



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo Nº148.184.2011-5

Recursos HIE/VOL/CRF Nº363/2015

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG DE PROC FISCAIS–GEJUP.

1ª Recorrida: M DIAS BRANCO S.A. IND. E COM. DE ALIMENTOS.

2ª Recorrente: M DIAS BRANCO S.A. IND. E COM. DE ALIMENTOS (Sustentação Oral).

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG DE PROC FISCAIS–GEJUP.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE CABEDELO.

Autuantes: WANDERLINO VIEIRA FILHO.

Relatora: CONSª. DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

PRELIMINAR AFASTADA. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MERCADORIA DESTINADA AO ATIVO FIXO. TERMO DE ACORDO. AJUSTES. REDUÇÃO DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O lançamento fiscal descreve de maneira clara e objetiva o fato impositivo e o montante tributável, não se vislumbrando caso de nulidade por cerceamento de defesa.

Cabe a cobrança do ICMS – Diferencial de Alíquota nas entradas interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento.

Ajustes realizados e a aplicação de penalidade em razão de lei mais benéfica ao contribuinte acarretaram a redução do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos *hierárquico*, por regular e do *voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do hierárquico e *provemento parcial* do voluntário, para alterar os valores da decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000603/2011-00, lavrado em 27/12/2011, contra a empresa M DIAS BRANCO S.A. IND. E COM. DE ALIMENTOS, inscrição estadual nº 16.137.776-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 71.478,41 (setenta e um mil, quatrocentos e setenta e oito reais e quarenta e um centavos), sendo R\$ 47.652,27 (quarenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e vinte e sete centavos), de ICMS, nos termos 106, II, “c” e § 1º, c/c art. 2º, § 1º, IV, art. 3º XIV e art. 14, X, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 23.826,14 (vinte e três mil, oitocentos e vinte e seis reais e quatorze centavos), de multa, nos termos

dos artigos 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 127.821,02 (cento e vinte e sete mil, oitocentos e vinte e um reais e dois centavos), sendo R\$ 51.997,44 (cinquenta e um mil, novecentos e noventa e sete reais e quarenta e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 75.823,58 (setenta e cinco mil, oitocentos e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos), de multa por infração.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de março de 2018.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, THÁIS GUIMARÃES TEIXEIRA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, e Ausência justificada da DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em exame o de Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000603/2011-00, lavrado em 27/12/2011, contra a empresa M DIAS BRANCO S.A. IND. E COM. DE ALIMENTOS, inscrição estadual nº 16.137.776-9, onde consta a seguinte denúncia, relativa a fatos geradores ocorridos entre 1/4/2010 e 30/4/2010.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de Recolhimento do Imposto Estadual.

Nota Explicativa:

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – INFRAÇÃO AO ART. 2º § 1º, IV E O ART. 3º, XIV, C/C ART. 106, II, C DO RICMS.

Foi dado como infringido o art. 106, II, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e proposta a penalidade prevista no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 199.299,42**, sendo **R\$ 99.649,71**, de ICMS, e **R\$ 99.649,71**, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 11/1/2012, conforme AR (fl. 11), a autuada apresentou reclamação, tempestiva, em 10/2/2012 (fls. 13-29).

Por sua vez o autuante opôs contestação conforme (fls. 87-89).

Sem informação de que constam antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 104) e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 113.512,02 (cento e treze mil, quinhentos e doze reais e dois centavos), sendo R\$ 75.674,68 (setenta e cinco mil, seiscentos e setenta e quatro reais e sessenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 37.837,34 (trinta e sete mil, oitocentos e trinta e sete reais e trinta e quatro centavos), de multa por infração, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, § 1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (fls.107-117).

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 9/11/2015, conforme AR (fl. 119), a autuada protocolou recurso voluntário, em 4/12/2015 (fls. 122-144).

No seu recurso, após uma síntese dos fatos vem a expor os seguintes pontos:

- Preliminarmente argui a nulidade do auto de infração por imprecisão na descrição da infração, alegando ser esta extremamente lacônica na caracterização da situação fática que ensejou o lançamento de ofício.

- Argumenta que o julgador singular afastou a preliminar sob o fundamento de que a autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação, completa e irrestritamente, todavia não esclareceu por que os elementos constantes no AI seriam suficientes para a exata compreensão da imputação nele contida.

No mérito, se manifesta pela improcedência da acusação afirmando que:

- a) O crédito lançado relativamente à Nota Fiscal nº 979.141 deve ser cancelado em virtude de se tratar de óleo lubrificante sujeito ao regime de substituição tributária.
- b) O diferencial de alíquota exigido sobre as Notas Fiscais nº 483 e nº 4810, trata-se de caso de diferimento do imposto, nas operações de aquisição de bens para o ativo fixo, por força do Regime Especial concedido no Processo nº 099.668.2011-6.
- c) A exigência fiscal incluiu operações referentes ao mês de abril de 2010, cujo ICMS Diferencial de Alíquota já estava pago. Anexa planilha com a discriminação das operações cujo valor total importa em R\$ 1.483,44.
- d) As operações acobertadas pelas Notas Fiscais nº 284.839 e nº 67.452, totalizando R\$ 2.494,16, não foram realizadas pela empresa.
- e) O montante cobrado no auto de infração e o valor pago pela empresa, em relação ao Diferencial de Alíquota sobre as Notas Fiscais n.ºs 58240, 32441, 13103, 23607, 103, 155, 16397 e 18589, apresenta divergência de R\$ 174,49.

- Ao final requer que seja conhecido e provido o presente recurso, para que seja reconhecida sua nulidade ou sua improcedência, nos termos das razões expostas.

- Requer, ainda, a sustentação oral de suas razões por ocasião do julgamento.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame os *recursos hierárquico e voluntário* interpostos contra decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000603/2011-00, lavrado em 27/12/2011, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

Preliminar

Em primeiro lugar, devemos considerar que o lançamento fiscal atende aos requisitos do art. 142 do CTN, não se enquadrando em nenhum dos casos de nulidade previstos no art. 41, da Lei nº 10.094/2013, vejamos os dispositivos:

CTN.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.de como se procedeu

Lei nº 10.094/2013.

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

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Ressalte-se que o lançamento tributário descreve com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, em consonância com os requisitos do art. 142 do CTN, acima reproduzido, soterrando as alusões da recorrente de que houve imprecisão na descrição da infração.

Ademais, a autuada demonstrou total entendimento da acusação no desenvolvimento do recurso, fazendo perecer os argumentos de cerceamento de defesa.

Neste sentido, a boa doutrina nos ensina que a nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte dentro do princípio *pas nullités sans grief*.

Esta linha é seguida pelos tribunais superiores onde citamos o exemplo do AgRg no REsp nº 1338515 RS 2012/0170154-2, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado pela Primeira Turma do STJ em 20/3/2014, com publicação no DJe em 28/3/2014, *verbis*:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL : AgRg no REsp 1338515 RS 2012/0170154-2

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BEM À PENHORA. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. PENHORA PELO SISTEMA BACEN-JUD. POSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO FEITA EM NOME DE ADVOGADO DISTINTO AO DO SOLICITADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

- 1. A jurisprudência desta Corte, em homenagem ao princípio pas de nullité sans grief, firmou entendimento no sentido de que a parte, ao requerer o reconhecimento de nulidade, deverá comprovar o efetivo prejuízo sofrido.*
- 2. Na hipótese, ainda que se tenha admitido ser irregular a intimação, a Corte de origem considerou que o autor não demonstrou o efetivo prejuízo, tendo em vista que exerceu efetivamente seu direito de defesa, por meio da interposição do recurso cabível.*
- 3. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor.*
- 4. Agravo regimental não provido.*

Assim, afasto a preliminar tendo em conta que o lançamento fiscal atendeu aos requisitos formais da legislação tributária, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da recorrente.

Mérito

Conforme consta dos autos, a autuada, inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Paraíba – CCICMS-PB, sob o nº 16.137.776-9, tendo como atividade principal o ramo de MOAGEM DE TRIGO E FABRICAÇÃO DE DERIVADOS – CNAE 1062-7/00, foi autuada pela fiscalização por deixar de recolher o ICMS - Diferencial de Alíquota, nas aquisições, em outras unidades da Federação, dos produtos discriminados nas Notas Fiscais relacionadas no Extrato Demonstrativo da Fatura nº 1400053539, conforme (fl. 07).

Como se sabe a cobrança do diferencial de alíquota, nas operações interestaduais, sob a égide do ICMS, está amparada no artigo 155, § 2º, “a”, VII, da Constituição Federal, que, ao tratar da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal para instituir impostos, também estabeleceu a repartição dos quinhões tributários, entre os entes federativos remetentes e destinatários de mercadorias. Vejamos o texto constitucional:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII – na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Neste sentido, a legislação estadual, diante da competência atribuída pela Constituição Federal, especificou que a ocorrência do fato gerador do imposto se dá no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte das mercadorias ou bens, adquiridos em outras unidades federativas, destinados ao uso, consumo ou a integrar o ativo fixo, nos termos do art. 12, XIV, da Lei nº 6.379/96, *verbis*:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento::

(...)

XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinado a uso, consumo ou ativo fixo.

Em primeira instância, o julgador singular, acatando os argumentos da defesa reconhecidos pela fiscalização em sua contestação, excluiu da exigência fiscal o montante de R\$ 23.975,03, referente à Nota Fiscal nº 707, por se tratar de remessa parcial do documento fiscal nº 706. Também, abateu o valor de R\$ 2,40, referente à Nota Fiscal nº 23.607, e R\$ 2,63, referente à Nota Fiscal nº 13.103, por equívoco no cálculo dos valores.

Além disso, reduziu a penalidade aplicada adequando-a aos novos percentuais estabelecidos no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

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.

Sem reparos a fazer quanto ao procedimento do julgador singular, passo a fazer as seguintes considerações:

O procedimento da fiscalização tem respaldo na legislação tributária não se aplicando o benefício previsto na Cláusula Terceira do Regime Especial constante do Processo nº 099.668.2011-6, tendo em vista que este veio a ser firmado em 28 de março de 2011, enquanto as Notas Fiscais referentes ao presente processo são relativas ao exercício de 2010, conforme parecer da PGE (fls. 172-173), ademais a Cláusula Terceira do referido Protocolo de Intenções se refere a operações de importação, que não é o caso aqui tratado. Vejamos o que diz a Cláusula Terceira do referido Protocolo:

CLÁUSULA TERCEIRA – *Nas importações de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais destinados ao ativo imobilizado, através do Porto de Cabedelo ou por outro Porto, desde que transportado através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA até o Porto de Cabedelo, será assegurado à Empresa o diferimento do ICMS, na forma do estabelecido no RICMS/PB.*

§ 1º - Na hipótese desta Cláusula, serão observadas as seguintes condições:

I - o imposto devido será recolhido pelo adquirente quando da operação subsequente, esteja esta sujeita ou não ao pagamento do tributo, observado o § 2º;

II - a qualquer tempo, desde que fique comprovada destinação diversa do bem, o contribuinte deverá recolher o ICMS diferido acrescido de juros e atualização monetária, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

§ 2º - Para efeito do inciso I, do § 1º, a base de cálculo do imposto é o valor de que decorrer à saída do bem, com redução de:

I - 20% (vinte por cento) - após 1 (um) e até 2 (dois) anos de uso;

II - 40% (quarenta por cento) - após 2 (dois) anos e até 3 (três) anos de uso;

III - 60% (sessenta por cento) - após 3 (três) anos e até 4 (quatro) anos de uso;

IV - 80% (oitenta por cento) - a partir do quarto ano de uso. (g.n.).

O cálculo do diferencial de alíquota adotado pela fiscalização não observou as determinações da Constituição Federal, onde sobre a base de cálculo deve ser aplicada a diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Deve ser excluído o valor de R\$ 6,15, relativo à Nota Fiscal nº 979.141 (fl. 145), por se tratar de operação sujeita à substituição tributária, onde houve a retenção do imposto relativo às operações posteriores, não havendo, pois, que se falar em cobrança do ICMS Diferencial de Alíquota.

Deve ser mantida a exigência fiscal em relação às operações para o ativo fixo, acobertadas pelas Notas Fiscais nº 284.839 e nº 67.452, uma vez que a realização dessas operações se demonstra através dos documentos anexados aos autos (fls. 96 e 98), enquanto isso, a recorrente nada apresentou que pudesse comprovar as suas alegações.

Com referência às alegações da recorrente de que foi efetuado o pagamento, através do DAR nº 1301993698, do valor de R\$ 1.483,44, referente ao ICMS Diferencial de Alíquota sobre as Notas Fiscais n.º 2688, 351029, 115705, 114953, 30740, 17391, 58240, 38436, 32441, 13103, 845, 23607, 70229, 103, 15376, 18589, 155, 8470, 3280 e 16397, não consta, do referido DAR, qualquer observação que possa identificar a que documentos ele se refere, além disso, o total pago de R\$ 3.823,83, diverge do valor de R\$ 1.483,44, informado pela recorrente.

Em relação à divergência de R\$ 174,49, entre o montante cobrado no auto de infração e o valor pago pela empresa em relação ao Diferencial de Alíquota sobre as Notas Fiscais n.ºs 58240, 32441, 13103, 23607, 103, 155, 16397 e 18589, verifica-se que a recorrente aponta que foram pagos através dos DARs n.ºs 1301993698 e 1302142472, no entanto, como já vimos, o DAR nº 1301993698 não faz qualquer menção aos documentos objetos da quitação e o DAR nº 1302142472 faz referência ao mês 07/2010 e à Fatura nº 1400092022, da qual não consta nenhuma das Notas Fiscais apontadas pela autuada.

Para uma melhor visualização, reproduzo planilha com as correções efetuadas.

Dessa forma, concluo por declarar devido o crédito tributário de R\$ 71.478,41 (setenta e um mil, quatrocentos e setenta e oito reais e quarenta e um centavos), sendo R\$ 47.652,27 (quarenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e vinte e sete centavos), de ICMS, e R\$ 23.826,14

(vinte e três mil, oitocentos e vinte e seis reais e quatorze centavos), de multa, cabendo ao contribuinte o recolhimento do imposto devido nos prazos previstos no art. 106, III, “c”, do RICMS-PB, *in verbis*:

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

III – até o dia 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 ou no exterior de mercadorias ou bens destinados ao consumo, ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos *hierárquico*, por regular e do *voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do hierárquico e *provimento parcial* do voluntário, para alterar os valores da decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000603/2011-00, lavrado em 27/12/2011, contra a empresa M DIAS BRANCO S.A. IND. E COM. DE ALIMENTOS, inscrição estadual nº 16.137.776-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 71.478,41 (setenta e um mil, quatrocentos e setenta e oito reais e quarenta e um centavos), sendo R\$ 47.652,27 (quarenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e vinte e sete centavos), de ICMS, nos termos 106, II, “c” e § 1º, c/c art. 2º, § 1º, IV, art. 3º XIV e art. 14, X, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 23.826,14 (vinte e três mil, oitocentos e vinte e seis reais e quatorze centavos), de multa, nos termos dos artigos 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 127.821,02 (cento e vinte e sete mil, oitocentos e vinte e um reais e dois centavos), sendo R\$ 51.997,44 (cinquenta e um mil, novecentos e noventa e sete reais e quarenta e quatro centavos), de ICMS, e R\$ 75.823,58 (setenta e cinco mil, oitocentos e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos), de multa por infração.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de março de 2018.

#ORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora