



PROCESSO Nº 1864782020-7

ACÓRDÃO Nº 125/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: CAPANEMA - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR5 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - SOUSA

Autuante: GUSTAVO HIDEYUKI ONO GARCIA

Relator: CONS.º JOSE VALDEMIR DA SILVA.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL - ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).

- Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração.

- Incabível a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para alterar a decisão monocrática no seu fundamento, e julgar **NULO, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº. 93300008.09.00002173/2020-51**, lavrado em 10 de dezembro de 2020, contra a empresa **CAPANEMA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.148.042-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.



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

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de março de 2023.

JOSÉ VALDEMIR DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO N° 1864782020-7

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: CAPANEMA - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR5 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - SOUSA

Autuante: GUSTAVO HIDEYUKI ONO GARCIA

Relator: CONS.º JOSE VALDEMIR DA SILVA.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL - ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).

- Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração.

- Incabível a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início através do o Auto de Infração de Estabelecimento n° **93300008.09.00002173/2020-51**, lavrado em 10/12/2020, em desfavor da empresa **CAPANEMA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, inscrita no CCICMS-PB sob o n. [16.148.042-0](#), o auditor fiscal, responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço n° 93300008.12.00007424/2020-44, de haver cometido a seguinte infração:

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL>> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter se utilizado de apropriação indevida do crédito fiscal.



Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO EM RAZÃO DE FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, PROVOCADA PELO USO INDEVIDO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DESCUMPRIMENTO DO TARE Nº 2011.000069, CLÁUSULAS 13ª E 15ª, COM PENALIDADES PREVISTAS NOS ARTIGOS 5º, 6º E 8º, I, DO DECRETO 40.211/2020, COMO TAMBÉM VIOLAR O ARTIGO 150 DO RICMS/PB, QUANDO ADQUIRIU MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A PLANILHA DO CÁLCULO DO IMPOSTO É PARTE INTEGRANTE DESTA AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência dos fatos acima, o representante fazendário constituiu o crédito tributário no valor total de **R\$ 54.705,60** (cinquenta e quatro mil, setecentos e cinco reais e sessenta centavos), sendo **R\$ 27.352,80** (vinte e sete mil, trezentos e cinquenta e dois reais e oitenta centavos), de ICMS, com infringência ao art. 106 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 27.352,80** (vinte e sete mil, trezentos e cinquenta e dois reais e oitenta centavos) de multa por infração, prevista no art. Art. 82, V, "h", da Lei nº 6.379/96.

Documentos que instruem o Auto de Infração (fls.4a25), contendo: Cálculo do ICMS nas Operações de Entradas sem Documentos Fiscais(fl.04), Ordem de Serviço Específica n 93300008.12.00007424/2020-44(fl.05 e 06), Informação Fiscal(fl.07-10), Levantamento Quantitativo de Mercadorias(fl.11e12), Termo de Acordo n. 2011.000069(fl.13a24) e Identificação do Processo (fl. 25).

Ciente da presente Ação Fiscal, por meio do DT-e em 28.12.2020 (fl.26), a autuada apresentou Reclamação tempestiva às (fl.28 a 44), protocolada em 26.01.2021. Em sua defesa, argumentou, em síntese, o seguinte:

- 1) Tempestividade da impugnação protocolada em 26/01/2021;
- 2) Alega a nulidade do auto de infração por não observância aos requisitos do auto de infração, pois o levantamento quantitativo de mercadorias está equivocado não podendo ser utilizado como instrumento de autuação, pois foi utilizada como critério a data de emissão da nota fiscal para determinar se faz parte do quantitativo ou não, porém o prazo de escrituração começa a contar a partir do aceite da nota fiscal, isto é, no momento em que a mercadoria entra na empresa, conforme determina o art. 276, I, do RICMS/PB, portanto, a ocorrência apurada deveria ser clara e precisa (art. 27, IV, da Lei nº 10.094/2013), de tal forma que o contribuinte possa identificar o dispositivo legal e a irregularidade que por ventura tenha cometido, o que não ocorreu no auto de infração, além do mais, a fundamentação utilizada pela autoridade fiscalizadora é genérica;



- 3) Não ocorrência do fato gerador, pois em nenhum momento houve vendas sem emissão de nota fiscal ou entrada sem documento fiscal;
- 4) Arroz Caçarola Branco 1 kg, a diferença encontrada é referente à Nota Fiscal nº 81.864 da empresa Cooperativa Agropecuária de Jacinto, que apesar de ter sido emitida em 29/12/2014, as mercadorias só chegaram ao estabelecimento da empresa em 22/01/2015, apesar da NF_e nº 81.864 ser referente a 12.900 unid. (430X30), a diferença é referente a uma devolução por cliente de 300 unidades;
- 5) Arroz Caçarola Parboilizado Branco 1 kg, a Nota Fiscal nº 81.864 da empresa Cooperativa Agropecuária de Jacinto, que apesar de ter sido emitida em 29/12/2014, só chegaram ao estabelecimento da empresa em 22/01/2015;
- 6) Arroz Kika Branco 1 kg, a diferença é pautada no erro de emissão da Nota Fiscal nº 81.022 do fornecedor Cerealista Pasi Ltda, CNPJ 85.395.150/0001-02, trocou a quantidade do produto Arroz Kika Benef. Polido LF Tipo 1 06X05 kg e o Arroz Kika Benef. Polido LF Tipo 1 30X01 kg, como se tivesse sido adquirido 300 fardos de Arroz de 06X5 e 25 fardos de arroz de 30X1kg, ocorre que na verdade foi ao contrário a empresa comprou e recebeu 300 fardos de arroz de 30X1 kg e 25 fardos de Arroz de 06X5 kg, a empresa acreditou que não teria problemas em corrigir o equívoco e fazer o lançamento correto, até porque quando fosse realizar a venda, a nota fiscal de saída teria que constar com o produto de forma correta;
- 7) Arroz Tio Urbano Branco 1kg, Arroz Tio Urbano Branco 5 kg, Arroz Urbano Parboilizado 1 kg e Arroz Urbano Parboilizado 5 kg, as Notas Fiscais nº 296114 e 296197 da Empresa Urbano Agroindustrial Ltda, apesar de terem sido emitidas em 17/12/2014, as mercadorias só chegaram ao estabelecimento da autuada em 10/01/2015;
- 8) Creme de Leite Italac 200g, a diferença encontrada pela fiscalização de 87 unidades é referente à Nota Fiscal de devolução em nota própria do fornecedor Rio Vermelho Distribuição de alimentos Ltda, conforme nº 1147785 de 23/03/2015, ocorre que essas mercadorias nunca foram devolvidas, pois chegaram com a Nota Fiscal de origem nº 1122842 de 19/05/2015 com 1.000 unidades do produto que totalizaram R\$ 22.000,00, que foram recebidas e quitadas de forma integral (cópia do comprovante de pagamento em anexo), porém o fornecedor fez por conta própria uma devolução interna, sendo assim, a autuada não tem culpa desse fornecedor emitir uma nota fiscal de devolução e nessa época não tinha possibilidade de consulta de emissão de notas, como é possível fazer atualmente;



9) Do princípio da Bagatela que também é aplicado na esfera tributária, pois não houve qualquer vantagem financeira, patrimonial, fiscal ou contábil pela empresa e não houve nenhum prejuízo ao Estado;

10) Do Cálculo do Crédito Tributário Indevido, o suposto uso indevido do crédito tributário e descumprimento do TARE n° 2011.000069, totalizando em R\$ 192.625,67 de entradas não contabilizadas, a Autuada informa que houve uso indevido do crédito tributário, nem tampouco entradas não contabilizadas;

11) Do efeito confiscatório da multa e juros, o valor do percentual da multa alocado pelo auto de infração é extremamente desproporcional, sendo vedado pela constituição Federal, ofendendo aos direitos dos contribuintes (art. 150, IV, da CF), cita em seu favor a ADI n° 551, relator Ministro do STF Ilmar Galvão e Agravo Regimental n° 591969 MG, relator Min. Joaquim Barbosa, em 26/06/2012, então requer caso a cobrança seja mantida que seja reduzido o percentual da multa para 10% e que seja reduzido também os juros de mora;

12) Da suspensão da Exigibilidade, visto o disciplinado pelo art. 151, do CTN.

Por fim, requer que seja distribuída e conhecida a defesa escrita, que seja reformado o auto de infração, sendo julgado improcedente em todos os seus termos e em último caso, mantendo-se a cobrança, o que se admite a título argumentativo, que a penalidade imposta seja reduzida para o montante de 10% a título de multa e juros de mora.

Documentos instrutórios anexos às (fls.45a133) dos autos.

Sem informação de antecedentes fiscais (fl.134) os autos foram conclusos e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Recursos Fiscais – GEJUP, ocasião na qual foi distribuído a julgadora fiscal, Eliane Vieira Barreto Costa, que decidiu pela NULIDADE da exigência fiscal, nos termos da ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. VÍCIO FORMAL. NULIDADE.

- Ficou constatado erro na natureza da infração, tendo em vista que o fato infringente decorre de aquisições de mercadorias sem notas fiscais com receitas omitidas, detectadas através do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, período fechado, o que enseja a infringência ao RICMS/PB em seus art. 158,I, 160,I e 646,IV.



AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora fiscal recorreu de sua decisão.

Ciente da decisão de primeira instância, através do DT-e, em 06.12.2021 (fl. 147), a autuada não mais se manifestou nos autos.

Ato contínuo, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora e distribuídos a este Relator segundo critério regimental previsto para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração de Estabelecimento nº.93300008.09.00002173/2020-51, que visa a exigir, da empresa **CAPANEMA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, crédito tributário decorrente de falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de aproveitamento indevido de crédito tributário e descumprimento do TARE.

O objeto do recurso de ofício a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou **nulo por vício de forma** o auto de infração em tela, porquanto constatou que o libelo acusatório é nulo, visto a descrição do fato e a norma legal infringida não se coadunarem com as irregularidades detectadas pela fiscalização, ou seja, não se coadunam com os fatos infringentes.

Sem preliminares suscitadas passemos a análise do Mérito.

Acusação: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL

Compulsando o caderno processual, a fiscalização relata, em nota explicativa, que a falta de recolhimento do ICMS foi provocada pelo uso indevido de crédito tributário e descumprimento de TARE, elegendo a infração de falta de recolhimento do imposto por ter o contribuinte utilizado apropriação indevida do crédito fiscal.

É sabido que as entradas de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não são oriundas de operações interestaduais, entendem-se por operações internas, as quais se aplica à alíquota de 17% (dezesete por cento), como demonstrado em levantamento quantitativo.

Outrossim, a empresa é detentora de crédito fiscal presumido, conforme TARE do qual é signatária, em que, além de cumprir as disposições do TARE Nº



2011.000069 quanto à apuração do crédito fiscal presumido, deve também cumprir as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba.

Desse modo, a fiscalização constatou a falta de recolhimento do imposto nas operações com mercadorias que foram adquiridas sem documentação fiscal e cujas saídas foram tributadas com crédito presumido por força do TARE acima mencionado celebrado entre a Secretaria de Estado da Fazenda e a empresa, ora recorrida, com benefício de crédito presumido pelas saídas.

Ainda com relação ao descumprimento da legislação tributária estadual, também é importante destacar o descumprimento do art. 150 do RICMS/PB, senão vejamos:

Art. 150. Sempre que for obrigatória a emissão de documentos fiscais, aqueles a quem se destinarem as mercadorias são obrigados a exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais, observado ainda o disposto no inciso IX do art. 119.

Em face da entrada de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não serem oriundas de operações interestaduais, se entende por operações internas, alíquota de 17%, de forma que não há espaço para aplicação de regras de proporcionalidade (cálculo do ICMS nas Operações de Entradas Sem Documentos Fiscais), mas, sim, de alíquota única e interna de 17% (dezesete por cento), *configurando assim a nulidade por vício material ante o erro na forma de calcular o imposto devido.*

De outra banda, havemos de atentar, ainda, que, no caso de descumprimento das disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba, o crédito presumido previsto no Termo de Acordo nº 2011.000069 deve ser estornado, conforme disciplina o referido Termo abaixo transcrito:

TARE Nº 2011.000069:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – A Empresa se obriga a cumprir as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba não excepcionadas no presente Termo de Acordo e, seu descumprimento, além do contido neste acordo, implicará no seu cancelamento, sem prejuízo da aplicação das sanções contidas na referida legislação, bem como no estorno do crédito presumido utilizado indevidamente nos meses em que as irregularidades foram cometidas”.

Ocorre que o comando emanado pelo citado dispositivo determina que o estorno do crédito indevidamente apropriado seja feito mensalmente, ou seja, os valores devem ser individualizados mês a mês, não sendo possível agrupá-los em lançamento único contemplando todo o exercício.

Assim, imprecisões anotadas nos demonstrativos que instruem os autos configuram, portanto, vícios de natureza material no procedimento, não se caracterizando meros erros na formalização da peça acusatória.



Neste ponto, peço vênia à julgadora singular para discordar do seu entendimento de nulidade do feito fiscal, por vício formal, vez que ficou evidenciado nos autos erro na forma de cálculo do ICMS devido, configurando vício material, conforme razões já expendidas.

Relevante consignarmos que, em recente julgamento realizado pelo Tribunal Pleno desta Colenda Corte de Justiça Fiscal, matéria idêntica fora enfrentada, conforme se ver nos Acórdãos nº 021/2022 e nº 325/2022, de relatoria do nobre Conselheiro Leonardo do Egito Pessoa, cujas ementas reproduzo a seguir:

Acórdão nº 021/2022

Relator: Cons. Leonardo do Egito Pessoa

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - **AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL – ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA** - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).*

- *Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração.*

- *Incabível a realização de novo feita fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.*

Acórdão nº 325/2022

Relator: Cons. Leonardo do Egito Pessoa

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE TARE. ERRO MATERIAL TORNA O LIBELO ACUSATÓRIO ILÍQUIDO E INCERTO - **AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO MATERIAL – ALTERADA QUANTO AOS FUNDAMENTOS A DECISÃO RECORRIDA** - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- *Constatado erro na aplicação da técnica aplicada, pois a fiscalização utilizou cálculos de proporcionalidade para atribuir alíquotas internas e interestaduais quando o*



levantamento quantitativo, base para demonstração da infração afirma ser a alíquota interna (17%).

*- Imprecisão na forma de cálculo da apuração do imposto levaram à iliquidez e incerteza do crédito tributário, configurando nulidade por vício material do auto de infração.
- Incabível a realização de novo feito fiscal por ter sido fulminado pela decadência ínsita no art. 173, I, do CTN.*

Diante de todo o exposto, embora por motivo diverso do que fora consignado na decisão singular, decido pela nulidade por vício material do auto de infração *sub examine*.

Ademais, observe-se que, diante do período em que consta a acusação (exercício de 2015), e em face de não ser caso em que se apliquem as disposições do artigo 173, II, do CTN, não mais será possível o levantamento do crédito tributário por terem sido fulminados pela decadência ínsita do art. 173, I, do CTN.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para alterar a decisão monocrática no seu fundamento, e julgar **NULO, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº. 93300008.09.00002173/2020-51**, lavrado em 10 de dezembro de 2020, contra a empresa **CAPANEMA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.148.042-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma da legislação de regência.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de vídeo conferência, em 28 de março de 2023.

José Valdemir da Silva
Conselheiro Relator