



PROCESSO Nº 2086622023-2 - e-processo nº 2023.000474927-6

ACÓRDÃO Nº 572/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: POLIMIX CONCRETO LTDA.

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

Autuante: GEORGE MEDEIROS DE AZEVEDO

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NORMAL FRONTEIRA. FATURAS EM ABERTO. AQUISIÇÃO DE BENS DE USO/CONSUMO OU ATIVO FIXO. INCOMPATIBILIDADE COM ART. 106, I, “G” DO RICMS E PORTARIA 048/2019/GSER, OS QUAIS REMETEM À COMERCIALIZAÇÃO (ICMS GARANTIDO). ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. REFORMADA DE OFÍCIO QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Caracterizada a aquisição de bens de uso, consumo ou ativo fixo, torna-se incompatível a fundamentação da acusação com base no art. 106, I, “g” do RICMS e Portaria 048/2019/GSER, que fundamenta a cobrança do ICMS Garantido (mercadorias para comercialização). Assim, resta configurado o vício formal, fato este suficiente para ensejar sua nulidade, conforme o artigo 17, inciso III, da Lei nº 10.094/2013.

- Cabível a realização de um novo feito fiscal, respeitado o prazo decadencial 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 da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, reformando, de ofício, quanto aos fundamentos, a decisão de primeira instância, para julgar nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003511/2023-15, lavrado em 13 de novembro de 2023 (fls. 2 e 3) em desfavor da empresa POLIMIX CONCRETO LTDA, inscrição estadual nº 16.436.975-9, já qualificados nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.



Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, diante da nulidade por vício formal, acima evidenciada, obedecendo-se o prazo decadencial previsto no art. 173, II, do CTN.

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.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 2086622023-2 - e-processo nº 2023.000474927-6

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: POLIMIX CONCRETO LTDA.

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

Autuante: GEORGE MEDEIROS DE AZEVEDO

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NORMAL FRONTEIRA. FATURAS EM ABERTO. AQUISIÇÃO DE BENS DE USO/CONSUMO OU ATIVO FIXO. INCOMPATIBILIDADE COM ART. 106, I, “G” DO RICMS E PORTARIA 048/2019/GSER, OS QUAIS REMETEM À COMERCIALIZAÇÃO (ICMS GARANTIDO). ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. REFORMADA DE OFÍCIO QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Caracterizada a aquisição de bens de uso, consumo ou ativo fixo, torna-se incompatível a fundamentação da acusação com base no art. 106, I, “g” do RICMS e Portaria 048/2019/GSER, que fundamenta a cobrança do ICMS Garantido (mercadorias para comercialização). Assim, resta configurado o vício formal, fato este suficiente para ensejar sua nulidade, conforme o artigo 17, inciso III, da Lei nº 10.094/2013.

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

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003511/2023-15, lavrado em 13 de novembro de 2023 (fls. 2 e 3), em desfavor da empresa POLIMIX CONCRETO LTDA, inscrição estadual nº 16.436.975-9, no qual consta a seguinte denúncia:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. >> Falta de recolhimento do imposto estadual. TAL IRREGULARIDADE EVIDENCIA-SE PELO NÃO



RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL FRONTEIRA ATINENTE ÀS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, NUMA AFRONTA AO ART. 106, I, G, DO RICMS APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97, C/C ARTS. 2º E 3º DA PORTARIA Nº 00048/2019/GSER, MEDIANTE SE COMPROVA PELAS FATURAS EM ABERTO, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO AOS AUTOS. CAPITULAÇÃO ATF = ART. 106, DO RICMS/PB, APROV.P/DEC.18.930/97 PENALIDADE ATF = ART. 82, II, "E", DA LEI N.6.379/96.

No lançamento fiscal, foi apurado um crédito tributário no valor total de **R\$ 60.404,38** (sessenta mil, quatrocentos e quatro reais e trinta e oito centavos), sendo ICMS de R\$ 40.269,58 (quarenta mil, duzentos e sessenta e nove reais e cinquenta e oito centavos), por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, c/c a Portaria nº 00048/2019/GSER e multa de R\$ 20.134,80 (vinte mil, cento e trinta e quatro reais e oitenta centavos) nos termos do Art. 82, II, "e", da Lei n.6.379/96.

Cientificada da ação fiscal, por meio do seu Domicílio Tributário eletrônico - DTe, em 20/11/2023, a Autuada interpôs peça impugnatória tempestiva, onde expôs em sua defesa, em síntese, o que segue.

- A Autuada é pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviços de “concretagem” no território do Município de Cabedelo e, como tal, enquadra-se na categoria de contribuinte do ISS.
- Conforme súmula 167 do STJ, o fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS, e nesse sentido o STF também se posicionou.
- Em repercussão geral o STF se pronunciou que as empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário.
- O Decreto Estadual nº 36.545/2016, deixa claro que as empresas de construção civil não são contribuintes de ICMS.
- Também o TJPB mantém a razão de decidir adotada no julgado do STJ de que as empresas de construção civil apenas submetem-se ao recolhimento de ICMS na hipótese em que as mercadorias são destinadas a revenda pura e simples.
- A infração imputada quanto ao não recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS decorrente de operação interestadual, o que teria infringido o disposto no Art. 106, I, “g”, do RICMS/PB, não poderia ocorrer, porque a empresa autuada não é contribuinte do ICMS, e as mercadorias utilizadas na prestação de serviço, ou destinadas ao uso, consumo ou ativo fixo, adquiridas em operações interestaduais, não podem ser tributadas pelo ICMS.
- A Autuada não pode ser compelida a realizar o pagamento de multa por infração, eis que não é contribuinte de ICMS, e ainda, na pior das hipóteses, a Autuada deveria responder a uma multa.
- Por fim, a impugnante requer a improcedência do auto de infração em exame.



Sem a informação da existência de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Nociti, que julgou nulo o auto de infração ora em análise, nos termos da ementa abaixo, e recorrendo de ofício de sua decisão, por força do que estabelece o art. 80, §1º da Lei nº 10.094/2013.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. FATURAS EM ABERTO. IMPRECISÃO QUANTO À MATÉRIA TRIBUTÁVEL – VÍCIO MATERIAL CONFIGURADO. NULIDADE.

- A descrição genérica do fato infringente, associada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, deixou dúvidas quanto à matéria tributável. In casu, avulta-se o erro de direito, na medida em que não restou estabelecido o liame entre a norma tributária e o fato jurídico tributário.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Cientificada, da decisão de primeira instância, em 25/06/2024, via DT-e, a autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre o julgamento do recurso de ofício em face da decisão que julgou nula, por vício material, a denúncia de falta de FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS FRONTEIRA, formalizada contra a empresa acima qualificada, relativamente a faturas relacionadas às fls. 8/9 dos autos.

Diante da falta do recolhimento do ICMS fronteira, a Fiscalização promoveu a autuação do contribuinte com fundamento legal no art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec.18.930/97 e propôs a multa prevista no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96¹.

Acresce a nota explicativa, a infringência ao art. 106, inciso I, alínea “g”, do RICMS/PB, combinado com os arts. 2º e 3º da portaria Nº 00048/2019/GSER, conforme os dispositivos a seguir transcritos:

RICMS/PB

¹ Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes: (...) II - de 50% (cinquenta por cento); (...) e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo; (g.n)



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 realizadas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 7º deste artigo;

(...)

§ 2º O recolhimento previsto na alínea "g", do inciso I deste artigo, será o resultante da aplicação da alíquota vigente para as operações internas sobre o valor total da nota fiscal ou valor de pauta fiscal, inclusive IPI, quando for o caso, seguro, transporte e outras despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, deduzindo-se o imposto relativo à operação própria, assegurada a utilização do crédito fiscal no mês do efetivo recolhimento, nos termos de portaria do Secretário de Estado da Receita. Revigorado com nova redação o § 3º do art. 106 pelo art. 3º do Decreto nº 28.401/07 (DOE de 25.07.07)

PORTARIA 0048/2019/GSER:

O Secretário de Estado da Receita, no uso das atribuições que lhe confere o art. 3º, inciso VIII, alíneas 'a' e 'd', da Lei nº 8.186, de 16 de março de 2007, e nos incisos III, IV e XV do art. 61 do Regulamento Interno da Secretaria de Estado da Receita, aprovado pela Portaria nº 00061/2017/GSER, de 6 de março de 2017, e tendo em vista o disposto na alínea "g" do inciso I do art. 106, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997, Resolve:

Art. 2º O imposto relativo às operações interestaduais com os produtos de que trata o art. 1º, denominado de ICMS - Fronteira, desde que o contribuinte esteja adimplente com suas obrigações fiscais, será diferido, observado o seguinte:

I - para até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao da emissão do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e, na ausência deste, utilizar a data da emissão do Conhecimento de Transporte Eletrônico - CT-e, referente a nota fiscal de mercadoria adquirida, exceto as relacionadas no inciso II, observado o disposto no § 1º deste artigo;

II - até o 15º (décimo quinto) dia do segundo mês subsequente ao da emissão do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e, na ausência deste, utilizar a data da emissão do Conhecimento de Transporte Eletrônico - CT-e, referente a nota fiscal de mercadoria adquirida por contribuinte enquadrado em um dos Códigos Nacionais de Atividades Econômicas - CNAE Principal, constante do Anexo Único desta Portaria.

§ 1º O imposto de que trata o 'caput' deste artigo, somente poderá ser utilizado como crédito fiscal no mês do efetivo recolhimento, desde que relativo às operações que satisfaçam as hipóteses de autorização para utilização de crédito fiscal com fins de compensação do imposto na forma do Regulamento do ICMS - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de



junho de 1997, não abrangendo as operações de aquisições destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado.

§ 2º Na falta do recolhimento nos prazos de que trata este artigo, o contribuinte tornar-se-á inadimplente, hipótese em que será aplicado o disposto na alínea 'h' do inciso I do art. 106 do Regulamento do ICMS - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.

§ 3º O diferimento de que trata o "caput" deste artigo será concedido *'ex-officio'*.

Art. 3º O ICMS - Fronteira será apurado na forma definida pelo § 2º do art. 106 do Regulamento do ICMS - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.

Parágrafo único. O ICMS - Fronteira relativo a notas fiscais não relacionadas no extrato de faturas emitido pelo Sistema de Cobrança da Secretaria de Estado da Receita deverá ser apurado e recolhido na forma e prazo estabelecidos nesta Portaria mediante DAR AVULSO, que deverá conter a receita específica e a chave das notas fiscais que geraram o valor a recolher.

Instaurado o contraditório, na primeira instância, o julgador alcançou um vício no lançamento tributário, visto que o código de receita 1154 comporta três espécies de fatos geradores incidentes sobre entradas de mercadorias no estabelecimento: ICMS garantido, diferencial de alíquota e antecipado.

Entendeu, assim, que para analisar as alegações trazidas pelo sujeito passivo, havia a necessidade de o auto de infração ter enfrentado a questão, o que não ocorreu, pois, todas as operações foram classificadas como falta de recolhimento do ICMS fronteira, na modalidade de mercadorias para comercialização (ICMS fronteira na forma da Portaria nº 48/2019).

Eis os exatos argumentos proferidos pelo i. Julgador:

“ (...) no elenco de documentos fiscais que suscitaram as faturas acusadas constam as mais variadas mercadorias, quer sejam destinadas à atividade principal da reclamante (cimento para a preparação/produção de massas para concreto), como peças automotivas de reposição (retentor de motor e giclê) e até itens de consumo (cachaça e hamburger e vestimentas) – todos agrupados em única descrição genérica de “falta de recolhimento do ICMS”, apontando como infringido o igualmente genérico art. 106 do RICMS/PB, associado à Portaria nº 00048/2019/GSER.
(...)

Portanto, é assente no Tribunal Administrativo desta Secretaria que Auto de Infração lavrado em virtude de “fatura em aberto” que apresenta código de receita 1154, cuja descrição a infração “falta de recolhimento do ICMS”, tendo por infringido o art. 106 do RICMS/PB c/c Portaria nº 00048/2019/GSER (como no quadro em tela) implica imprecisão quanto à matéria tributável e remete à declaração da nulidade do feito fiscal em virtude de vício material, cabendo a lavratura de nova peça acusatória, desde que observado o art. 173, I do CTN.”



Pois bem, ao consultar os dados cadastrais da empresa autuada, constata-se que esta tem por Objeto Social a “*Prestação de serviços de concretagem e outros relativos a construção, supervisão, estudos, exploração do ramo de projetos e execução de quaisquer obras de engenharia civil, em todas as suas modalidades técnicas e econômicas, por conta própria ou de terceiros por empreitada ou administração e outras atividades concernentes ao seu ramo de negócios*”.

Tem como Atividades Econômicas:

- 330-3/05 *Preparação De Massa De Concreto E Argamassa Para Construção (ICMS);*
- 4399-1/99 *Serviços Especializados Para Construção Não Especificados Anteriormente (Principal);*
- 4299-5/99 *Outras Obras De Engenharia Civil Não Especificadas Anteriormente (Secundário).*

Neste sentido, ao analisar as notas fiscais elencadas nas faturas objeto da acusação, verifica-se que estas acobertam operações de entradas interestaduais de bens, que pelas suas descrições, se tratam de bens destinados ao uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento adquirente.

Sobre estas operações de entradas interestaduais de bens destinados ao uso, consumo ou ativo fixo, resta configurada a incidência do ICMS Normal Fronteira, na modalidade de ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, com fundamento nos artigos 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV, art. 14, X, art. 106, II, “c”, §1º, do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 2º *O imposto incide sobre:*

(...)

§ 1º *O imposto incide também:*

(...)

IV - *sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado (Lei nº 11.031/17);*

(...)

Art. 3º. *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

(...)

XIV - *da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadorias ou bem oriundos de outra unidade da federação destinados a uso, consumo ou ativo fixo.*

(...)

Art. 14. *A base de cálculo do imposto é:*

(...)

X - *na hipótese do inciso XIV do “caput” do art. 3º, o valor obtido nos seguintes termos:*

a) *do valor da operação realizada na unidade federada de origem, exclui-se o respectivo ICMS;*



b) ao valor encontrado na forma da alínea “a” deste inciso, inclui-se o montante equivalente ao imposto devido na operação, utilizando-se para tanto a alíquota interna, nos termos do § 1º deste artigo;

(...)

§ 3º Nos casos dos incisos IX, X e XII, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o valor ali previsto.

(...)

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

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL;

(...)

§ 1º O recolhimento previsto nas alíneas “c” e “d” do inciso II do “caput” deste artigo, será o resultante da diferença de alíquota (Decreto nº 35.604/14).

Por outro lado, ao consultar as notas fiscais de saídas da empresa, não encontramos operações de saídas das mesmas mercadorias descritas nas notas fiscais de entradas, o que descaracteriza a destinação comercial destas mercadorias, da forma como foi fundamentada a acusação.

Nesse contexto, há um conflito entre o fato constante nas notas fiscais que representam as operações autuadas, e a fundamentação legal aplicada, de forma que resta configurado o vício formal, previsto no art. 17, 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;

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.

Diante dessas considerações, reconheço a existência de nulidade do feito fiscal, porém, sem desrespeito a decisão singular, entendo ser por vício formal, ante a constatação de erro na fundamentação legal 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.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, reformando, de ofício, quanto aos fundamentos, a decisão de primeira instância, para julgar nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003511/2023-15, lavrado em 13 de novembro de 2023 (fls. 2 e 3) em desfavor da empresa POLIMIX CONCRETO LTDA, inscrição estadual nº 16.436.975-9, já qualificados nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, diante da nulidade por vício formal, acima evidenciada, obedecendo-se o prazo decadencial previsto no art. 173, II, do CTN.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 23/10/2024.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora