

PROCESSO Nº 1762582017-3

ACÓRDÃO Nº 0046/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: FUJI S/A MÁRMORES E GRANITOS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE.

Advogados: Sr.^aAMANDA COSTA SOUZA VILLARIM, inscrita na OAB/PB sob o nº 13.314 E OUTROS (EUFRAZINO, VILLARIM & CHAVES ADVOGADOS).

Autuantes: FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA e NEWTON ARNOUD SOBRINHO.

Relator: CONS.^o SUPLENTE HEITOR COLLETT

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTORNO DE DÉBITO. IMPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. INFRAÇÃO CONFIGURADA. RECONHECIDA DE OFÍCIO A DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. NULIDADE AFASTADA. REFORMADA A DECISÃO A QUO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A notificação prévia para a suspensão do benefício do FAIN não se aplica ao ato do lançamento tributário.
- Inadimplência do "ICMS DEVIDO" não configurada, nos termos da legislação do FAIN.
- Decadência reconhecida de ofício de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no artigo 150, § 4º do CTN e artigo 22, § 3º, da Lei nº 10.094/13.
- A utilização de crédito fiscal deverá observar os dispositivos da norma tributária.
- O direito a crédito pela entrada de energia elétrica só será devido quando consumida no processo de industrialização.
- Não comprovada importação anterior que apoiasse o estorno de débito pelas saídas com alíquota a maior objeto de importação anterior.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para reformar de ofício a sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002826/2017-05, lavrado em 29/11/2017, contra a empresa, FUJI S/A MARMORES E GRANITOS, inscrição estadual nº 16.118.561-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor total de R\$ 977.225,74 (novecentos e setenta e sete mil, duzentos e vinte e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 488.612,87 (quatrocentos e oitenta e oito mil, seiscentos e doze reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, nos termos do art. 13, VIII, art.

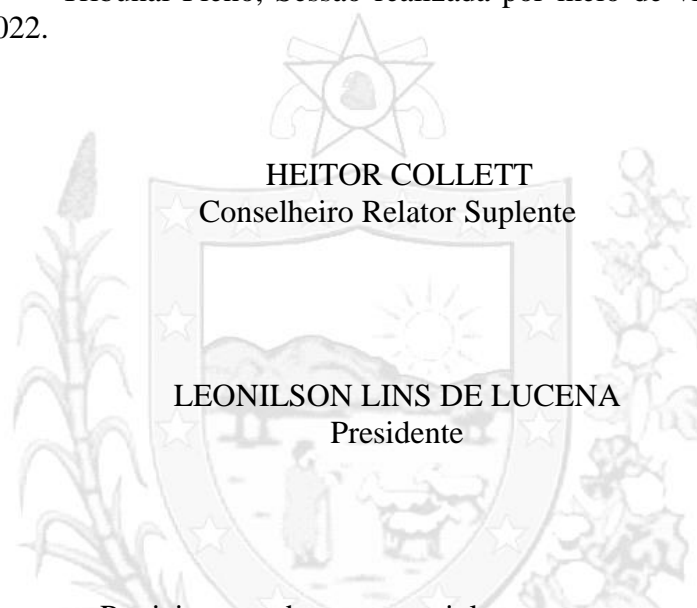
72, §1º, I e II, “b”, e §8º, e art. 106; do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 488.612,87 (quatrocentos e oitenta e oito mil, seiscentos e doze reais e oitenta e sete centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo, em que cancelo, por indevido, os lançamentos referentes aos meses de outubro e novembro de 2012, alcançados pela decadência, no valor total de R\$ 29.064,36; sendo de ICMS R\$ 14.532,18 e R\$ 14.532,18, de multa por infração.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de janeiro de 2022.



Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora

PROCESSO Nº 1762582017-3

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: FUJI S/A MÁRMORES E GRANITOS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE.

Advogados: Sr.^aAMANDA COSTA SOUZA VILLARIM, inscrita na OAB/PB sob o nº 13.314 E OUTROS (EUFRAZINO, VILLARIM & CHAVES ADVOGADOS).

Autuantes: FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA e NEWTON ARNOUD SOBRINHO.

Relator: CONS.^o SUPLENTE HEITOR COLLETT

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTORNO DE DÉBITO. IMPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. INFRAÇÃO CONFIGURADA. RECONHECIDA DE OFÍCIO A DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS. NULIDADE AFASTADA. REFORMADA A DECISÃO A QUO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A notificação prévia para a suspensão do benefício do FAIN não se aplica ao ato do lançamento tributário.

- Inadimplência do "ICMS DEVIDO" não configurada, nos termos da legislação do FAIN.

- Decadência reconhecida de ofício de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no artigo 150, § 4º do CTN e artigo 22, § 3º, da Lei nº 10.094/13.

- A utilização de crédito fiscal deverá observar os dispositivos da norma tributária.

- O direito a crédito pela entrada de energia elétrica só será devido quando consumida no processo de industrialização.

- Não comprovada importação anterior que apoiasse o estorno de débito pelas saídas com alíquota a maior objeto de importação anterior.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002826/2017-05**, lavrado em 29/11/2017, contra a empresa **FUJI S/A MÁRMORES E GRANITOS**, inscrição estadual nº 16.118.561-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/10/2012 e 31/12/2014, em que consta a seguinte denúncia:

0325 - **FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL**
>> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: TAL IRREGULARIDADE SE VERIFICOU PELO FATO DE O CONTRIBUINTE EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO FISCAL PERTINENTE, APROVEITOU INDEVIDAMENTE CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS ORIUNDOS DE:

- A) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO, NUMA AFRONTA AO ART. 72, §1º, I, DO RICMS/PB APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97;
 - B) DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ATINENTE ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO, NUMA AFRONTA AO ART. 72, §1º, I, DO RICMS/PB APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97, DISSIMULADOS POR MEIO DE LANÇAMENTOS NO SPED FISCAL, MAIS PRECISAMENTE NO REGISTRO E111, SOB A RUBRICA DE OUTROS CRÉDITOS PARA AJUSTE DE APURAÇÃO DO ICMS PARA PB - OUTROS CRÉDITOS PARA AJUSTE DE APURAÇÃO DO ICMS;
 - C) ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA PROPRIAMENTE DITA NO ESTABELECIMENTO, CONFIRMANDO UMA AFRONTA AOS SEGUINTE DISPOSITIVOS LEGAIS: §1º, II, B, C/C §8º DO ART. 72 DO RICMS/PB APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97, HAJA VISTO NÃO TEREM SIDO CONSUMIDAS NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO;
 - D) PELO ESTORNO DE DÉBITO FISCAL, CONFORME REGISTRO E111 DO SPED FISCAL, SOB O PRETEXTO DE TER APLICADO ALÍQUOTA MAIOR QUE A DEVIDA QUE SERIA DE 4% (ART. 13, VIII, DO RICMS/PB), QUANDO, DE FATO, PELA REALIDADE APRESENTADA ATRAVÉS DAS NFE DE SAÍDAS NÃO FICOU VISLUMBRADA TAL SITUAÇÃO, OU SEJA, NÃO SE COMPROVOU QUE AS SAÍDAS SE OPERARAM COM BASE NO ART. 13, VIII, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97, CONFIGURANDO-SE, ASSIM, NUMA AFRONTA A LEGISLAÇÃO PERTINENTE.
- TODAS AS IRREGULARIDADES APONTADAS ESTÃO DEVIDAMENTE SOLIDADAS EM DEMONSTRATIVOS ANALÍTICOS E SINTÉTICOS, MÍDIA DIGITAL E DOCUMENTOS ANEXADOS AOS AUTOS.

Foram dados como infringidos, o artigo 106, complementado pela Nota Explicativa com os artigos 13, VIII; 72, §1º, I e II, “b”, e §8º; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo apurado um crédito tributário no valor total de **R\$ 1.006.290,10**, sendo, **R\$ 503.145,05, de ICMS e R\$ 503.145,05, de multa por infração**, fundamentada no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Embasando a denúncia, a fiscalização trouxe, às fls. 05 a 35 dos autos, o memorial descritivo, as planilhas nas quais estão demonstrados os créditos indevidos, a reconstituição da conta gráfica e, ainda, mídia em CDR, contendo os arquivos com as operações que serviram de base para a acusação.

O contribuinte foi previamente notificado, “para detalhar e informar a destinação dos produtos relacionados no Anexo 01 da notificação, e comprovar documentalmente a origem dos créditos de ICMS utilizados no Registro E111 da EFD”:

01147691/2017 - NOTIFICACAO DE ORDEM DE SERVICO	
- Destinatário:	161185614 - FUJI S/A MARMORES E GRANITOS
- Responsável:	1454552 - FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA

- Elemento Organizacional:	90301004 - CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE
-----------------------------------	--

01162568/2017 - NOTIFICACAO DE ORDEM DE SERVICIO	
- Destinatário:	161185614 - FUJI S/A MARMORES E GRANITOS
- Responsável:	1454552 - FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA
- Elemento Organizacional:	90301004 - CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Cientificada do resultado da presente ação fiscal, por via postal, através de Aviso de Recebimento – AR, em 20/12/2017 (fl. 37), a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 19/01/2018 (fl. 39 a 43), com os seguintes fundamentos em sua defesa:

a) Da nulidade do lançamento oficial por violação à legislação especializada, no caso a LOE nº 9.881, de 19/9/2012, que alterou a LOE nº 6.000/94, que apoia o Fundo de Apoio à Industrialização do Estado da Paraíba. Nulidade por falta de procedibilidade da Denúncia Fiscal. Impossibilidade Jurídica do Pedido (acusação) inciso VI DO art. 267 do CPC de 1973. Remetida a falta de procedibilidade para o art. 487 do CPC;

b) A lei 9.881/12 impediu que o contribuinte do FAIN fosse primeiramente autuado sem que anteriormente houvesse sido notificado para regularizar-se em face de possível descumprimento de obrigação acessória ou principal;

c) Com o advento da Lei 9.881/12 e o Decreto nº 34.753, de 07/01/2014, que dá nova redação ao Decreto nº 17.252/96, não se pode autuar por infração quem – do FAIN – se encontrar em inadimplemento com obrigação principal ou acessória, sem que, precedentemente se notifique o beneficiário do Fundo de Apoio à Industrialização pelo instituto da notificação que consiste na contemplação do estado de espontaneidade para regularização da ocorrência;

d) Que, em tempo certo e tecnicamente adequado, se dignará enfrentar o mérito da presente demanda rechaçando-a no que for improcedente e acatando-a naquilo que entender devido.

Requer a Impugnante a nulidade do lançamento fiscal e que seja determinado ao Fisco que expeça a notificação no estrito teor da regência da Lei 9.881/12 e do Decreto 34.753/14, devolvendo-se a condição de procedibilidade a qualquer denúncia fiscal contra empresas do FAIN.

Com informação de antecedentes fiscais, porém sem caracterizar reincidência, os autos foram enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Lindemberg

Roberto de Lima, que decidiu pela procedência do feito fiscal (fl. 51-58), com a seguinte Ementa:

PRELIMINAR. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INDEVIDO. MERCADORIA PARA USO E CONSUMO. ENERGIA ELÉTRICA. DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS MERCADORIA PARA USO E CONSUMO. ESTORNO DE DÉBITO. DENÚNCIA CONFIRMADA.

- Rejeição da preliminar de nulidade do auto de infração por falta de notificação disciplinada no §1º, do, art. 8º da Lei nº 6.000/94 e regulamentada no art. 32 do Decreto 17.252/1994, uma vez que tal notificação somente é obrigatória como condição para o afastamento do benefício do FAIN, por motivo de existência de infrações tributárias já constituídas (principais ou acessórias). *In casu*, para constituição do crédito tributário de falta de recolhimento do ICMS por créditos fiscais indevidos, não se mostra obrigatória a notificação prévia ao auto de infração, mas facultativa, na forma dos art. 53 da Lei 10.094/2013 e o art. 642 do RICMS/PB.

- Mantida a acusação de falta de recolhimento do ICMS por créditos indevidos, conforme repercussão tributária apurada na reconstituição da conta corrente do ICMS, por motivo da legalidade do procedimento e da falta de contestação da defesa.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada, da decisão de primeira instância no seu Domicílio Tributário Eletrônico, em 06/11/2019 (fl. 61), a autuada apresentou recurso voluntário tempestivo, em 03/12/2019, onde, em síntese, **argui a nulidade do auto de infração, por não ter sido precedido da notificação (dupla visita) de que trata o artigo 8º da Lei nº 6.000/94** (fl. 63 a 70), mencionando julgado proferido pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, no Processo 1072392017-6.

Remetidos, a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria.

Considerando o pedido de sustentação oral requerido às fls. 70, solicitamos à Assessoria Jurídica desta Casa a emissão de parecer quanto à legalidade do lançamento, nos termos do art. 20, X, da Portaria nº 0080/2021/SEFAZ, o qual foi juntado aos autos às fls.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002826/2017-05, lavrado em 29/11/2017, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

DECADÊNCIA

Destaca-se preliminarmente, que a decadência deve ser analisada de ofício pelos órgãos julgadores, ainda que não tenha sido suscitada e, no caso em exame, estamos ante a situação em que a autuada teria apresentado regularmente suas declarações da EFD à Fazenda Estadual e realizado o pagamento do imposto, ainda que de modo parcial, ou a menor do que o devido, o que, evidentemente, demonstra que as operações objeto da autuação já eram de conhecimento do FISCO Estadual à época dos fatos geradores. Sendo assim, em consonância com o art. 22, § 3º, da Lei nº 10.094/2013, não resta dúvida de que o prazo decadencial para a constituição do crédito submete-se à regra imposta pelo § 4º do artigo 150 do CTN, e não a do artigo 173, I, do CTN.

Em consulta ao Sistema ATF desta, pode-se confirmar que a autuada entregou as declarações da EFD com as informações fiscais necessárias e suficientes para a fiscalização identificar as irregularidades objeto da presente autuação.

Neste norte, como **a ciência do Auto de Infração em tela ocorreu em 20/12/2017** (fl. 37) e, para o caso em questão, o prazo decadencial tem como referência a ocorrência do fato gerador, devem, portanto, serem **excluídos da autuação, os lançamentos referentes aos fatos geradores ocorridos até 20/12/2012, ou seja, os meses de outubro e novembro de 2012**, identificados na inicial, no **valor total de R\$ 29.064,36; sendo de ICMS R\$ 14.532,18 e R\$ 14.532,18, de multa por infração.**

NULIDADE.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com as determinações do art. 142 do CTN, abaixo transcrito:

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.

Da mesma forma, estão delineadas as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos artigos. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT):

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

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;

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.

Com relação aos proclames da recorrente, arguindo a nulidade do auto de infração, por vício formal, por não ter sido precedido de notificação prévia, nos termos do artigo 8º § 1º, da Lei nº 6.000/94, deve-se considerar que o dispositivo incluído no referido diploma legal trata de intimação dirigida ao contribuinte para quitação de débito vencido ou cumprimento de eventual obrigação acessória, antes do ato de suspensão do benefício fiscal, não possuindo o condão de obstacular a constituição do crédito tributário pelo lançamento.

Vejamos o texto normativo:

Lei nº 6.000/94.

Art. 8º A liberação de recursos do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial da Paraíba - FAIN, em nenhuma hipótese poderá ser realizada em favor de empresas inadimplentes com a Fazenda Estadual.

(Redação do parágrafo dada pela Lei Nº 11032 DE 12/12/2017):

§ 1º Para efeito do disposto no "caput" deste artigo, a fruição do benefício fiscal do Termo de Acordo de Regime Especial, previsto no § 2º do art. 2º desta Lei, será suspensa quando débitos do ICMS de períodos de apuração posteriores à concessão do benefício fiscal não forem extintos por pagamento ou quando houver descumprimento de obrigação acessória, devendo a suspensão ser:

I - precedida de notificação ao contribuinte emitida pela Secretaria de Estado da Receita para que este comprove o cumprimento de obrigação acessória ou o pagamento do ICMS devido, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência.

Regulamentando a matéria, foi editado o Decreto nº 17.252/94, o qual foi posteriormente alterado pelo Decreto nº 33.372/12:

Art. 6º (Omissis)

(...)

Parágrafo 4º - A empresa beneficiária do FAIN, com atraso no recolhimento do ICMS devido, por período superior a 30 (trinta) dias ou com débito junto aos órgãos estaduais ou municipais onde esteja localizada, não gozará do direito de usufruir o incentivo, revertendo ao Tesouro do Estado as parcelas do benefício relativo ao ICMS recolhido fora do prazo, observado o disposto no parágrafo 7º, desde artigo.

Nova redação dada ao parágrafo 4º do art. 6º pelo art. 1º do Decreto nº 33.372/12 (DOE de 10.10.12). Efeitos a partir de 20 de setembro de 2012.

§ 4º - A empresa beneficiária do FAIN, com atraso no recolhimento do ICMS devido ou com débito junto aos órgãos estaduais ou municipais onde esteja localizada, não gozará do direito de usufruir o incentivo, revertendo ao Tesouro do Estado as parcelas do

benefício relativo ao ICMS recolhido fora do prazo, sem prejuízo do disposto no art. 32 deste Decreto.

Nova redação dada ao Parágrafo 4º pelo inciso I do art. 1º pelo Decreto nº 34.753/2014 (DOE de 08.01.2014).

§ 4º A empresa beneficiária do FAIN, em situação de inadimplência em relação ao ICMS devido, na forma do § 1º do art. 32 deste Decreto, ou com débito junto aos órgãos estaduais ou municipais onde esteja localizada, não gozará do direito de usufruir o incentivo.

Art. 32 - O inadimplemento de quaisquer das obrigações contratuais, inclusive fiscais, por parte da empresa beneficiária, implica na imediata suspensão das liberações, podendo a CINEP promover a rescisão do contrato e a exclusão da empresa do programa, “ad referendum” do Conselho Deliberativo.

Nova redação dada ao art. 32 pelo art. 1º do Decreto nº 33.372/12 (DOE de 10.10.12). Efeitos a partir de 20 de setembro de 2012.

Art. 32 - As empresas inadimplentes com quaisquer das obrigações contratuais, inclusive fiscais, terão a imediata suspensão das liberações, podendo a CINEP promover a rescisão do contrato e a exclusão da empresa do programa, “ad referendum” do Conselho Deliberativo.

§ 1º Para efeito do disposto no “caput”, é considerada inadimplente a empresa que não cumprir, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência da Notificação pela falta de recolhimento de ICMS ou pelo descumprimento de obrigação acessória, emitida pela Secretaria de Estado da Receita.

Nova redação dada ao parágrafo 1º do art. 32º pelo inciso II do art. 1º do Decreto nº 34.753/2014 (DOE de 08.01.2014).

§ 1º Para efeito do disposto no “caput”, é considerada inadimplente a empresa que não cumprir, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência da Notificação pela falta de recolhimento de ICMS ou pelo descumprimento de obrigação acessória, emitida pela Secretaria de Estado da Receita. (OBS: Foi sugerido nova redação apenas em relação a mudança do símbolo de parágrafo pelo nome parágrafo, o que não foi reproduzido pela casa civil)

§ 2º Ocorrendo recolhimento do ICMS devido no período de vigência da Notificação, o valor será recolhido com os encargos previstos na legislação tributária deste Estado.

Nova redação dada ao parágrafo 2º do art. 32º pelo inciso II do art. 1º do Decreto nº 34.753/2014 (DOE de 08.01.2014).

§ 2º O recolhimento do ICMS devido fora do prazo ou no período de vigência da notificação implicará apenas na aplicação dos acréscimos legais previstos na legislação tributária deste Estado.

A exigência de dupla notificação, nos termos do artigo 8º, §2º, da Lei nº 6.000/94, combinado com a redação vigente do art. 32 do Decreto 17.252/1994, somente pode ser compreendido como aquele sobre o qual inexistente qualquer dúvida quanto à condição de devedor do sujeito passivo, ou seja, o que fora declarado e não recolhido pelo contribuinte ou o decorrente de Auto de Infração definitivamente julgado.

No caso dos autos, não há que se falar ainda em ICMS DEVIDO, o que afasta a exigência de notificação prévia, uma vez que os lançamentos indicados na inicial somente serão devidos (ou parcialmente devidos) após decisão do Conselho de Recursos Fiscais sobre a qual não caiba mais recurso. Portanto, a falta da “dupla notificação” prevista no art. 8º, da Lei nº 6.000/94 não impede a apuração e lançamento de créditos tributários por descumprimento de regras de cálculo do crédito presumido do FAIN, tendo em vista que não houve desconsideração ou suspensão do benefício fiscal.

Este foi o entendimento do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, proferido em caso semelhante, pelo Tribunal Pleno de Julgamento, em sua 94ª Sessão,

realizada em 31 de maio de 2021, coincidentemente, no mesmo processo mencionado pela recorrente. *In verbis*:

Processo nº 1072392017-6

ACÓRDÃO nº 286/2021

RECURSO DE OFÍCIO

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DO CARIRI LTDA

Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ –
CAMPINA GRANDE

Autuantes: MARCELO CRUZ DE LIRA E MÔNICA GONÇALVES DE SOUZA MIGUEL

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

Relator do voto vista: CONS.^o SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

“DECADÊNCIA – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 150, § 4º, DO CTN – PRELIMINAR DE NULIDADE – REJEITADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS E FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – DENÚNCIAS CONFIGURADAS – PARCELAMENTO – RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE DEVEDOR – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO – AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS - INFRAÇÃO CARACTERIZADA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A ausência de provocação por parte da defesa quanto à decadência de crédito tributário lançado não exime os órgãos julgadores de analisar a questão, devendo, quando configurada a prejudicial de mérito, ser ela reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estabelece o artigo 22, §1º, da Lei nº 10.094/13.

- Não se sustenta a denúncia quando, nos autos, não estão contempladas provas suficientes para que se possa demonstrar o cometimento da infração e garantir ao crédito tributário a liquidez e a certeza necessárias à sua constituição.

- **A fruição do benefício do crédito presumido do FAIN está condicionada ao cumprimento das regras disciplinadas em Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e a Secretaria de Estado da Fazenda.**

- **Não configurada a existência de descompasso entre as disposições contidas no Termo de Acordo e aquelas previstas na Resolução do FAIN.”**

Assim, não se deve confundir o ato que suspende a fruição do benefício fiscal previsto no Termo de Acordo, que deve ser precedido de notificação, com o ato de lavratura de auto de infração para constituição do crédito tributário, que deve seguir os requisitos do CTN e da Lei nº 10.094/2013 (lei do PAT).

Cabe lembrar ainda, que o artigo 142 do CTN é taxativo ao estabelecer no seu parágrafo único que “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

Portanto, venho a rejeitar a preliminar.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL

A acusação trata de falta de recolhimento do imposto estadual nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, onde a fiscalização efetuou a reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, apurando diferença de ICMS a exigir, após, glosar créditos apropriados indevidamente pelo contribuinte, conforme demonstrativos às fls. 10 a 12, dos autos e as irregularidades descritas na Nota Explicativa do auto de infração:

A) Crédito Indevido - Mercadorias Destinadas ao Uso e/ou Consumo.

Como primeira irregularidade, a fiscalização levantou que a empresa utilizou indevidamente crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos (fl. 13 a 19), com infringência do art. 72, §1º, I, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020.

B) Crédito Indevido - Mercadorias Destinadas ao Uso e/ou Consumo.

Na segunda irregularidade, a auditoria, também, levantou a apropriação indevida de crédito fiscal, pelas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo, lançadas indevidamente no registro E111 do SPED Fiscal, sob a rubrica outros créditos para ajuste na apuração do ICMS, em afronta ao art. 72, §1º, I, do RICMS/PB, conforme demonstrativos (fl. 20 a 22).

C) Crédito Indevido – Energia Elétrica.

Nesta irregularidade, foi apurado pela fiscalização que a empresa utilizou créditos pelas aquisições de energia elétrica não consumida no processo produtivo industrial da empresa, conforme demonstrativo (fl. 32), em desacordo com o art. 72, II, b, do RICMS/PB, abaixo reproduzido.

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

(...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

D) Estorno de Débito por Utilização de Alíquota Indevida.

Na última irregularidade, a auditoria apurou que o contribuinte efetuou estorno de débito fiscal, lançando valores no Registro E111 do SPED, para compensar saídas com alíquota maior que a devida, em operações de saídas interestaduais, como se fossem mercadorias de origem estrangeira, conforme demonstrativos e documentos às fls. 23 a 31 dos autos, em desacordo com o art. 13, VIII, do RICMS/PB.

Por outro lado, a Recorrente, ataca apenas os aspectos formais do lançamento, não trazendo qualquer argumento ou documento capaz de elidir os fatos apurados pela fiscalização.

Neste sentido, a utilização de crédito fiscal pelas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo e pelas entradas de energia elétrica não consumidas no processo produtivo da empresa contrariam o disciplinamento do art. 72, II, “b” e §1º, I, do RICMS/PB, acima reproduzidos.

Da mesma forma, a recorrente não logrou êxito em provar que as saídas realizadas fossem objeto de importação anterior, para se beneficiar da alíquota de 4% (quatro por cento), conforme prevê o art. 13, VIII, do RICMS/PB:

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

VIII - 4% (quatro por cento), nas operações interestaduais que destinem bens e mercadorias importados do exterior a contribuintes ou não do imposto que, após o desembaraço aduaneiro, observado o disposto nos §§ 2º a 5º deste artigo e no art. 265-C deste Regulamento (Convênio ICMS 123/12).

Configurada as irregularidades, fica o contribuinte sujeito à exigência do imposto na forma do art. 106, IV, do RICMS/PB:

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

(...)

IV - até o 10º (décimo) dia do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos casos de estabelecimentos industriais.

Como penalidade, foi, corretamente, aplicada multa de 100% (cem por cento), nos termos do art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzido:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

V - de 100% (cem por cento):

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Por fim, excluídos os lançamentos alcançados pela decadência, relativos aos fatos geradores ocorridos nos meses de outubro e novembro de 2012, restam devidos os

seguintes valores de crédito tributário no Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002826/2017-05:

L.	infra	Mês	ICMS	%Multa	MULTA	TOTAL
1	0325	out-12	decadência			
2	0325	nov-12	decadência			
3	0325	mai-13	24.641,65	100,00	24.641,65	49.283,30
4	0325	jun-13	26.887,98	100,00	26.887,98	53.775,96
5	0325	ago-13	30.010,72	100,00	30.010,72	60.021,44
6	0325	set-13	53.747,45	100,00	53.747,45	107.494,90
7	0325	out-13	67.209,21	100,00	67.209,21	134.418,42
8	0325	nov-13	24.101,63	100,00	24.101,63	48.203,26
9	0325	dez-13	33.047,72	100,00	33.047,72	66.095,44
10	0325	jan-14	24.842,61	100,00	24.842,61	49.685,22
11	0325	fev-14	24.235,25	100,00	24.235,25	48.470,50
12	0325	mar-14	15.081,33	100,00	15.081,33	30.162,66
13	0325	abr-14	9.452,70	100,00	9.452,70	18.905,40
14	0325	mai-14	7.947,05	100,00	7.947,05	15.894,10
15	0325	jun-14	34.249,72	100,00	34.249,72	68.499,44
16	0325	jul-14	19.770,83	100,00	19.770,83	39.541,66
17	0325	ago-14	28.923,09	100,00	28.923,09	57.846,18
18	0325	set-14	12.398,24	100,00	12.398,24	24.796,48
19	0325	out-14	31.166,11	100,00	31.166,11	62.332,22
20	0325	nov-14	11.265,34	100,00	11.265,34	22.530,68
21	0325	dez-14	9.634,24	100,00	9.634,24	19.268,48
		Total:	488.612,87		488.612,87	977.225,74

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para reformar de ofício a sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002826/2017-05, lavrado em 29/11/2017, contra a empresa, FUJI S/A MARMORES E GRANITOS, inscrição estadual nº 16.118.561-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor total de R\$ 977.225,74 (novecentos e setenta e sete mil, duzentos e vinte e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 488.612,87 (quatrocentos e oitenta e oito mil, seiscentos e doze reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, nos termos do art. 13, VIII, art. 72, §1º, I e II, “b”, e §8º, e art. 106; do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 488.612,87 (quatrocentos e oitenta e oito mil, seiscentos e doze reais e oitenta e sete centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo, em que cancelo, por indevido, os lançamentos referentes aos meses de outubro e novembro de 2012, alcançados pela decadência, no valor total de R\$ 29.064,36; sendo de ICMS R\$ 14.532,18 e R\$ 14.532,18, de multa por infração.

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

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de janeiro de 2022.

Heitor Collett
Conselheiro Suplente Relator

