Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO N° 103.377.2010-0
Recurso HIE/VOL/CRF-123/2014
Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
Recorrida: NATURA COSMÉTICOS S/A.
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
Autuante: JOSELINDA GONÇALVES MACHADO.
Relatora: CONSª MARIA DAS GRAÇAS D. OLIVEIRA LIMA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MARGEM DE VALOR AGREGADO IRREGULAR. RETENÇÃO A MENOR DO IMPOSTO. CONFIRMAÇÃO. DECADÊNCIA PARCIAL. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO.

E alcançado pela decadencia o crédito tributário que tem por objeto a diferença do ICMS retido a menor, cujo lançamento se efetuou após o prazo quinquenal previsto no art. 150, § 4º, do CTN, restando, por esse fato, extinta uma parte dos créditos.Reputa-se regular o lançamento de ofício que tem por objeto a exigência da diferença de valores relativos ao ICMS Substituição Tributária recolhidos a menor, porque calculados com base em margem de valor agregado distinta da legalmente estabelecida para as operações que tem por objeto a mercadorias listadas no Anexo 5 do RICMS/PB.Confirmada a redução da penalidade por força de lei posterior mais benigna.

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

Relatório

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 dos Recursos **HIERÁRQUICO,** por regular, e **VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo **PARCIAL PROVIMENTO** de ambos, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **n.º 933000008.09.00000556/2010-13** (fls. 03 e 04), de 30/9/2010, complementado pelo Termo de Infração Continuada (fls. 136 a 138), datado de 2/6/2011, ambos lavrados contra a empresa **NATURA COSMÉTICOS S/A.,** inscrita no CCICMS sob nº 16.900.444-9, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R$ 64.929,30 (sessenta e quatro mil, novecentos e vinte e nove reais e trinta centavos), constituído do ICMS no valor de R$ 32.464,65 (trinta e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e sessenta e cinco centavos), por infringência aos arts. 395, 397, II, e 399, II, “a”, do RICMS/PB, e da multa por infração no mesmo valor, fundamentada no art. 82, V, “g”, da Lei Estadual nº 6.379/96, com as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ao mesmo tempo cancelo, por indevido, o montante de R$ 86.741,16, sendo R$ 18.092,17 de ICMS e R$ 68.648,99 de multa por infração, pelos fundamentos acima expendidos.

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 30 de junho de 2015.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Consª. Relatora

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO E ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO.

Assessora Jurídica

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Recursos HIE./VOL CRF n.º 123/2014
1ª RECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
2ª RECORRENTE:NATURA COSMÉTICOS S/A.
1ª RECORRIDA:NATURA COSMÉTICOS S/A.
2ª RECORRIDA:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
PROCURADOR(ES):(OAB/DF nº 20.720) e TIAGO C. T. M. MONTEIRO (OAB/DF nº 20.660).EDUARDO P. PINCELLI (OAB/SP nº 172.548), FLAVIO E. S. DE CARVALHO
PREPARADORA:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
AUTUANTE:JOSELINDA GONÇALVES MACHADO.
RELATORA:CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. OLIVEIRA LIMA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MARGEM DE VALOR AGREGADO IRREGULAR. RETENÇÃO A MENOR DO IMPOSTO. CONFIRMAÇÃO. DECADÊNCIA PARCIAL. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS HIERARQUICO E VOLUNTÁRIO.

- É alcançado pela decadência o crédito tributário que tem por objeto a diferença do ICMS retido a menor, cujo lançamento se efetuou após o prazo quinquenal previsto no art. 150, § 4º, do CTN, restando, por esse fato, extinta uma parte dos créditos.

- Reputa-se regular o lançamento de ofício que tem por objeto a exigência da diferença de valores relativos ao ICMS Substituição Tributária recolhidos a menor, porque calculados com base em margem de valor agregado distinta da legalmente estabelecida para as operações que tem por objeto a mercadorias listadas no Anexo 5 do RICMS/PB.

- Confirmada a redução da penalidade por força de lei posterior mais benigna.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os Recursos ***HIERÁRQUI****CO e* ***VOLUNTÁRIO*** *interpostos contra a decisão monocrática que julgou PACIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000556/2010-13, de fls. 3 e 4, lavrado em 30 de setembro de 2010, o qual acusa a empresa acima citada, NATURA COSMÉTICOS S/A., de cometimento da seguinte irregularidade fiscal:*

*"****ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕESS INTERESTADUAIS*** *– PERÍODO A PARTIR DE 28/12/00). Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária com imposto retido a menor.*

Em nota explicativa, a fiscalização acrescenta:

"A empresa, contrariando a cláusula segunda do Termo de Acordo nº 059/2002, deixou de aplicar o percentual de margem agregada específico, definido no Anexo 05 do RICMS/PB, para creme dental, enxaguatório bucal e creme hidratante. A margem de valor agregada aplicada para as referidas mercadorias foi de 30%".

Pelo fato foi incursa no art. 395 c/c os arts. 397, II, e 399, II, "a", todos do RICMS/PB, e procedido ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor de R$ 49.725,51, ao mesmo tempo em que foi sugerida a aplicação de multa por infração no importe de R$ 99.451,02, com supedâneo no art. 82, V, "g", da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário no montante de R$ 149.176,53.

Documentos instrutórios constam às fls. 06/19 (Ordem de Serviço Simplificada, demonstrativos com discrição das mercadorias e dos cálculos do ICMS/ST, assim como dos valores pagos e das diferenças não pagas, cópia do Termo de Acordo nº059/2002, Parecer nº 1218/2002, cópia do Termo de Acordo nº 093/2001, Processo nº 4914/2002, Parecer nº 2005.01.00.00589, Termo de Acordo nº 2009.000132, Parecer nº 2007.01.00.00228, e Extrato de Pagamento Por Contribuinte).

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, conforme atesta o Aviso de Recebimento de fl. 57, assinado por seu receptor, em 19/10/2010, a autuada apresenta reclamação, de fls. 59 a 62, onde se contrapõe à acusação fiscal, ao argumento de que o ICMS/ST relativo aos produtos que compõem a base de cálculo da autuação foi recolhido nos termos do regime então vigente, com margem de agregação de 30%, por se tratar de desodorantes, e não de hidratantes como entende a Fiscalização.
Intentando comprovar que os produtos relacionados pela autuante integram a categoria de desodorantes, acosta, às fls. 95 a 119, resposta de consulta formalizada a sociedade civil com atuação no seguimento da advocacia, além de procuração, ata de reunião de acionistas, e cópia do Termo de Acordo nº 059/2002 (fls. 65 a 93).

Na sequência, na fl. 123 a autuante requer a manutenção do resultado da ação fiscal ao argumento de que:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

“Dentre os produtos constantes no Anexo 5 estão nominados os seguintes produtos: crene dental, enxaguatório bucal e hidratante; a especificação do produto na nota fiscal é elemento essencial ao Fisco, sendo assim, na análise da descrição dos produtos em questão constatamos que de fato as mercadorias são hidratantes; outro elemento não menos importante é a verificação da descrição constante nas embalagens, que devem revelar o conteúdo; no caso em questão reafirmamos se tratar de hidratante”.

Acosta tabela de NCM, do Mercosul (fls. 125 e 126).

Remetidos os autos processuais à GEJUP (Gerência de Julgamento de Processos Fiscais), de onde retornaram à repartição de origem, por requisição da julgadora fiscal, Ivônia de Lourdes L. Lins, efetuada mediante o despacho de fl. 132, que objetivou a realização de ajustes na recomposição da TVA específica para as mercadorias, creme dental e enxaguatório bucal, objeto da denúncia fiscal, de modo a que fosse observada a previsão contida no Anexo 5 do RICMS/PB, que estabelece a MVA de 49,08% em razão da sua procedência de unidade federada que adota a alíquota interestadual de 7%, como no caso dos autos, providência essa que demandaria a lavratura de termo de infração continuada, estabelecido no art. 696, III do RICMS/PB.

Promovidas as alterações solicitadas no despacho acima referido, foi lavrado do Termo de Infração Continuada, de fls. 136 a 138, na data de 2/6/2011, mediante o qual o crédito tributário inicial passou a ser acrescido dos valores de R$ 831,31 de ICMS, por infringência ao art. 395 c/c os arts. 397, II, “e” e 399, II, “a”, do RICMS/PB, e de R$ 1.662,93 de multa por infração, com fundamento no art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96.

Às fls. 139 a 162, foram acostados demonstrativos dos valores autuados e da diferença ínsita no libelo complementar, bem como dos novos cálculos para apuração do ICMS/ST considerado devido, mediante aplicação da taxa de agregação apropriada às operações provenientes de unidade da Federação que adota a alíquota do imposto de 7%, como previsto na legislação de regência.

Regularmente cientificada da lavratura do Termo de Infração Continuada em referência, conforme atesta o Aviso de Recebimento, de fl. 164, a autuada não se pronunciou sobre a nova peça processual.

Distribuídos os autos processuais ao julgador monocrático, Alexandre Souza Pitta Lima, após a prestação da informação de não haver antecedentes fiscais da autuada e conclusão dos autos (documentos de fls. 127 a 130), este proferiu o seu julgamento, no qual concluiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração (fls. 166 A 174), por excluir da acusação fiscal os itens denominados “TODO DIA-HIDRATANTE P/ ROSTO CREME” (NCM 3304.99.10) e “TODO DIA-CR MACADAMIA HID DESO” (NCM 3310.20.10), ao fundamento de que estes integram a categoria de hidratante, tendo em vista o fato de que estes códigos não são itenizados no Anexo 5 do RICMS/PB, o que lhes colocaria sob a égide da Cláusula Segunda do Termo de Acordo nº 059/2002.

Em face do que, o crédito tributário original passou a ser constituído do valor de R$ 91.746,70, sendo R$ 45.873,35 de ICMS e R$ 45.873,35 de multa infracional, reduzida nos termo da Lei nº 10.008/2013.

Interposto o Recurso Hierárquico (fls. 174 e 175) e regularmente cientificada da decisão “*a quo*” (conforme atestam os documentos de fls. 176 e 177), a autuada **recorre voluntariamente** a este Conselho de Recursos Fiscais (peça recursal de fls. 179 a 213), alegando, a seu prol, preliminar de decadência dos créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos nos períodos anteriores a 19/10/2005, e constantes no auto infracional, bem como os anteriores a 15/6/2006, estes lançados mediante o Termo de Infração Continuada (fls. 136/138), ao fundamento do art. 150, § 4º do CTN,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

visto que, na primeira, a ciência da lavratura da peça inaugural se deu em 19/10/2010, enquanto, na segunda – peça complementar -, a ciência se completou apenas em 15/6/2011, quando, então, os créditos correspondentes a esses períodos já teriam sido fulminados pela decadência.

No mérito, manifesta-se inconformada com a decisão singular, ao fundamento de que a separação entre hidratantes e desodorantes é essencial justamente para indicar que os itens relacionados na planilha, constante nos autos, às fls. 6 a 28, não estão listados no Anexo 5 do RICMS/PB, ao contrário do que entendeu o referido decisório.

Nesse aspecto, afirma que a fazer-se uma pesquisa no referido Anexo se verifica que o termo “hidratantes” possui um item específico, item 9, no qual se faz apenas menção a hidratantes, sem qualquer especificação de NCMs, enquanto relativamente a “desodorantes”, ao contrário do que ocorre com hidratantes, não haveria qualquer menção no Anexo V do RICMS/PB.

Prosseguindo, assevera que, se as mercadorias questionadas são desodorantes e não constam no Anexo 5, conclui-se que as mercadorias questionadas não estão listadas no referido Anexo e, portanto, aplica-se a elas a margem prevista no Termo de Acordo nº 59/2002, firmada perante esta Secretaria de Estado da Receita.

Quanto a esse item, arremata: a) a classificação das mercadorias como desodorantes é, sim relevante para o deslinde da causa, pois indica não estarem listadas no Anexo 5 do RICMS/PB; b) o que evidencia que, de acordo com a própria lógica da decisão, aplica-se a margem de 30% prevista no Acordo.

Com relação aos produtos da categoria creme dental e enxaguatório bucal, alega que o Anexo V só possui um NCM que abrange de forma genérica “para produtos de higiene bucal e dentifrícia, com apenas um NCM”, a assim entende ser evidente não haver modos de vários NCMs estarem enquadrados em apenas um NCM.

Acresce que, ainda que se admita a possibilidade de se utilizar em lista de substituição um NCM genérico, *in casu*, 3306.90.00, no qual estariam incluídas as subdivisões, o fato é que se entendeu aplicável, ao passo que o referido item, no Anexo 5 do RICMS/PB, possui diversas alíquotas, com enorme variação de valores e que, além disso, nenhum dos lançamentos – auto de infração e termo de infração continuada – apontam em que itens da lista do Anexo 5 estariam os NCMs constantes da planilha de fls. 6 a 28, dos autos e a empresa não teria como questionar um enquadramento que não conhece, de modo a não possuir condições para afirmar que uma ou outra mercadoria não se enquadram em determinado tipo de produto, sem ter a descrição do enquadramento.

Com base nessas assertivas, alega não ser possível defender-se adequadamente de uma suposta infração sem conhecer ao certo qual regra fora aplicada, de forma que, considerando essas circunstâncias, entende que o lançamento tributário padece de vício suscetível de nulidade, por falta de observância dos requisitos do art. 3º c/c o art. 142, ambos do CTN, visto que teria restado cerceado seu direito de defesa e ao contraditório, constitucionalmente assegurados.

Continuando, alega que, apesar da redução na penalidade aplicada na instância preliminar, esta ainda se configura manifestamente abusiva e com nítido caráter confiscatório, o que estaria em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constitucionalmente previstos.

Com essas considerações, pede a nulidade do auto de infração, ou, caso assim não se entenda, que este seja julgado improcedente, em razão da correção da classificação adotada e da margem utilizada, com a consequente desconstituição dos créditos tributários exigidos.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Requer, ainda, o reconhecimento da decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores lançados no auto infracional e ocorridos antes de 19/10/2005, e dos créditos tributários constantes no lançamento complementar e relativos a fatos geradores ocorridos antes de 15/6/2006, e adicionalmente, pugna pela redução da penalidade para o patamar de 20%, consoante a jurisprudência do E. STF.

Pede, por fim, (a) a juntada posterior de instrumentos de procuração originais, para evitar o decurso do prazo recursal, aplicada, por representar em face à existência de boa fé e desarrazoada e desproporcional; e (b) a remessa das intimações relacionadas ao Processo para a pessoa e endereço que indica ao final da sua peça de recurso.

Comparecendo aos autos para apresentar suas **contrarrazões** (na fl. 322), a autuante se manifesta inconformada com a decisão singular e, no intento de vê-la reformada, afirma que nas planilhas fiscais que juntou para instruir a acusação consta a descrição do produto “hidratante” e que este se enquadra nas NCMs enumeradas no Anexo 05 do RICMS/PB.

Acresce, ainda, que embora os hidratantes comercializados pela recorrente não estejam classificados na posição 3307, tais mercadorias atendem aos pressupostos essenciais ao propósito da norma para a cobrança do ICMS/ST, e que esse entendimento encontra suporte no Convênio ICMS 177/95, segundo o qual o código de classificação de NCM não pode ser elemento preponderante para determinação de seu tratamento tributário.

Com essas considerações, pede a reforma da decisão singular para que sejam mantidos o Auto de Infração e o Termo de Infração Continuada.

Às fls. 328 a 330 constam requerimento e juntada de procurações. Seguindo os trâmites processuais, os autos foram remetidos a esta Casa, e a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiria, segundo a denúncia fiscal, do seguinte fato:

“ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕESS INTERESTADUAIS – PERÍODO A PARTIR DE 28/12/00). Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária com imposto retido a menor.

Essa irregularidade decorreria da falta de aplicação da margem de valor agregado definida no Anexo 5 do RICMS/PB, sobre as saídas interestaduais de creme dental, enxaguatório bucal e creme hidratante, para quais a recorrente teria utilizado o percentual de 30%, o que estaria contrário ao Termo de Acordo nº 059/2002, conforme informação constante na Nota Explicativa, complementar a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

delação fiscal em referência.

Inicialmente, cumpre decidir pela regularidade formal do auto de infração, visto o ato administrativo atende ao pressuposto do art. 142 do CTN, e, também, em *initio littis*, receber e para conhecer o recurso voluntário, diante da tempestividade na sua interposição. Aplicação do art. 709 do RICMS/PB.

Passemos à analise dos questionamentos aduzidos autos.

PRELIMINAR

A recorrente trouxe à baila, em forma de preliminar, a *decadência de o Estado efetuar o lançamento dos créditos tributários relacionados aos períodos de 19/10/2005, cuja delação se verificou no Auto de Infração, assim como os anteriores a 15/6/2006, objeto da diferença lançada no Termo de Infração Continuada, uma vez que tais lançamentos somente ganharam eficácia com a ciência desses libelos acusatórios, o que se deu em 19/10/2010 e em 15/6/2011, respectivamente, isto é, após cinco anos contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores, ou seja, quando então já teria se dado sua homologação tácita, consoante se infere do art. 150, § 4º do CTN, e, consequentemente, sua extinção (art. 156, V, do CTN).*

É sabido, e consabido, que a decadência do direito de lançar constitui causa extintiva do crédito tributário, prevista no art. 156, V, do CTN, e tem seu conceito delineado no art. 173 do citado diploma legal: a perda do direito de constituir o crédito tributário, pelo decurso de prazo certo estabelecido nos incisos I e II, do Codex.

Portanto, como regra geral, a decadência se opera dento do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsão ínsita no dispositivo supra, e se aplica ao lançamento de ofício, na hipótese em que o sujeito passivo se tenha omitido no cumprimento do dever de pagar, antes de qualquer exame do sujeito ativo.

Da mesma forma, se o sujeito passivo paga o tributo antecipadamente, mas em valor inferior ao devido, o prazo que flui é para a autoridade fiscal homologar, se assentir na sua exatidão, do contrário deve lançar de ofício a diferença não recolhida, observando, para tanto, o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, consoante disposição do art. 150, § 4º, do CTN (grifei).

Essa solução se dá em função de que a notoriedade do fato, que ensejaria ao Fisco o conhecimento de que o pagamento do imposto se dera apenas de modo parcial, consiste na declaração que lhe é prestada pelo contribuinte sobre os valores do imposto apurados, cujos recolhimentos, não obstante, verificaram-se a menor, caso em que os créditos tributários correspondentes à diferença não paga estariam a mercê da regra do art. 150, § 4º, do CTN, para efeito de lançamento de ofício, cujo prazo para realizar deve ser contado da ocorrência dos fatos geradores.

Com efeito, a circunstância de notoriedade do fato (pagamento do imposto em valor inferior ao apurado e declarado) caracteriza-se quando o contribuinte satisfaz à regra do art. 150, § 1º, do CTN. O sujeito ativo, diante da atividade do contribuinte homologa os valores pagos ou lança de ofício a diferença informada, porém não recolhida, dentro do prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador (grifei).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Nesse cenário, considera-se que o sujeito ativo dispõe de condições para proceder ao lançamento de ofício para cobrança do imposto não recolhido em parte, de forma antecipada, sem qualquer exame prévio da autoridade administrativa, dentro do prazo e contagem, acima mencionados.

O novo ordenamento processual administrativo tributário deste Estado – Lei nº 10.094, de 27/9/2013, cujos efeitos se produziram a partir de 1º de março de 2014 (art. 165) - adotou essa diretriz do STF, consoante se infere do art. 22, § 3º, *in verbis*:

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

§ ***1º.*** *A decadência deve ser declarada de ofício.*

§ ***2º****. Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.*

§ ***3º****. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações econômicos fiscais à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.* (Grifo não constante do original)

Por outro lado, inexistente o recolhimento total e antecipado do ICMS não se pode esperar que, diante da inexistência de notoriedade do fato gerador, o Fisco tenha tomado conhecimento da sua ocorrência para o efeito de lançar de ofício o crédito tributário. Nessas circunstâncias (desconhecimento da ocorrência do fato gerador, posto que omitida), o prazo quinquenal da decadência começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I do CTN, *in verbis*:

"*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

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

Isto considerando, observa-se que a acusação em foco se trata de recolhimento a menor do ICMS/ST, diante do que se conclui, por óbvio, que ter havido recolhimento de parte do imposto.

Nesse cenário, não há como negar que se materializou a notoriedade da ocorrência do fato gerador, haja vista que, com o pagamento de parte do valor do ICMS/ST, ao Fisco se proporcionou o conhecimento da ocorrência destes nos períodos informados, concedendo-lhe, com essa providência, todas as condições para efetuar o lançamento de ofício para cobrança do imposto cujo recolhimento se verificara apenas parcialmente, de forma antecipada sem qualquer exame prévio da Fiscalização. Mas, nessas circunstâncias, dentro do prazo e contagem do art. 150, § 4º, do CTN.

Desse modo, considerando-se que, no caso, há fatos geradores que ocorreram no período de 2005 (1/1 a 30/9), a Fiscalização dispunha do prazo de cinco anos contados a partir dessa data, para lavrar o Auto de Infração em tela e também o Termo de Infração Continuada. Portanto, o *dies ad quem* para lançar de ofício e efetuar a regular ciência de ambos libelos, a fim de os dotar de eficácia,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

findou em 30/9/2010. Todavia, quanto ao auto infracional, essa providência somente aconteceu em 19/10/2010, conforme atesta o Aviso de Recebimento, de fl. 57, e quanto ao Termo de Infração Continuada, mediante o qual a Fiscalização lançou a diferença dos créditos originalmente não inclusos, tal medida se deu em 15/6/2011, isto é, nas duas situações, quando já havia transcorrido o prazo de cinco anos contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Por consequência, entendo que os créditos tributários lançados no Auto de Infração em exame a diferença desses créditos constante no libelo complementar, que correspondem aos períodos de janeiro a setembro de 2005, já haviam sido fulminados em face da decadência do direito de a Fazenda Pública constituí-los de ofício. Razão por que, nesse quesito, reformo a decisão monocrática, promovendo, pois, a exclusão dos valores respectivos.

Idêntica desfecho verifica-se com os créditos tributário referentes ao período de janeiro a maio de 2006, desta feita, tão-somente quanto à diferença lançada no Termo de Infração Continuada, de fl. 136 a 138, mantendo-se, todavia, íntegros os créditos relativos a esses períodos, que foram lançados no Auto de Infração, posto que seu lançamento se deu dentro do prazo decadencial de que se cuida.

Com efeito, no que toca à diferença dos créditos desse período, cujo lançamento na peça complementar, de fls. 136 a 138, adquiriu eficácia em 15/6/2011, com sua regular ciência, nesta data, através do Aviso de Recebimento, de fl. 164, não há como negar a decadência, visto que o prazo quinquenal para fazê-lo já havia se encerrado em 30/5/2011.

Assim, com espeque nos fundamentos acima expedidos, reformo, nesse particular, a decisão "*a quo*", para proceder à exclusão dos valores dos valores relacionados à diferença de créditos tributários dos períodos de janeiro a maio de 2006, posto que já fulminados pela decadência (Aplicação do art. 150, § 4º do CTN).

Registre-se que a matéria em comento já fora amplamente debatida nesta instância ***ad quem***, a ponto de emergir pensamento uníssono entre os seus membros, conforme reflete o acórdão infra, que teve origem no voto da minha autoria, aprovado à unanimidade:

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO – ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO E DECLARADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO MONOCRÁTICA.

Carece de suporte de fato e de direito o lançamento de ofício que tem por objeto a constituição do crédito tributário referente à diferença do imposto devido e declarado, porém recolhido apenas em parte, sempre que a providência do Fisco é efetuada após o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, posto que, nessas circunstâncias, restou fulminado pela decadência o direito de o Estado realizar o lançamento. **(Acórdão CRF nº 049/2014, DOE de 26/02/2014.** Rec. Vol. CRF 315/2011. Rel. Consª. Maria das Graças D. O. Lima).

MÉRITO

A questão de fundo a deslindar reside em saber se os produtos constantes da relação de fls. 6 a 28, da autoria da Fiscalização, estão adstritos à sistemática de tributação da Substituição Tributária, caso em que lhes competiria a aplicação da MVA constante no Anexo 5 do RICMS/PB, ou, na

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

conformidade da pretensão da recorrente, sujeitos à sistemática normal de tributação, circunstância que requereria a aplicação da MVA prevista no Termo de Acordo nº 059/202, firmado entre esta e a Secretaria de Estado da Receita.

Como fundamento de sua pretensão, a recorrente alega que, no tocante ao produto tido como hidratante, pela Fiscalização, trata-se, na sua ótica, de desodorante, de forma que a este se aplicaria a MVA de 30% prevista no referido Termo de Acordo, por não haver, no Anexo 5 do RICMS/PB, menção a "desodorante" e que o termo "hidratantes" está previsto no referido Anexo com um item específico, o item 9, sem qualquer especificação de NCMs.

Quanto aos produtos "*creme dental"* e "*enxaguatório bucal",* defende que o NCM constante no Anexo 5 do RICMS/PB abrange de forma genérica para *"produtos de higiene bucal e dentifrícia",* com apenas um NCM.

Por esses fatos, concluiu que não se pode utilizar em lista de substituição um NCM genérico, no qual estariam incluídas as subdivisões.

A esses questionamentos, aduz que nenhum dos lançamentos aponta em quais itens da lista do Anexo 5 estariam os NCMs constantes na planilha da Fiscalização o que teria inviabilizado a contento sua defesa e suscitaria a nulidade desse lançamentos, por ofensa aos arts. 3º e 142 do CTN.

Inicialmente, faz-se necessário observar que em qualquer circunstância, a recorrente é substituta tributária em relação aos produtos que comercializa neste Estado com destino a consumidores finais, através de seus revendedores autônomos, conforme se infere da Cláusula Primeira do Termo de Acordo nº 059/2002, que reza:

"Cláusula Primeira – Fica concedido à ***NATURA COSMÉTICOS S.A****. Regime Especial para, na qualidade de contribuinte substituto, assumir a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS incidente sobre as mercadorias remetidas pelo seu estabelecimento comercial com destino a revendedores autônomos localizados no Estado da Paraíba, em obediência às normas vigentes no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e neste termo de Acordo".*

Pelo exposto, resta evidente que as operações realizadas pela recorrente, com destino a Paraíba, são reguladas por ambos os diplomas legais, mencionados na cláusula acima transcrita.

Reza, ainda, o Termo de Acordo, que:

"Cláusula Segunda - A base de cálculo do imposto será o valor da operação por ela praticada, incluindo frete, seguro e demais despesas cobradas e debitadas do destinatário, acrescido do percentual de 30% (trinta por cento), caso não exista percentual de agregação específico para a mercadoria..."

Diante do que, é necessário considerar, em primeiro plano, que o produto tratado pela Fiscalização como "hidratante", é considerado pela recorrente como sendo desodorante corporal, consoante pretende demonstrar por meio do documento de fls. 95 a 119 (Resposta de consulta formalizada a escritório de advocacia), classificado na posição 3307 do NCM, o que estaria correto casso fosse mesmo essa a sua categoria.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Porém, a materialidade da infração reside na especificação dos produtos efetuada na nota fiscal pela própria recursante, quando do cumprimento da obrigação de realizar a descrição dos produtos no documento fiscal emitido (art. 150, IV do RICMS/PB c/c a Cláusula Quinta, primeira parte, do Termo de Acordo nº 093/2001), diante da qual a autoridade fiscal afirma que "na análise da descrição dos produtos em questão, constatamos que de fato as mercadorias são hidratantes" (contestação de fl. 123).

Outro elemento que, segundo a Fiscalização, confirma a classificação do produto como hidratante é a descrição deste nas suas próprias embalagens, que deve revelar o conteúdo, diante da qual esta reafirma se tratar mesmo de hidratante.

Frente a esses fatos, entendo que as alegações e provas recursais se caracterizam frágeis para afastar a acusação fiscal em exame, visto que não desclassificam a categoria de hidratante do produto feita pela própria empresa, tanto na descrição destes na nota fiscal como na embalagem das mercadorias;

Em assim sendo, não há como afastar a aplicação da MVA prevista no Anexo 5 do RICMS/PB, para o produto hidratante, ao argumento de que o referido diploma legal contém esse produto na sua relação porém não possui um NCM específico para sua classificação, porquanto, o que me parece incoerente e se revela incapaz de afastar a exigência fiscal é a impropriedade da conduta adotada pela recorrente, quando considera o produto como desodorante corporal quando do ICMS/ST a recolher, sem base material e legal para tanto, quando ela própria já o classificara como hidratante na nota fiscal emitida e na embalagem do produto.

Destarte, não é demais lembrar a disposição contida no § 7º do art. 390 do RICMS/PB, segundo o qual "é irrelevante para a cobrança do ICMS a incorreta classificação das mercadorias constante no Anexo 05, na Nomenclatura Comum do Mercosul NCM (Decreto nº 20.198/08)".

Diante dessas constatações e considerando o fato de que na oportunidade da lavratura de outro auto infracional – Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001472/2013-40 -, lavrado em 9/9/2013, mediante o qual a recorrente foi acusada de idêntica infração que teve como objeto material o produto hidratante, esta promoveu ao pagamento da diferença não paga do imposto, calculada com o MVA no percentual previsto no Anexo 5 do RICMS/PB, conforme se atesta na informação colhida no sistema de dados desta Secretaria de Estado, cujo documento faço juntar aos autos, às fls. e fls., o que caracteriza reconhecimento expresso da recorrente sobre a regularidade da ação fiscal alicerçada na cobrança do ICMS/ST retido a menor, porque calculado com base em MVA inferior à prevista para hidratante no Anexo 5 do RICMS/PB.
Quanto aos argumentos utilizados pela empresa para rechaçar a cobrança do ICMS/ST sobre os produtos creme dental e enxaguatório bucal, entendo que carecem de suporte factual e legal.

Com efeito, os produtos constam no Anexo 5 do RICMS/PB, como "pastas dentifrícias" e "preparação para higiene bucal e dentária", com NCM 3306.10.00 e 3306.90.00, previstos no referido Anexo, o qual adotou os mesmos códigos NCM do Mercosul, como 3306.10.00 (dentifrícios) e 3306.90.00 (outros), de forma que, nesse aspecto, mesmo não havendo divergência entre ambas as previsões, aplica-se a MVA do Anexo 5.

Além disso, o auto infracional não é o instrumento apropriado para se fazer constar o detalhamento da formação da base de cálculo do imposto, como a MVA aplicada em face da unidade federada da origem da mercadoria. As informações sobre os elementos constitutivos da base de cálculo do ICMS/ST apurado constam detalhadas nas planilhas, de fls. 6 a 28 e 140 a 162, que instruem os libelos acusatórios em exame, as quais é dado o acesso ao contribuinte autuado, para delas tomar conhecimento, por si ou por seu procurador, a qualquer tempo que solicitar.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Com esses fundamentos, reformo a decisão singular para manter a exação fiscal relacionada ao ICMS/ST sobre as operações com os produtos hidratantes, creme dental e enxaguatório bucal.

PENALIDADE

Em relação à tese de confisco manejada no recurso em foco, creio que a mesma não possui força para prosperar, visto que o agente administrativo, categoria onde se insere este órgão de julgamento, está adstrito ao princípio da legalidade administrativa. Portanto, somente pode agir nos limites da lei. Esta, enquanto válida e vigente, deve ser aplicada aos casos que a se adequam, como no caso em tela.

Assim, considerando a questão ainda não definitivamente julgada nesta Corte, impõe-se confirmar a decisão “a quo”, que nesse aspecto aplicou ao fato as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13) com efeitos a partir de 01/0/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício 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.

Nesse sentido, é cabível 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 da multa por infração passa a ser calculado com base no percentual de 100%, fixando-se o crédito tributário devido consoante os valores abaixo:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Auto de Infração

Período	ICMS	M. por Infração	Total
O1/2005	0,00	0,00	0,00
02/2005	0,00	0,00	0,00
03/2005	0,00	0,00	0,00
04/2005	0,00	0,00	0,00
05/2005	0,00	0,00	0,00

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

06/2005	0,00	0,00	0,00
07/2005	0,00	0,00	0,00
08/2005	0,00	0,00	0,00
09/2005	0,00	0,00	0,00
10/2005	2.880,03	2.880,03	5760,06
11/2005	6.294,39	6.294,39	12588,78
12/2005	1.825,85	1.825,85	3651,7
01/2006	2.771,32	2.771,32	5542,64
02.2006	917,80	917,80	1835,6
03/2006	1.673,45	1.673,45	3346,9
04/2006	3.243,73	3.243,73	6487,46

05/2006	06/2006	07/2006	08/2006	09/2006	10/2006	11/2006
1.359,39	1.359,39				2718,78	
1.359,39	1.359,39				2718,78	
	1.767,85	1.767,85			3535,7	

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

1.238,53	1.238,53	2477,06
2.719,68	2.719,68	5439,36
1.125,72	1.125,72	2251,44
2.828,46	2.828,46	5656,92
1.647,20	1.647,20	3294,4

Período

01/2005

01/2006

03/2006

10/2006

05/2006

04/2005

08/2005

10/2005

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

02/2006

04/2006

08/2006

09/2005

11/2005

07/2006

02/2005

03/2005

05/2005

06/2006

11/2006

06/2005

12/2005

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

07/2005

09/2006

TOTAL C. TRIBUTÁRIO

1.359,39	1.359,39	2718,78
1.767,85	1.767,85	3535,7
1.238,53	1.238,53	2477,06
2.719,68	2.719,68	5439,36
1.125,72	1.125,72	2251,44
2.828,46	2.828,46	5656,92
1.647,20	1.647,20	3294,4

Termo de Infração Continuada

ICMS	M. por Infração	Total
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

60,24	60,24	120,48
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
27,76	27,76	55,52
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
18,16	18,16	36,32
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
23,16	23,16	46,32
7,28	7,28	14,56
0,00	0,00	0,00

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

0,00	0,00	0,00
0,00	0,00	0,00
34,65	34,65	69,3
32.464,65	32.464,65	64929,3

Diante do exposto,

VOTO

pelo recebimento dos Recursos **HIERÁRQUICO,** por regular, e **VOLUNTÁRIO**, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo **PARCIAL PROVIMENTO** de ambos, para alterar quanto aos valores a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **n.º 933000008.09.00000556/2010-13** (fls. 03 e 04), de 30/9/2010,

complementado pelo Termo de Infração Continuada (fls. 136 a 138), datado de 2/6/2011, ambos lavrados contra a empresa **NATURA COSMÉTICOS S/A.,** inscrita no CCICMS sob nº 16.900.444-9, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no montante de R$ 64.929,30 (sessenta e quatro mil, novecentos e vinte e nove reais e trinta centavos), constituído do ICMS no valor de R$ 32.464,65 (trinta e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e sessenta e cinco centavos), por infringência aos arts. 395, 397, II, e 399, II, “a”, do RICMS/PB, e da multa por infração no mesmo valor, fundamentada no art. 82, V, “g”, da Lei Estadual nº 6.379/96, com as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13).

Ao mesmo tempo cancelo, por indevido, o montante de R$ 86.741,16, sendo R$ 18.092,17 de ICMS e R$ 68.648,99 de multa por infração, pelos fundamentos acima expendidos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de junho de 2015.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora

Phoca PDF