

PROCESSO Nº 1589232019-7

ACÓRDÃO Nº 0048/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MAKRO ATACADISTA S.A.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ROBERTO ELI PATRÍCIO DE BARROS

Relator: CONS. ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR

Relator do Voto Divergente : CONSº LEONARDO DO EGITO PESSOA.

VOTO DIVERGENTE

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. INCOMPLETUDE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INFRINGIDOS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A imprecisão/incompletude quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13. Ressalte-se o fato de existir acusação específica para a segunda infração constante do libelo acusatório, devendo ser a mesma aplicada, em respeito ao princípio da especialidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.

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

A C O R D A M à maioria e de acordo com o voto divergente do Cons.º LEONARDO DO EGITO PESSOA, acompanhando os Cons.º (as), HEITOR COLLETT (SUPLENTE), JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, reformando, de ofício, a decisão monocrática e julgar nulo por vício formal o auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003375/2019-87, lavrado em 16 de outubro de 2019, contra a empresa, MAKRO ATACADISTA S.A., inscrição estadual nº 16.134.646-4, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

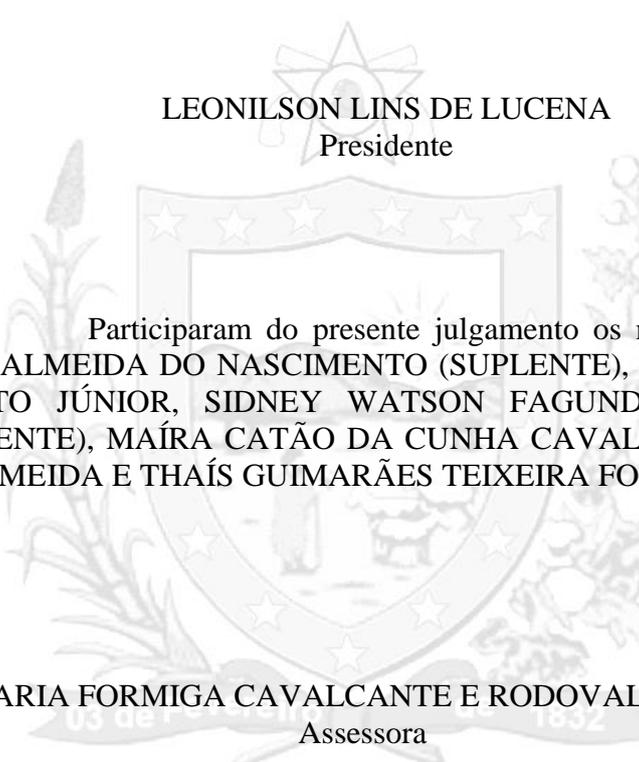
Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

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

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator voto Divergente



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno,
JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), ADERALDO GONÇALVES
DO NASCIMENTO JÚNIOR, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, HEITOR
COLLETT (SUPLENTE), 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 N° 1589232019-7

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MAKRO ATACADISTA S.A.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ROBERTO ELI PATRÍCIO DE BARROS

Relator: CONS. ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR

Relator do Voto Divergente : CONS° LEONARDO DO EGITO PESSOA.

VOTO DIVERGENTE

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. INCOMPLETUDE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INFRINGIDOS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A imprecisão/incompletude quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei n° 10.094/13. Ressalte-se o fato de existir acusação específica para a segunda infração constante do libelo acusatório, devendo ser a mesma aplicada, em respeito ao princípio da especialidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício, interposto nos moldes do artigo 80 da Lei n° 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00003375/2019-87, lavrado em 16 de outubro de 2019, contra a empresa, MAKRO ATACADISTA S.A., inscrição estadual n° 16.134.646-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2014 e 31/12/2016, em que constam as seguintes denúncias:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE REGISTROU DÉBITOS A MENOR QUE OS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS.

0325 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> Contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE REGISTROU CRÉDITOS MAIOR QUE OS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS E EM DOCUMENTOS PAGOS COMO GARANTIDO/ANTECIPADO, CONFORME VALORES DETALHADOS ATRAVÉS DA RECONSTITUIÇÃO DO CONTA CORRENTE E EM RELAÇÕES ANEXADAS, ANEXOS.

Foi dado como infringido, o artigo 106 do RICMS/PB para as acusações sub examine, sendo apurado um crédito tributário no valor total de **R\$ 909.658,63 (novecentos e nove mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e sessenta e três centavos)**, sendo R\$ 455.606,43 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil, seiscentos e seis reais e quarenta e três centavos) de ICMS, nos termos do art. 106 do RICMS/PB e R\$ 454.052,20 (quatrocentos e cinquenta e quatro mil, cinquenta e dois reais e vinte centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e” e V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada por via postal, a Autuada, por intermédio de seu representante legal, apresentou reclamação tempestiva (fls. 22), com os seguintes fundamentos em sua defesa:

a) Que os créditos referentes aos períodos anteriores a 13.11.2014 foram alcançados pela decadência;

b) Que deve ser reconhecida a nulidade material do auto de infração decorrente da falta de clareza da descrição do fato gerador, configurando a acusação como genérica;

c) Que a empresa observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos do ICMS, recolhendo apenas e tão somente a diferença entre os créditos e débitos, isto é, o ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias é abatido do ICMS incidente sobre as saídas;

d) Que a multa apresenta caráter abusivo.

Por fim, afirmando que houve cerceamento de defesa, a impugnante requer a nulidade e/ou improcedência do auto de infração em exame.

Os autos foram conclusos e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – APURAÇÃO DO IMPOSTO COM UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS A MAIOR E DÉBITOS A MENOR DO QUE OS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS, CUJOS AJUSTES DEMONSTRAM A REPERCUSSÃO NA CONTA CORRENTE DO ICMS – DENÚNCIA CONFIGURADA.

- A utilização do crédito e registro de débitos em desacordo com os valores destacados nos documentos fiscais ensejam a reconstituição da conta corrente do ICMS.
- identificada na conta corrente de ICMS diferença à recolher, impõe-se a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 6.379/96. Ajuste no crédito tributário decorrente da verificação de decadência.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em decorrência dessa decisão, o crédito tributário restou fixado no valor de R\$ 609.765,33, sendo R\$ 305.659,78 de Icms e R\$ 304.105,55 de multa por infração.

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão singular via DTe em 23 de novembro de 2020 (fls.76/77), a autuada não mais se manifestou nos autos.

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

Eis o relatório.

VOTO DIVERGENTE

Senhor Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, nobres Conselheiros, Senhora Assessora Jurídica desta Casa e a todos que nos acompanham nessa sessão virtual.

Antes de adentrarmos ao mérito da querela posta, faz-se necessário o enfrentamento da preliminar de decadência argüida pela defesa em sua reclamação.

Quanto a decadência dos lançamentos relativos aos períodos anteriores a 13/11/2014, me acosto à decisão prolatada na primeira instância que acatou a argüição de decadência dos créditos tributários do referido período, excluindo-os da acusação, em face de terem sido alcançados pelo instituto da decadência, em consonância com o art. 22, §3º, da Lei nº 10.094/2013.

Por outro lado, com relação ao mérito, com todas as vênias e respeito ao entendimento do nobre Conselheiro Relator pelo voto proferido, todavia, entendo por discordar do Eminentíssimo Relator acerca dos seus fundamentos fáticos e jurídicos, haja vista que a recorrente, valendo do seu direito ao contraditório, alega em preliminar que o seu direito a defesa fora cerceado, porquanto “(...) há falta de clareza da descrição do fato gerador, configurando as acusações como genérica.”

No caso em exame, não obstante estar convicto de que o conteúdo probatório reforça a denúncia registrada no Auto de Infração, não há como desconsiderarmos o fato de que fora objeto de contestação explícita pela defesa: a falta de clareza das infrações .

Como bem pontuado pela recorrente, o artigo 106 do RICMS/PB, indicado no Auto de Infração como único dispositivo afrontado pelo contribuinte, é insuficiente para enquadrar a conduta infracional e propiciar a correta e inequívoca compreensão quanto ao fato denunciado. Mais ainda, ao assinalar apenas o *caput* de tal dispositivo que, em verdade, dispõe quanto aos prazos para recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte, a fiscalização deixa de delimitar a matéria tributável, deslocando, para a seara da generalidade, conteúdo de essencial relevância para a constituição do crédito tributário.

Assim, não obstante o zeloso e criterioso trabalho desenvolvido pelo diligente fiscal autuante, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório apontou como dispositivo legal infringido apenas e tão somente o art. 106 do RICMS/PB, estando, portanto, o mesmo incompleto. Some-se a isto, o fato de que existe infração específica para a segunda acusação ora denunciada, como por exemplo, a infração de código 0061 – CRÉDITO INDEVIDO (crédito maior que o permitido).

Com relação a primeira acusação, faz-se necessário a citação dos dispositivos violados em nota explicativa (arts. 54, c/c 101, 102 e 60, I, "b", e III, "d", todos do RICMS/PB), de forma a permitir a subsunção dos fatos à norma pelo contribuinte autuado.

Neste diapasão, a falta de elementos (dispositivos legais infringidos) que possibilitem o contribuinte compreender, de forma plena, as acusações que pesam contra si, são inadmissíveis em um lançamento de ofício e, por este motivo, não devem ser reconhecidos como válidos no Direito Tributário. O direito ao contraditório e à ampla defesa só pode ser exercido em sua totalidade quando, ao sujeito passivo, é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

Diante da identificação de vício formal no tocante aos dispositivos dados como infringidos, tendo em vista que esse vício compromete a exigibilidade do crédito tributário, o que suscita o desfecho estabelecido na disciplina dos arts. 16 e 17, III, da Lei nº 10.094/2013, senão vejamos:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida; (g.n.)

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento. (g.n.)

Por oportuno, ressalto que o entendimento ora defendido já foi adotado por esta Corte Administrativa em situação semelhante:

Acórdão nº 709/2021

ICMS. OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. AJUSTES REALIZADOS – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE – ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização, no tocante a segunda acusação, configurado na falta de indicação dos dispositivos legais especificamente infringidos, com a agravante de havendo acusação específica para a conduta infracional identificada, deve ser a mesma aplicada, em respeito ao princípio da especialidade. Cabível a realização de novo feito fiscal. (g.n.)

Relator: Cons. LEONARDO DO EGITO PESSOA

Neste diapasão, a anulação do Auto de Infração por violação ao Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, do qual derivam os seus consectários lógicos: Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, em virtude da ausência de elementos que possibilitem o entendimento acerca da acusação que está sendo imputada ao contribuinte, é medida que se impõe como forma de buscar a justiça fiscal.

Pelos fundamentos acima evidenciados, peço *vênia* para divergir do posicionamento do nobre relator, quanto ao seu entendimento em relação a querela posta, para julgar nulo por vício formal o auto de infração ora em combate.

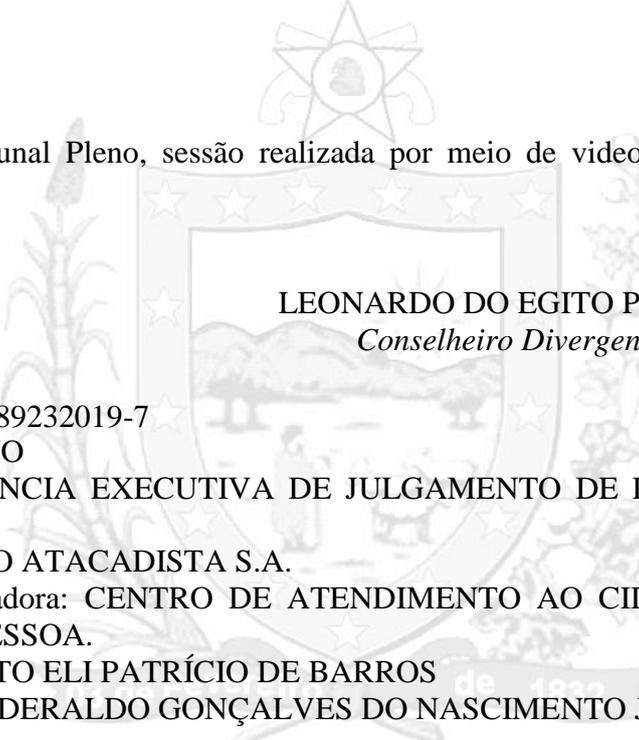
Diante do exposto.

VOTO pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, reformando, de ofício, a decisão monocrática e julgar nulo por vício formal o auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003375/2019-87, lavrado em 16 de outubro de 2019, contra a empresa, MAKRO ATACADISTA S.A., inscrição estadual nº 16.134.646-4, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

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



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Divergente

PROCESSO Nº 1589232019-7
TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP.

Recorrida: MAKRO ATACADISTA S.A.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: ROBERTO ELI PATRÍCIO DE BARROS

Relator: CONS.º ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EVIDENCIADO -
AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE
PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO
- MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

*No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela
recorrente foram ineficazes para modificar a decisão
recorrida. Mantida a decisão de primeira instancia.*

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso de ofício interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003375/2019-87 (fls. 03 e 04), lavrado

em 16 de outubro de 2019 contra a empresa MAKRO ATACADISTA S.A., no qual constam as seguintes acusações, *in verbis*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS » Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA: O CONTRIBUINTE REGISTROU DÉBITOS A MENOR QUE O DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL » contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente.

NOTA EXPLICATIVA: O CONTRIBUINTE REGISTROU CRÉDITOS MAIOR QUE OS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS E EM DOCUMENTOS PAGOS COMO GARANTIDO/ANTECIPADO, CONFORME VALORES DETALHADOS ATRAVÉS DE RECONSTITUIÇÃO DO CONTA CORRENTE E EM RELAÇÕES ANEXADAS, ANEXOS.

Em decorrência deste fato, o Representante Fazendário lançou, de ofício, um crédito tributário no valor total de **R\$ 909.658,63** (novecentos e nove mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e sessenta e três centavos), sendo R\$ 455.606,43 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil, seiscentos e seis reais e quarenta e três centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB e R\$ 454.052,20 (quatrocentos e cinquenta e quatro mil, cinquenta e dois reais e vinte centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e” c/c 82, V, “h”, ambos da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada por via postal, a Autuada, por intermédio de seu representante legal, protocolou tempestivamente impugnação ao auto (fls. 22), por meio da qual levanta os seguintes argumentos:

- a) Que os créditos referentes aos períodos anteriores a 13.11.2014 foram alcançados pela decadência;
- b) Que deve ser reconhecida a nulidade material do auto de infração decorrente da falta de clareza da descrição do fato gerador, configurando a acusação como genérica;
- c) Que a empresa observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos do ICMS, recolhendo apenas e tão somente a diferença entre os créditos e débitos, isto é, o ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias é abatido do ICMS incidente sobre as saídas;
- d) Que a multa apresenta caráter abusivo.

Na instância prima, o julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, após análise dos autos, exarou sentença decidindo pela parcial procedência do Auto de Infração, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

IMPOSTO COM UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS A MAIOR E DÉBITOS A MENOR DO QUE OS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS, CUJOS AJUSTES DEMONSTRAM A REPERCUSSÃO NA CONTA CORRENTE DO ICMS - DENÚNCIA CONFIGURADA.

- A utilização do crédito e registro de débitos em desacordo com os valores destacados nos documentos fiscais ensejam a reconstituição da conta corrente do ICMS.

- identificada na conta corrente de ICMS diferença à recolher, impõe-se a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 6.379/96.

Ajuste no crédito tributário decorrente da verificação de decadência.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em decorrência dessa decisão monocrática e em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão singular por meio de Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, em 23/11/2020 (fl. 76 e 77), nos termos da alínea “b”, do inciso III, do Art. 11, da Lei 10.094, de 27 de setembro de 2013, autuada não mais se manifestou nos autos.

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

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do imposto estadual, contra a empresa, MAKRO ATACADISTA S.A., já previamente qualificada nos autos, exigindo o crédito tributário acima descrito, em razão do contribuinte ter reduzido o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente, conforme planilhas demonstrativas dos cálculos contidas as fl. 05 a 15, do caderno processual, consubstanciando os dados levantados na fiscalização, nos exercícios de 2014, 2015 e 2016.

PRELIMINAR - DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS REFERENTES AO PERÍODO ANTERIOR A 13.11.2014.

No caso em exame, para efeito de análise da decadência temos como base normativa o Art. 22 da Lei 10.094/2013, 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 reconhecida e 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 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, (grifos acrescidos)

Com a observância do comando normativo supracitado, resta prejudicado a cobrança do crédito por homologação, que é o caso, após decorridos mais de 05 anos, da data de ocorrência do fato gerador, muito bem observado pelo julgador singular, quando constata que o auto de infração lavrado em 16 de outubro de 2019 e a autuada cientificada no dia 13 de novembro de 2019 (fls. 21), gera decadência, que deve ser reconhecida e declarada de ofício, referente aos períodos anteriores a 13.11.2014.

Destarte, apenas nos resta acatar e manter a decisão do julgador singular.

PRELIMINAR - NULIDADE MATERIAL - ACUSAÇÃO GENÉRICA

Analisando o caderno processual, as fls 03, constatasse que o auto infração acompanhando a descrição da infração cometida, contém as notas explicativa, **in verbis**:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS » Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA: O CONTRIBUINTE REGISTROU DÉBITOS A MENOR QUE O DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL » contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente.

NOTA EXPLICATIVA: O CONTRIBUINTE REGISTROU CRÉDITOS MAIOR QUE OS DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS E EM DOCUMENTOS PAGOS COMO GARANTIDO/ANTECIPADO, CONFORME VALORES DETALHADOS ATRAVÉS DE

RECONSTITUIÇÃO DO CONTA CORRENTE E EM RELAÇÕES ANEXADAS, ANEXOS.

Afastando a argumentação do contribuinte de nulidade do feito fiscal, uma vez que o auditor fiscal detalhou de forma clara a infração, e a maneira como chegou aos resultados, utilizando-se de verificação dos documentos fiscais que comprovam a utilização indevida de créditos inexistente, bem como oportunizando por diversas vezes conforme e-mails fls 11,12, 13 e 14, o direito ao contraditório, solicitando a apresentação da documentação para sanar as divergências.

Como o contribuinte também deixou de aproveitar mais esta oportunidade, de apresentar documentação probatória, para elidir sua solicitação de nulidade material e acusação genérica, quando não apresentou em tempo hábil recurso, após ser notificado via DT-e em 23/11/2020, não merece prosperar a argumentação, mantenho a decisão singular de não atender o pleito.

DO MERITO.

A presente acusação versa sobre a **falta de recolhimento do ICMS** em razão do contribuinte ter reduzido o recolhimento do imposto estadual, por ter utilizado crédito fiscal indevidamente, referentes aos exercícios de 2014, 2015 e 2016.

Como bem explicitado na Nota Explicativa, que complementa a descrição da infração contida no auto de infração, a falta de recolhimento do ICMS, se deu em face do contribuinte registrar créditos maior que os destacados nas notas fiscais de entradas e em documentos pagos como garantido/antecipado, conforme valores detalhados através de reconstituição do conta corrente e em relações anexadas.

As planilhas que demonstram as reconstituições das contas correntes ICMS (às fls. 05, 06 e 07) dos períodos de 2014, 2015 e 2016, indicam mês a mês as bases de cálculo para a constituição do crédito tributário, uma vez que apresentam os débitos, créditos, saldos e resultados das apurações, especificando, dessa forma, quais foram os valores recolhidos e a recolher do ICMS, bem como as diferenças de ICMS a recolher lastreada, portanto, na utilização indevida de crédito fiscal, bem como dos débitos destacados a menor.

Diante de toda documentação acostada ao caderno processual, que comprovam a existência de utilização de crédito indevidos, nos resta concordar com o julgador singular, e acatar os valores do ICMS devidos, que foram deixados de recolher no período de 13/11/2014 a 31/12/2016.

No tocante à penalidade, foi proposta a aplicação da multa com fulcro no art. 82, II, “e”, V, “h” da Lei 6.379/96, conforme disposto abaixo:

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.

V - de 100% (cem por cento):

h) aos que utilizarem crédito indevidamente;

Em sua defesa na primeira instância o contribuinte impugnou que a multa aplicada desconsidera o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, argumento que não pode ser acatado em instância administrativa, conforme preconiza a Lei nº 10.094/13, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário no Estado da Paraíba e instituiu em seu art. 55, limitação material na competência dos órgãos julgadores, mais especificamente, a declaração de inconstitucionalidade ou a aplicação da equidade, inviabilizando o pedido formulado, *in verbis*:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - a aplicação de equidade.

Entendimento este em consonância com a Súmula Administrativa nº 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
SÚMULA 03 - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.
(Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

Destarte, a limitação deste órgão julgador, não podendo acatar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o Auditor Fiscal, por dever de ofício aplicou as multas dentro do contexto da Lei 6.379/96, e não houve manifestação do contribuinte nesta fase processual, concordo com a decisão da primeira instância que não prospera o argumento trazido a baile em sua impugnação.

Por entender que existe nos autos elementos suficientes que atestem a ocorrência da infração ora em comento, decido pela parcial procedência do Auto de Infração, corroborando com a decisão monocrática, e pelos seus próprios fundamentos.

Sem mais a acrescentar, ratifico os termos da decisão recorrida, segue abaixo planilha com a exclusão dos períodos decaídos:

	Período	ICMS auto	%	Multa Auto	Valor Cancelado	Crédito Devido
Falta de Recolhimento ICMS	abr-15	409,33	50,00	204,67	-	614,00
	mai-15	280,41	50,00	140,21	-	420,62
	ago-15	624,68	50,00	312,34	-	937,02
	nov-15	720,55	50,00	360,28	-	1.080,83

	dez-15	1.073,52	50,00	536,76	-	1.610,28
Falta de Recolhimento Imposto Estadual	jan-14	1.677,31	100,00	1.677,31	3.354,62	-
	mar-14	633,45	100,00	633,45	1.266,90	-
	abr-14	1.065,55	100,00	1.065,55	2.131,10	-
	set-14	21.582,60	100,00	21.582,60	43.165,20	-
	out-14	39.222,31	100,00	39.222,31	78.444,62	-
	nov-14	85.765,43	100,00	85.765,43	171.530,86	-
	dez-14	157.094,00	100,00	157.094,00	-	314.188,00
	jan-15	37.810,00	100,00	37.810,00	-	75.620,00
	fev-15	66.448,88	100,00	66.448,88	-	132.897,76
	mar-15	2.285,15	100,00	2.285,15	-	4.570,30
	jun-15	237,95	100,00	237,95	-	475,90
	jul-15	535,63	100,00	535,63	-	1.071,26
	jan-16	25.611,76	100,00	25.611,76	-	51.223,52
	fev-16	3.120,81	100,00	3.120,81	-	6.241,62
	ago-16	3.612,75	100,00	3.612,75	-	7.225,50
	out-16	3.650,71	100,00	3.650,71	-	7.301,42
	nov-16	232,54	100,00	232,54	-	465,08
	dez-16	1.911,11	100,00	1.911,11	-	3.822,22
Total					299.893,30	609.765,33

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter em sua integralidade a decisão proferida na primeira instância, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003375/2019-87 (fls. 03 e 04), lavrado em 16 de outubro de 2019 condenando a empresa MAKRO ATACADISTA S.A., ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 609.765,33** (seiscentos e nove mil, setecentos e sessenta e cinco reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 305.659,78 (trezentos e cinco mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB e R\$ 304.105,55 (trezentos e quatro mil, cento e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e” c/c 82, V, “h”, ambos da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo por indevido o montante de R\$ 299.893,30 (duzentos e noventa e nove mil, oitocentos e noventa e três reais e trinta centavos), sendo R\$ 149.946,65 (cento e quarenta e nove mil, novecentos e quarente e seis reais e sessenta e cinco centavos/.) de ICMS e R\$ 149.946,65 (cento e quarenta e nove mil, novecentos e quarente e seis reais e sessenta e cinco centavos/.) de multas por infração.

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

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

Aderaldo Gonçalves do Nascimento Junior.
Conselheiro Relator

