



PROCESSO Nº 0600832023-9 - e-processo nº 2023.000096666-3

ACÓRDÃO Nº 570/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME

2ª Recorrente: O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME

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

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ITAPORANGA

Autuante: ANTONIO GERVAL PEREIRA FURTADO

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A DENÚNCIA E A NOTA EXPLICATIVA - VÍCIO FORMAL - AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Havendo um conflito entre a descrição do fato infringente constante na nota explicativa, que colide com a descrição da infração descrita na exordial, resta configurado o vício formal, fato este suficiente para ensejar sua nulidade, conforme o artigo 17, inciso II e III, do PAT/PB (Lei nº 10.094/2013).

- Cabível a realização de um novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso do *ofício*, por regular e do *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento do primeiro e provimento do segundo*, para reformar a sentença exarada na primeira instância e julgar *nulo*, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000571/2023-86**, lavrado em 16/03/2023, em desfavor da empresa O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME, inscrita no CCICMS-PB



sob o nº 16.219.506-0, eximindo-o de quaisquer ônus decorrente do presente lançamento tributário.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício formal indicado, devendo ser obedecido o prazo disciplinado no art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 23 de outubro de 2024.

HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO N° 0600832023-9 - e-processo n° 2023.000096666-3

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME

2ª Recorrente: O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME

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

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR4 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ITAPORANGA

Autuante: ANTONIO GERVAL PEREIRA FURTADO

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A DENÚNCIA E A NOTA EXPLICATIVA - VÍCIO FORMAL - AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO - RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Havendo um conflito entre a descrição do fato infringente constante na nota explicativa, que colide com a descrição da infração descrita na exordial, resta configurado o vício formal, fato este suficiente para ensejar sua nulidade, conforme o artigo 17, inciso II e III, do PAT/PB (Lei n° 10.094/2013).
- Cabível a realização de um novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início através do Auto de infração o Auto de Infração de Estabelecimento n° **93300008.09.00000571/2023-86**, lavrado em 16/03/2023 (fl. 02), em desfavor da empresa O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME, inscrita no CCICMS-PB sob o n° 16.219.506-0, de haver cometido a seguinte irregularidade:

0027 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS – CONTA MERCADORIAS » O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de



mercadorias tributáveis, detectada por meio do levantamento Conta Mercadorias.

Nota Explicativa: ICMS DEVIDO PELA OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM O DESTAQUE DO ICMS PARA O DEVIDO RECOLHIMENTO. O CONTRIBUINTE EMITE AS NOTAS FISCAIS COM TODOS OS PRODUTOS TRIBUTÁVEIS DESTACADOS COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SENDO ESTE O MOTIVO DAS INCONSISTÊNCIAS DA APURAÇÃO ENTRE OS SALDOS CREDORES (SALDO A TRANSPORTAR - SALDO DO MÊS ANTERIOR).

Em decorrência deste fato, o Representante Fazendário constituiu crédito tributário no valor total de R\$ 1.058.383,38, sendo R\$ 529.191,69 de ICMS, por infringência aos artigos 643, § 4º, II, 158, I e 160, I, com fulcro no art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB; e R\$ 529.191,69 de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "a" da Lei nº 6.369/96.

Documentos instrutórios:

- Termo de Início de Fiscalização (fl. 03 e 0);
- Notificação da Ordem de Serviço (fl. 05 e 06);
- Demonstrativos Conta Mercadoria exercícios de 2020 e 2021 (fl. 07 e 08);
- Levantamento financeiro exercícios de 2020 e 2021 (fl. 09 e 10);
- Resumo Movimentação de Mercadorias exercícios de 2020 e 2021 (fl. 11 e 12);
- Notas Fiscais de Saídas/Vendas (fl. 13 a 54);
- Quadro Resumo do Livro de Apuração do ICMS, de 2020 e 2021 (fl. 55 e 56);
- Conta Corrente do ICMS exercícios de 2020 e 2021 (fl. 57 e 58);
- Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 59);
- E-mail, comunicando que foi enviado via DTe, cópia integral do processo, a fim de possibilitar a ampla defesa do contribuinte (fl. 60).

Ciente da presente Ação Fiscal por meio de seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTe, em 31/03/2023 (fl. 61), a autuada protocolou Impugnação tempestiva em 02/05/2023 (fl. 62 a 71) e aditivo à impugnação, em 01/06/2023 (fl. 77 a 87), argumentando o seguinte:

- Requer a nulidade do procedimento fiscal, por estar eivado de vícios de motivação intransponíveis, os quais maculam a lavratura do auto de infração em referência na sua essência, tornando nulo de pleno direito. Isso porque, não foram anexados ao auto de infração lavrado, qualquer planilha ou descritivo apto a demonstrar o ICMS devido pela omissão questionada pela fiscalização, entendendo que cerceou o seu direito de defesa;



- Adicionalmente, pontuou que ao praticar o presente ato administrativo de lançamento, a autoridade administrativa não conseguiu demonstrar os elementos necessários para determinar a matéria objeto da exigência tributária, violando o inciso V do art. 41 da Lei nº 10.094/13, pleiteando, mais uma vez, a anulação do presente auto de lançamento;

- Notícia ementas de decisões do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (CRF/PB), que entende aplicáveis ao caso em evidência.

A reclamante finaliza peticionando:

O recebimento da presente impugnação, para que seja declarado NULO o auto de infração, ora questionado;

Alternativamente, assim não entendendo este Ilmo. Órgão Julgador, que seja levado ao conhecimento do Impugnante todos os elementos que embasaram a lavratura do auto de infração em epígrafe, o que deverá ser reaberto o prazo processual para interposição de recurso administrativo, sob pena de se configurar verdadeiro cerceamento do direito de defesa do impugnante;

Que seja declarada a improcedência do lançamento, haja vista a inocorrência de irregularidades e pelos demais argumentos alhures;

Alternativamente, seja determinada, no mínimo, a não incidência de ICMS no que concerne às notas fiscais canceladas, face à inexistência da circulação efetiva das mercadorias, nos termos do artigo 155, inciso II, da CF/88;

Protesta pela realização de todas as provas admitidas, inclusive diligências, para melhor apuração do ocorrido.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, ocasião na qual foram distribuídos o Julgador Fiscal Christian Vilar de Queiroz, que julgou parcialmente procedente a exigência fiscal, nos termos da ementa abaixo transcrita, recorrendo de ofício de sua decisão:

PRELIMINAR. NULIDADE. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA. RETROATIVIDADE DE LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. 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, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

2. Do levantamento da Conta Mercadorias resultou a falta de recolhimento do CMS, com fulcro na presunção legal relativa do parágrafo único do art. 646, ressalvada ao contribuinte a improcedência dessa presunção. A Reclamante não apresentou quaisquer argumentos, tampouco documentos, que tivessem o condão de afastar essa acusação posta nos autos.

3. No que tange à multa por infração aplicada ao caso em apreço, conclui-se que ela merece reparo, reduzindo o seu valor por adequação à penalidade menos gravosa constante da redação determinada pela Lei nº 12.788/23. Assim, o crédito tributário restará reduzido com a fixação de multa em patamar inferior àquela indicada no auto de infração.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada via DTe da decisão proferida pela instância prima em 02/01/2024 (fl. 102), a autuada, por seus representantes (fl. 117), interpôs recurso voluntário tempestivo em 22/01/2024 (fl. 103 a 116), no qual apresenta os seguintes argumentos:

- O auto de infração deve ser julgado improcedente, face ao conteúdo jurídico e legal constante da autuação se apresentar com vícios insanáveis, por não demonstrar qual a infração denunciada e as respectivas provas materiais do fato infracional correspondente;

- Caso não se entenda pela improcedência, deve ser julgado nulo o lançamento, visto que, apesar da descrição do fato denunciar omissão de saídas de mercadorias tributáveis através da conta mercadorias, a nota explicativa apresenta vários possíveis fatos infringentes totalmente antagônicos com a infração descrita, fato este não observado pelo julgador singular quando da prolação da sentença, o qual manteve uma denúncia totalmente desconexa com sua nota explicativa;

- Ao analisarmos o demonstrativo da Conta Mercadorias de 2020 anexado aos autos pela fiscalização, verificamos não ter havido omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pois verifica-se que as operações sujeitas à substituição tributária se apresentavam sem estoque inicial, e suas compras evidenciavam apenas o valor de R\$ 548.557,07, já as saídas sujeitas a substituição tributária totalizava o valor de R\$ 1.611.888,13, sem estoque final, fato este suficiente para demonstrar a possibilidade legal de estarem incluídas como saídas sujeitas a substituição tributária mercadorias tributáveis, haja vista o valor das saídas tributadas no exercício se apresentarem zerados e as entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária não estarem se coadunando aos valores de saídas ST.



- Por outro lado, as mercadorias tributadas apresentaram Estoque inicial de R\$ 196.466,77, entradas no valor de R\$ 983.311,78 e estoque final de R\$ 118.013,45, não havendo saídas, onde se evidencia, ao se confrontar os valores concernentes as operações sujeitas à substituição tributária e as operações tributadas, a impossibilidade de ter havido omissão de saídas de mercadorias tributadas, apesar das entradas e estoque inicial de tributadas somarem R\$ 1.178.213,00 e estoque final de R\$ 118.013,45, sem valores de saídas informados.

- As mesmas justificativas trazidas pelo auditor em sua nota explicativa, também teriam ocorrido no exercício de 2021.

- Por fim, pleiteia o acolhimento das alegações trazidas quanto a impossibilidade de manutenção da exigência fiscal pautada na conta mercadorias dos exercícios de 2020 e 2021, em razão das justificativas quanto a diferença verificada apresentada na nota explicativa pelo próprio autuante, uma vez que as saídas de mercadorias tributáveis estariam sujeitas a substituição tributária.

Ato contínuo, foram os autos remetidos esta Corte Julgadora e distribuídos a este Relator, segundo critério regimental previsto para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se da análise dos recursos de ofício e voluntário, interpostos contra a decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº. **93300008.09.00000571/2023-86**, lavrado em 16/03/2023 (fl. 02), em desfavor da empresa O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME, inscrita no CCICMS-PB sob o nº 16.219.506-0, que visa exigir o crédito tributário, relativos aos exercícios de 2020 e 2021, nos termos da inicial.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo prevista no artigo 77, da Lei n. 10.094/2013.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Em sua peça recursal, a recorrente alega que deve ser julgado nulo o lançamento, visto que, apesar da descrição do fato denunciar omissão de saídas de



mercadorias tributáveis através da conta mercadorias, a nota explicativa apresenta vários possíveis fatos infringentes totalmente antagônicos com a infração descrita, fato este não observado pelo julgador singular quando da prolação da sentença, o qual manteve uma denúncia totalmente desconexa com sua nota explicativa.

Após análise do libelo acusatório, verifico que assiste razão a recorrente, ante a existência de vícios de natureza formal no Auto de Infração lavrado, especificamente no que tange a descrição do fato infringido da acusação e a nota explicativa do auto de infração. Vejamos:

- Descrição da Infração:

“0027 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, detectada por meio do levantamento Conta Mercadorias”.

- Nota Explicativa:

“ICMS DEVIDO PELA OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM O DESTAQUE DO ICMS PARA O DEVIDO RECOLHIMENTO. O CONTRIBUINTE EMITE AS NOTAS FISCAIS COM TODOS OS PRODUTOS TRIBUTÁVEIS DESTACADOS COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SENDO ESTE O MOTIVO DAS INCONSISTÊNCIAS DA APURAÇÃO ENTRE OS SALDOS CREDORES (SALDO A TRANSPORTAR - SALDO DO MÊS ANTERIOR).”.

Percebe-se claramente, que a Descrição da Infração relaciona a conduta infracional de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada por meio da técnica da Conta Mercadorias, e a Nota Explicativa, por sua vez, afirma que a conduta é de emissão de notas fiscais com mercadorias tributáveis sem o correspondente débito do imposto, ou, talvez, indicar saídas como não tributadas (sujeitas ao ICMS Substituição Tributária), mercadorias sujeitas ao imposto estadual.

Nesse contexto, há um conflito entre a descrição do fato infringente constante na nota explicativa, que colide com a descrição da infração descrita na exordial, de forma que resta configurado o vício formal, previsto no art. 17, II e III da Lei nº 10.094/2013:

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; (g.n.)

III – à norma legal infringida; (g.n.)

IV – ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V – ao local, à data e à hora da lavratura;

VI – à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Tal fato caracteriza um vício de natureza formal no lançamento indiciário, motivando plena insegurança jurídica e, como consequência, cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Nesse sentido, deve-se reconhecer a nulidade, por vício formal, do lançamento, registrando a viabilidade realização de novo procedimento fiscal, que atenda aos requisitos legais para um lançamento válido, observando-se ainda, os termos do art. 173, II do CTN.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso do *ofício*, por regular e do *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento do primeiro e provimento do segundo*, para reformar a sentença exarada na primeira instância e julgar *nulo*, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000571/2023-86**, lavrado em 16/03/2023, em desfavor da empresa O BARATEIRO COMERCIO VAREJISTA DE MERCADORIAS EM GERAL LTDA - ME, inscrita no CCICMS-PB sob o nº 16.219.506-0, eximindo-o de quaisquer ônus decorrente do presente lançamento tributário.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício formal indicado, devendo ser obedecido o prazo disciplinado no art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 23 de outubro de 2024.

Heitor Collett
Conselheiro Relator