



PROCESSO Nº 1865582020-2

ACÓRDÃO Nº 112/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: COMERCIAL ABC LTDA.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: GUSTAVO ADOLFO CASCUDO RODRIGUES

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).*
- *Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração.*
- *Descabido a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, 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 da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão monocrática que julgou NULO, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002154/2020-25, lavrado em 9 de dezembro de 2020, em desfavor da empresa COMERCIAL ABC LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.



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

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de março de 2023.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1865582020-2

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: COMERCIAL ABC LTDA.

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

Autuante: GUSTAVO ADOLFO CASCUDO RODRIGUES

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).*

- *Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração.*

- *Descabido a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.*

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002154/2020-25, lavrado em 9 de dezembro de 2020, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00007428/2020-22 denuncia a empresa COMERCIAL ABC LTDA., inscrição estadual nº 16.149.869-8, de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:



0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado de apropriação indevida do crédito fiscal.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO EM RAZÃO DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, PROVOCADA PELO USO INDEVIDO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DESCUMPRIMENTO DO TARE Nº 2010.000037, CLÁUSULA 13ª E 15ª, COM PENALIDADES PREVISTAS NOS ARTIGOS 5º, 6º E 8º, I, DO DECRETO 40.211/2020, COMO TAMBÉM VIOLAR O ARTIGO 150 DO RICMS/PB, QUANDO ADQUIRIU MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A PLANILHA DO CÁLCULO DO IMPOSTO É PARTE INTEGRANTE DESTA AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência deste fatos, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 106 do RICMS/PB, bem como os contidos em nota explicativa, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 89.007,68 (oitenta e nove mil, sete reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 44.503,84 (quarenta e quatro mil, quinhentos e três reais e oitenta e quatro centavos) de ICMS e R\$ 44.503,84 (quarenta e quatro mil, quinhentos e três reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 4 a 26.

Depois de cientificada da autuação em 28 de dezembro de 2020, a autuada protocolou, em 21/01/2021, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual destaca, em síntese, que:

- a) Todos os produtos relacionados nas planilhas anexadas pela fiscalização existem com suas respectivas notas fiscais de entradas e de saídas não havendo assim a falta de recolhimento do ICMS provocada pelo uso indevido de crédito tributário e nem descumprimento do TARE já que as quantidades questionadas estão corretas;
- b) Para fazer prova do que alega, apresenta planilha mês a mês das entradas e saídas dos produtos evidenciando que as quantidades estão corretas.
- c) Por fim, requer sejam consideradas as provas em fiel descrição da realidade e que seja julgado improcedente a autuação em sua integralidade.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal Tarciso Correia Lima Vilar, que decidiu pela nulidade, por vício material, da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:



FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENÇA DECORRENTE DO CONFRONTO DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS E RECEBIDAS RELATIVAS A MERCADORIAS PARA CONSERTO/REPARO. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MERCADORIAS REMETIDAS PARA CONSERTO/REPARO QUE NÃO RETORNARAM NO PRAZO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE. SUPRIMENTO IRREGULAR DE CAIXA. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE. SUPRIMENTO IRREGULAR NA CONTA BANCOS. ACUSAÇÃO CONFIGURADA.

- Ficou constatado erro na aplicação da técnica. A fiscalização apurou que a empresa adquiriu mercadorias tributáveis sem notas fiscais em clara desobediência ao art. 150 do RICMS. Atendendo a comando da Cláusula Décima Terceira do Termo de Acordo do contribuinte estas operações foram matéria deste auto de infração. Detectado vício material, pois quando da técnica aplicada a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base da demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de sua decisão.

Cientificado da decisão proferida pela instância *a quo* em 10 de janeiro de 2020, o sujeito passivo não mais se manifestou nos autos.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em apreciação nesta corte o recurso de ofício interposto contra a decisão singular que julgou nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002154/2020-25, por meio do qual a empresa COMERCIAL ABC LTDA está sendo acusada de haver cometido a infração de falta de recolhimento do ICMS, conforme denúncia constante no libelo basilar.



Considerando a não apresentação de recurso voluntário, o efeito devolutivo está restrito à parcela do crédito tributário objeto do recurso de ofício, ou seja, a parte declarada contrária à fazenda pública¹, consoante disciplinado no artigo 92 da Lei nº 10.094/13:

Art. 92. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto, desde que não esteja sujeita a recurso de ofício;

(...)

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Feito o devido registro, passemos ao exame do recurso de ofício.

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL

A fiscalização relata, em nota explicativa, que a falta de recolhimento do ICMS foi provocada pelo uso indevido de crédito tributário e descumprimento de TARE, elegendo a infração de falta de recolhimento do imposto por ter o contribuinte utilizado apropriação indevida do crédito fiscal.

Após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, o diligente julgador singular, constatou, que as entradas de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não são oriundas de operações interestaduais, entendem-se por operações internas, alíquota de 17% (dezessete por cento), como demonstrado em levantamento quantitativo.

A empresa é detentora de crédito fiscal presumido, conforme TARE ao qual é signatária, onde, além de cumprir as disposições do referido TARE quanto a apuração do crédito fiscal presumido, deve cumprir com as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba TARE Nº 2010.000037.

A fiscalização constatou a falta de recolhimento do imposto nas operações com mercadorias que foram adquiridas sem documentação fiscal e cujas saídas foram tributadas com crédito presumido por força do TARE acima mencionado celebrado entre a Secretaria de Estado da Fazenda e a empresa, com benefício de crédito presumido pelas saídas.

Considerando a clareza e a objetividade com que o tema fora esmiuçado pelo ilustre julgador singular, convém registrarmos seu posicionamento:

¹ No caso, o reconhecimento da nulidade, por vício material, das acusações de falta de recolhimento do ICMS (infrações nº 0566 e 0285) e a nulidade, por vício formal, da acusação suprimimento irregular de Caixa (infração nº 0561).



“A fiscalização relata, em nota explicativa, que a falta de recolhimento do ICMS foi provocada pelo uso indevido de crédito tributário e descumprimento do TARE, elegendo a infração de falta de recolhimento do imposto por ter o contribuinte utilizado apropriação indevida do crédito fiscal.

A empresa é detentora de crédito fiscal presumido, conforme TARE ao qual é signatária, onde, além de cumprir as disposições do referido TARE quanto a apuração do crédito fiscal presumido, deve cumprir as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba, vejamos:

TARE Nº 2010.000037:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – A EMPRESA se obriga a cumprir as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba não excepcionadas no presente Termo de Acordo e, seu descumprimento, além do contido neste acordo, implicará no seu cancelamento, sem prejuízo da aplicação das sanções contidas na referida legislação, bem como no estorno do crédito presumido utilizado indevidamente nos meses em que as irregularidades foram cometidas.

A falta de recolhimento do imposto estadual se deu em decorrência da aquisição de mercadorias descobertas de documentação fiscal, cujas saídas promovidas pelo estabelecimento ocorrem com crédito presumido.

A fiscalização constatou a falta de recolhimento do imposto nas operações com mercadorias que foram adquiridas sem documentação fiscal e cujas saídas foram tributadas com crédito presumido por força do Termo de Acordo 2010.000037 celebrado entre a Secretaria de Estado da Fazenda e a empresa, com benefício de crédito presumido pelas saídas.

A legislação do ICMS não permite, em hipótese alguma, circulação de mercadorias sem que o imposto devido seja recolhido, assim o estabelecimento autuado é responsável pelo pagamento do imposto em relação às mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte segundo a lógica do art. 38, IV do RICMS/PB.

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

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

Portanto, ao descumprir o art. 150 do RICMS, como demonstrado pela fiscalização ao fazer o levantamento quantitativo, fica demonstrado que o valor referente a entradas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais está em claro desacordo com o que preceitua o RICMS/PB.

Remetendo-se ao que descreve a Cláusula Décima Terceira do termo de acordo destacado acima, ao comprar mercadorias sem notas fiscais e vende-las mesmo que com notas fiscais estas claramente não deveriam estar dentro das regras de crédito presumido do termo de acordo.



Mesmo entendendo que a irregularidade está apresentada, observa-se falha que culmina com a nulidade do procedimento.

A entrada de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não são oriundas de operações interestaduais, entendem-se por operações internas, alíquota de 17%, como demonstrado em levantamento quantitativo (fls.13 e 14), além da demonstração dos meses em que foi configurada a ocorrência da irregularidade apontada como determina a cláusula décima terceira do termo de acordo.

Assim, configurada a responsabilidade pelo pagamento do imposto na forma do art. 38 não há espaço para aplicação de regras de proporcionalidade, mas sim de alíquota única e interna de 17% como demonstrada no levantamento quantitativo, configurando assim a nulidade por vício material ante o erro na técnica aplicada. (Grifei).

Assim sendo, o valor tributável encontrado no levantamento quantitativo com a aplicação de alíquota de 17%, abatendo-se a carga tributária já paga nas saídas a 3%, 5% ou 1% conforme o caso (previsão dada na cláusula primeira) ficando a diferença para complementar a carga tributária do exercício de 2015 em 14%, 12% ou 16%, demonstrando-se os meses em que ocorreram a infração. ”

Ainda com relação ao descumprimento da legislação tributária estadual, também é importante destacar o descumprimento do art. 150 do RICMS/PB, senão vejamos:

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.

Em face da entrada de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não serem oriundas de operações interestaduais, se entende por operações internas, alíquota de 17%, de forma que não há espaço para aplicação de regras de proporcionalidade (cálculo do ICMS nas Operações de Entradas Sem Documentos Fiscais) mais sim de alíquota única e interna de 17% (dezesete por cento), configurando assim a nulidade por vício material ante o erro na forma de calcular o imposto devido, conforme bem fundamentou o diligente julgador monocrático.

De outra banda, havemos de atentar, ainda, que, no caso de descumprimento das disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba, o crédito presumido previsto no Termo de Acordo nº 2010.000037 deve ser estornado, conforme disciplina a cláusula décima terceira do referido Termo.

Ocorre que o comando emanado pelo citado dispositivo determina que o estorno do crédito indevidamente apropriado seja feito mensalmente, ou seja, os valores devem ser individualizados mês a mês, não sendo possível agrupá-los em lançamento único contemplando todo o exercício.



Assim, imprecisões anotadas nos demonstrativos que instruem os autos configuram, portanto, vícios de natureza material no procedimento, não se caracterizando meros erros na formalização da peça acusatória.

Relevante consignarmos que, em recente julgamento realizado pelo Tribunal Pleno desta Colenda Corte de Justiça Fiscal, matéria idêntica fora enfrentada, conforme se ver nos Acórdãos nº 021/2022 e nº 325/2022, de relatoria do nobre Conselheiro Leonardo do Egito Pessoa, cujas ementas reproduzo a seguir:

Acórdão nº 021/2022

Relator: Cons. Leonardo do Egito Pessoa

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL - ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. - Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).

- Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração. - Incabível a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.

Acórdão nº 325/2022

Relator: Cons. Leonardo do Egito Pessoa

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL - ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).

- Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração. - Incabível a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.

Ademais, observe-se que, diante do período em que consta a acusação (exercício de 2015), e em face de não ser caso em que se apliquem as disposições do artigo 173, II, do CTN, não mais será possível o levantamento do crédito tributário por terem sido fulminados pela decadência ínsita do art. 173, I, do CTN.

Com estes fundamentos,



VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão monocrática que julgou NULO, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002154/2020-25, lavrado em 9 de dezembro de 2020, em desfavor da empresa COMERCIAL ABC LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 21 de março de 2023.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora