viciado por falha na descrição da matéria tributável deverá 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 aos lançamentos regulares.

- A responsabilidade pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária não retido na origem, pelo substituto tributário, é transferida para o contribuinte substituído, pelo que se reputa devido, pela autuada, o recolhimento do imposto, em face da sua posição de responsável na relacional obrigacional tributária.

- Caracteriza-se legítima a ação fiscal que exige do contribuinte autuado o pagamento do ICMS Simples Nacional Fronteira, diante do fato de este haver realizado operações sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS, consoante previsão legal, exceto quanto aos créditos tributários extintos por decadência, pelo que, quanto a estes, mantenho a exclusão da exação fiscal.

- Mantida a redução da penalidade em face do advento de lei posterior mais benigna.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo etc.

RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso Hierárquico**, interposto contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003101/2012-11, de fls. 3 e 4, lavrado em 26/11/2012, em que o contribuinte acima identificado é acusado do cometimento das práticas irregulares assim denunciadas:

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) – Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte substituído ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem a retenção do imposto devido.

- 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.

Em Nota Explicativa relacionada às acusações supra a Fiscalização fez constar a seguinte informação: “Referente a diversas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, para revenda”.

Segundo o entendimento acima, o autuante constituiu o crédito tributário na quantia total de R\$ 75.143,68, sendo R\$ 37.392,98, de ICMS, por infringência ao art. 399, VII c/c os arts. 391, §§ 5º e 7º, II, bem como ao art. 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, c/c os arts. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 37.750,70, de multa por infração, com fundamento no artigo 82, II, “e” e V, “c” da Lei Estadual nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 5 a 108: dados do Contribuinte, Histórico do Contribuinte, Consulta de Contribuintes Omissos/Inadimplentes, Extrato de Pagamentos por Contribuinte, cópia de Documentos de Arrecadação (sem o comprovante de pagamento), cópias e notas fiscais de aquisições interestaduais, Extrato Demonstrativo da Fatura e Ordem de Serviço Simplificada.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, mediante o Edital nº 001/2013-NCCDI/RRJP, publicado no DOE de 12/1/2013, cuja cópia conta na fl. 111 (trata-se de contribuinte com inscrição cancelada no CCICMS estadual, conforme

informação e fl. 5), a autuada deixou de exercer o direito de defesa, fazendo-se revel, consoante atesta o Termo de Revelia, de fl. 112, datado de 25/2/2013.

Conclusos os autos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais, após a informação de haver antecedentes fiscais (fls. 113) da acusada, porém sem caracterização de reincidência, estes foram distribuídos ao Julgador Singular, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ao excluir os créditos tributários referentes à acusação de “Falta de recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira”, os quais correspondem ao exercício de 2007, ao fundamento da sua extinção em face da decadência do direito de o Estado efetuar o lançamento de ofício correlato, nos termos do art. 173, I, do CTN, bem como por concluir pela nulidade formal da delação descrita como “Falta de Recolhimento do ICMS”, ao vislumbrar a existência de vício na identificação da natureza da infração, aplicando, por esse fato, o disposto no Parágrafo único do art. 695 do RICMS/PB, e quanto a parte da exação fiscal cujo ICMS remanesceu íntegro reduziu de ofício a penalidade, aplicando a disposição do art. 106, II, “c” do CTN, diante do advento de lei posterior mais benigna (Lei Estadual nº 10.008/2013).

Em decorrência do que, o crédito tributário passou a se constituir dos valores de R\$ 21.099,53, de ICMS, e R\$ 10.728,63, de multa infracional, totalizando o montante de R\$ 31.828,16, consoante a sentença de fls. 116 a 122.

Procedida a interposição de recurso hierárquico (fl. 123) e notificada a autuada para, querendo, interpor recurso a este Colegiado (Edital nº 008-2014-NCCDI/RRJP, com cópia de fl. 127), e ainda assim esta manteve-se inerte por não integrar a relação processual. Na sequência, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, onde me foram distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora para proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto entendeu como indevida a exação de parte do crédito tributário que se relaciona à acusação de “falta do recolhimento do ICMS Simples nacional Fronteira” do exercício de 2007, ao fundamento de que esta fora fulminada pela decadência, tendo em vista aplicação da previsão do art. 173, I, do CTN, bem como por haver concluído pela nulidade formal da delação descrita como “Falta de Recolhimento do ICMS”, ao vislumbrar, nesse quesito, a existência de vício na identificação da natureza da infração, e aplicar, por esse fato, o disposto no Parágrafo único do art. 695 do RICMS/PB, e, ainda, quanto a parte do lançamento de compulsório cujo ICMS entendeu devido reduziu de ofício a penalidade, aplicando a disposição do art. 106, II, “c” do CTN, diante do advento de lei posterior mais benigna (Lei Estadual nº 10.008/2013).

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

Todavia, essa conclusão não se aplica à denúncia assim descrita no auto de infração:

- “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - Falta de recolhimento do imposto estadual.”

Nota Explicativa: “Referente a diversas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, para revenda”.

Com efeito, do modo como efetuada a descrição dos fatos não inclui a infração que se pretendeu denunciar, a qual geraria como consequência a falta de recolhimento do ICMS.

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

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

(...)

V – a descrição da falta com o respectivo montante tributável”.

(Grifo não constante do original).

Trata-se de requisito de forma, conforme se infere da dicção combinada dos arts. 16 e 17, III, do citado diploma legal, senão vejamos:

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

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

I – (...)

II – à descrição dos fatos”.

Nesse toar, a novel legislação processual tributária no Estado da Paraíba estabelece que são sanáveis as incorreções, omissões ou inexatidões que atendam ao seguinte: não importem nulidade; não ocasionem prejuízo à defesa, salvo se o autuado lhe houver dado causa; ou, ainda, quando não influírem na solução do litígio (interpretação do art. 15, *caput*).

Donde se conclui que, por importar nulidade, a incorreção ou inexatidão contida no lançamento de ofício em tela não é passível de ser sanada. Ademais, devido à revelia da autuada não é possível inferir se esta assimilou de forma exata a acusação que se pretendeu imputar-lhe, o que reforça o entendimento de que o vício que acomete o lançamento não é possível de ser sanado nos próprios autos.

O Princípio da Instrumentalidade das Formas, orientado nos artigos 154, 244 e 249, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece:

“Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

“Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de penalidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

“Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.”

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

Donde se compreende que o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio segundo o qual os atos processuais não dependem de forma, exceto quando legalmente cominadas, restando a discussão acerca da possível existência ou inexistência de vício nos atos processuais, passíveis de nulidade, oriundos da inobservância da forma prescrita. Assim, há defensores que atribuem relevo à instrumentalidade, conforme ensina Silva sobre a escolha feita pelo direito processual:

“Sendo o direito processual uma disciplina essencialmente formal, seria natural imaginar, em seu campo, o predomínio do princípio da rigidez das formas, segundo o qual haveriam de ter-se por válidos todos os atos processuais que não obedecem rigorosamente à determinação de forma estabelecida para sua realização. E nos sistemas jurídicos rudimentares, como se verificava no direito primitivo, as solenidades processuais e a rigidez formal eram absolutas. A mais insignificante inobservância dos ritos impostos por lei era motivo suficiente para causar a

nulidade do processo. Contudo, no direito moderno tal não ocorre. Precisamente por sua natureza eminentemente instrumental, domina no Direito Processual o princípio da liberdade das formas, consagrado pelo art. 154 do Código, segundo qual os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de modo diverso, hajam preenchido a finalidade essencial que a lei lhe atribuir” (Silva, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 204).

Nessa mesma linha situa-se Paixão Júnior:

“O raciocínio que leva à aplicação do princípio é o seguinte: se ocorrer desrespeito a uma exigência formal e, ainda assim, o ato processual tiver atingido a finalidade para a qual a forma tiver sido estabelecida, ela será eficaz, pois não é um fim em si próprio, ao contrário, a criação do procedimento visa à garantia da liberdade das partes” (Paixão Júnior, Manuel Galdino da. Teoria Geral do Processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 233).

Por visar à finalidade do ato, o Princípio da Instrumentalidade das Formas não está dissociado do devido processo legal, pois sua aplicação deve se atrelar à presença ou não de prejuízo. Em havendo prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, não há que se invocar a instrumentalidade das formas. Nesse sentido, afirma Daniel Roberto Hertel: *“(...) o devido processo legal valoriza as formas no que concerne à realização das suas finalidades” (Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 160).*

Com base nessas diretrizes, é prudente afirmar, com elevado grau de certeza, que, no caso de não apresentação de defesa pelo autuado, não é possível concluir que este tenha compreendido do que é acusado, ou seja, qual ilícito lhe é imputado no auto de infração. Desse modo, terá lugar a nulidade do auto infracional, o que não deve ocorrer quando verificada a compreensão do autuado, exteriorizada na reclamação ou no recurso, sobre o ilícito cuja prática lhe é atribuída.

No caso dos autos, a acusação suscita a nulidade, com base nas normas combinadas dos arts. 41, V, 14, III, 16, 17 e 15, *caput*, da Lei nº 10.094/2013.

Tal entendimento encontra âncora em Parecer nº 01/2014, 090.695.2012-5, proferido pela Assessoria Jurídica desta Casa, Dra. Sancha Maria Formiga C. e Rodovalho de Alencar, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, que, nos autos do Processo nº 090.695.2012-5, pronunciou-se a respeito de matéria de idêntica natureza, isto é, com narrativa genérica da infração que se pretendeu denunciar, fato prejudicial diante 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 emenda abaixo transcrita:

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)	Cons ^a . 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).

Com base nesses fundamentos, não me resta alternativa senão confirmar a decisão singular que declarou liminarmente a nulidade do lançamento de ofício em tela.

Em outras oportunidades esta Corte Superior se posicionou nessa mesma direção, florescendo vários julgados, dentre os quais destaco o Acórdão nº 207/2011, infra:

“RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO – ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

A peça exordial que não determina com exatidão a natureza da infração cometida deve ser declarada nula, com oportunidade de refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material e da segurança jurídica (Rec. HIE CRF nº 207/2010, Rel. Cons. João Lincoln Diniz Borges).

Mister se faz ressaltar 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. Dela resulta apenas a absolvição do autuado da imputação que pretensamente lhe é dirigida nestes autos. Como consequência desse fato dá-se a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos ditames da legislação de regência (Aplicação do art. 173, II, do CTN).

Passemos ao exame do mérito das questões.

SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. Falta de recolhimento. Exercícios de 2007 (agosto a dezembro) e 2008 (janeiro a junho e setembro a dezembro).

Constata-se que os créditos tributários referentes ao exercício de 2007 foram fulminados pela decadência, sendo que, com relação aos lançamentos dos períodos de outubro, novembro e dezembro, do citado exercício, esse desfecho se verifica em virtude de o lançamento de ofício haver se realizado após o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador e, considerando que se trata de imposto sujeito a lançamento por homologação, constata-se que, no caso, houve declaração de débitos fiscais nesses períodos, conforme informações das GIM's Processadas, de fl. e fls., colhidas no sistema ATF, desta Secretaria de Estado da Receita.

Nessas circunstâncias, aos créditos tributários de outubro, novembro e dezembro aplica-se a disposição do art. 150, § 4º, do CTN c/c a do art. 22 § 3º da Lei Estadual nº 10.094/2013, *in verbis*:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. (CTN).

“Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

(...)

§ 3º. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadência será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador”. (Lei estadual nº 10.094/2013)

Com relação aos créditos tributários dos períodos de agosto e setembro, também de 2007, não houve declaração de débitos fiscais, conforme atesta o documento acima mencionado, circunstância que evidencia a falta dos meios necessários para a Fazenda Pública tomar conhecimento da ocorrência de fatos geradores porventura havidos, situação que submete o lançamento de ofício à regra do art. 173, I do CTN, *infra*:

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

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Com efeito, embora o lançamento de ofício correlato aos créditos tributários dos períodos de agosto e setembro/2007 tenha sido lavrado dentro do prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado, consoante aplicação do art. 173, I do CTN, acima transcrito, a sua ciência somente se concretizou em 18/1/2013, isto é, após esse prazo.

Efetivamente, considerando que a eficácia do lançamento de ofício somente se consuma com a ciência do contribuinte, o que no caso se deu em 18/1/2013 (aplicação do art. 698, III, § 1º, IV, c/c o art. 683, §§ 1º e 2º, ambos do RICMS/PB, com redação vigente à época dos fatos), através do Edital nº 001/2013-NCCDI/RRJP (DOE de 12/1/2013, com cópia de fl. 111), não há como negar que tais créditos foram alcançados pela decadência.

Efetivamente, devido ao Princípio da Publicidade dos atos administrativos, o lançamento de ofício, que se materializa através do auto de infração, consiste numa modalidade de ato administrativo e, como tal, somente produz efeitos legais após a publicação. Nesse sentido, registro o magistério de Celso Bandeira de Melo (Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., 1994, Malheiros, S. Paulo-SP, p.59):

“Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma coisa”.

Portanto, considerando que a publicação do ato administrativo consistente do auto de infração em tela se verificou com a ciência à autuada, e que essa atividade somente se deu em 2013, ou seja, após o prazo decadencial de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte (2008) àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (2007), entendo que os créditos tributários referentes aos períodos de agosto e setembro do exercício de 2007 foram dizimados pelo transcurso do prazo decadencial, previsto no art. 173, I, do CTN.

Em face do que, confirmo a decisão singular, que excluiu da exação fiscal os créditos tributários relativos ao exercício acima citado, embora com base em fundamentos parcialmente distintos, consoante acima explicitado.

Quanto à questão de fundo da causa, caracteriza-se regular a ação fiscal atinente ao exercício de 2008, pelo que, nada a há a reparar relativamente aos valores

do ICMS, principalmente diante dos documentos de fls. 8 a 68 e 71 a 95, que oferecem suporte legal à exação fiscal em pauta, e da falta de provas da sua improcedência, dado que a autuada se fez revel da relação processual formalizada na 1ª instância e não interpôs recurso a esta Corte de Julgamento.

Com efeito, a obrigação de recolhimento do Simples Nacional Fronteira encontra fundamento no art. 106, I, alínea “g”, do RICMS/PB, *in verbis*:

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

I - antecipadamente:

(...)

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita, promovidas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes enquadrados no Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º, 7º e 8º (Decreto nº 28.401/07).”

Assim, resta mantido o resultado do procedimento de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregado pela Fiscalização, no que concerne aos créditos de tributário de ICMS, referentes ao exercício de 2008, pelo que, nesse quesito, confirmo a decisão monocrática.

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Período de maio de 2008.

Pela descrição da falta se depreende que se trata do ICMS Substituição Tributária que incide sobre tintas (mercadoria prevista no Anexo 5 do RICMS/PB), cujo valor não havia sido retido pelo substituto tributário, a quem, nessa qualidade, cabia originariamente fazê-lo. Comprova a acusação a Nota Fiscal nº 020460 (cópia na fl. 70) e o DAR sem comprovante de pagamento (fl. 69), cujo código de receita, nele consignado, é a de nº 1106 (ICMS Substituição por Entradas).

Nessa circunstância, isto é, na falta de retenção do ICMS/ST na origem a responsabilidade pelo pagamento se transfere para o adquirente, na forma como prescreve o art. 391, §§ 5º e 7º do RICMS/PB, *in verbis*:

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

(...)

§ 5º. A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprios 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 mencionados no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto”.

Donde de concluiu que a atuada, na qualidade de sujeito passivo substituído, não é dado o direito de se eximir da sua responsabilidade subsidiária em relação à operação de aquisição da mercadoria sob a incidência desse imposto.

Considerando que a atuada não se desincumbiu da referida responsabilidade, reputa-se regular a exigência fiscal relativa ao ICMS/ST, pelo que, confirmo a decisão singular que, nesse quesito, manteve a procedência.

PENALIDADE

Por último, impõe-se corroborar a providência da Primeira Instância, que aplicou as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 8/6/13) com efeitos a partir de 1/4/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício, e cujo processo está pendente de decisão definitiva, devem se reger pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Assim, reputo correta a aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual que estabelece sanção menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática do ato delituoso, de forma que o valor das multas por infração passaram a ser calculados com base no percentual de 100% e 50%, fixando-se o crédito tributário devido consoante os valores abaixo:

Infração	Exerc.	Período	ICMS (R\$)	M. por Infr. (R\$)	Total (R\$)
ICMS Subst. Tribut.	2008	Maio	357,72	357,72	715,44
Falta Rec. ICMS	2009	Fevereiro	0,00	0,00	0,00
Falta Rec. ICMS	2009	Novembro	0,00	0,00	0,00
Falta Rec. ICMS	2010	Dezembro	0,00	0,00	0,00
S. Nacional Front.	2007	Agosto	0,00	0,00	0,00
S. Nacional Front.	2007	Setembro	0,00	0,00	0,00
S. Nacional Front.	2007	Outubro	0,00	0,00	0,00
S. Nacional Front.	2007	Novembro	0,00	0,00	0,00

S. Nacional Front.	2007	Dezembro	0,00	0,00	0,00
S. Nacional Front.	2008	Janeiro	4.189,14	2.094,57	6.283,71
S. Nacional Front.	2008	Fevereiro	1.440,25	720,13	2.160,38
S. Nacional Front.	2008	Março	3.130,98	1.565,49	4.696,47
S. Nacional Front.	2008	Abril	833,80	416,90	1.250,70
S. Nacional Front.	2008	Maiο	1.357,91	678,96	2.036,87
S. Nacional Front.	2008	Junho	1.192,25	596,13	1.788,38
S. Nacional Front.	2008	Setembro	868,51	434,26	1.302,77
S. Nacional Front.	2008	Outubro	3.446,68	1.723,34	5.170,02
S. Nacional Front.	2008	Novembro	3.725,55	1.862,78	5.588,33
S. Nacional Front.	2008	Dezembro	556,74	278,37	835,11
Totais	-	-	21.099,53	10.728,63	31.828,16

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença prolatada na primeira instância que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003101/2012-11** (fls. 3 e 4), lavrado em 26 de novembro de 2012, em que foi autuada a empresa **ATACADÃO DAS TINTAS LTDA.**, com inscrição estadual nº 16.146.401-7, qualificada nos autos, e fixar o crédito tributário no valor de R\$ 31.828,16 (trinta e um mil, oitocentos e vinte e oito reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 21.099,53 (vinte e um mil, noventa e nove reais e cinquenta e três centavos) de ICMS, por infração ao artigo 399, VI c/c o art. 391, §§ 5º e 7º, além do art. 106, I, “g” do RICMS/PB, além do art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da Lei Complementar nº 123/2006, e R\$ 10.728,63 (dez mil, setecentos e vinte e oito reais e sessenta e três reais centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, inciso II, alínea “e” e inciso V, alínea “c” da Lei nº 6.379/96, com alteração atribuída pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por irregular, o montante de **R\$ 43.315,53**, sendo R\$ **16.293,45** de ICMS e R\$ **27.022,08** de multa por infração, com fundamento nas razões acima expendidas.

Fica ressalvado o direito de a Fazenda Pública realizar novo feito referente à parte do auto de infração cujo lançamento foi declarado nulo, por vício de forma.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de julho de 2015.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.
Conselheira Relatora