



PROCESSO Nº 1784812020-1

ACÓRDÃO Nº 601/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: BIOSEV S.A.

Advogado: Sr.º GARIEL GARCIA RIBEIRO DE ARRUDA, inscrito na OAB/SP sob o nº 407.239

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADMI. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: DAYSE COUTINHO CUNHA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE MERCADORIAS OU BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E AO USO/CONSUMO DO CONTRIBUINTE. DENÚNCIAS CONFIGURADAS. RECURSO VOLUNTÁRIO. PARCIAL PROVIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO VERIFICADA REINCIDÊNCIA

- A aquisição interestadual de mercadorias ou bens destinados ao ativo fixo ou ao uso ou consumo de contribuição do ICMS, localizado no estado da Paraíba, implica a necessidade de recolhimento do ICMS, nos termos do RICMS/PB.
- Afastada a incidência de ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, nos termos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 49.
- No caso dos autos não se verificou a reincidência do contribuinte na mesma infração, nos termos do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96

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, no mérito, pelo seu parcial provimento, a fim de declarar Parcialmente Procedente o Auto de



Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000894/2020-27 lavrado em desfavor da Biosev S.A., já qualificada, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ 297.348,33 (duzentos e noventa e sete mil, trezentos e quarenta e oito reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 198.232,21 (cento e noventa e oito mil, duzentos e trinta e dois reais e vinte e um centavos) de ICMS, com fundamento no Art. 106, II “c”, e §1º c/c o art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV, e art. 14, X, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 99.116,12 (noventa e nove mil, cento e dezesseis reais e doze centavos) de multa por infração nos termos do Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelo o crédito tributário no total de R\$ 63.947,33 (sessenta e três mil, novecentos e quarenta e sete reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 15.935,00 (quinze mil, novecentos e trinta e cinco reais) de ICMS, R\$ 7.967,50 (sete mil, novecentos e sessenta e sete reais e cinquenta centavos) de multa por infração e R\$ 40.044,83 (quarenta mil, quarenta e quatro reais e oitenta e três centavos), de multa por reincidência, pelas razões expostas

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 01 de dezembro de 2023.

EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA ROBERTO DE LIMA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora



PROCESSO Nº 1784812020-1

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: BIOSEV S.A.

Advogado: Sr.º GARIEL GARCIA RIBEIRO DE ARRUDA, inscrito na OAB/SP sob o nº 407.239

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADMI. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: DAYSE COUTINHO CUNHA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE MERCADORIAS OU BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E AO USO/CONSUMO DO CONTRIBUINTE. DENÚNCIAS CONFIGURADAS. RECURSO VOLUNTÁRIO. PARCIAL PROVIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO VERIFICADA REINCIDÊNCIA

- A aquisição interestadual de mercadorias ou bens destinados ao ativo fixo ou ao uso ou consumo de contribuição do ICMS, localizado no estado da Paraíba, implica a necessidade de recolhimento do ICMS, nos termos do RICMS/PB.
- Afastada a incidência de ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, nos termos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 49.
- No caso dos autos não se verificou a reincidência do contribuinte na mesma infração, nos termos do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96

RELATÓRIO

A empresa autuada em epígrafe, tivera contra si lavrado no Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000894/2020-27 (fls. 03/04), datado de 16 de julho de 2020, cujas denúncias seguem transcritas abaixo:

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR



07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS - diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento.

Dispositivos: Art. 106, II “c”, e §1º c/c o art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV, e art. 14, X, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97.

Penalidade: Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS - diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisições de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DIFAL DE MERCADORIA DESTINADA A USO E CONSUMO.

Dispositivos: Art. 106, II, “c”, e § 1º c/c o art. 2º, § 1º, IV, art. 3º, XIV, e art. 14, X, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97.

Penalidade: Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Por decorrência, a Representante Fazendária lançou, de ofício, crédito tributário no valor total de **R\$ 361.295,66** (trezentos e sessenta e um mil, duzentos e noventa e cinco reais e sessenta e seis centavos), sendo **R\$ 214.167,21** (duzentos e quatorze mil, cento e sessenta e sete reais e vinte e um centavos) de ICMS, **R\$ 107.083,62** (cento e sete mil, oitenta e três reais e sessenta e dois centavos) de multa por infração e **R\$ 40.044,83** (quarenta mil, quarenta e quatro reais e oitenta e três centavos) de multa por reincidência, por infringência aos artigos e cominação das penalidades previstas nos dispositivos transcritos acima, bem como ao art. 87 da Lei nº 6.379/96, que trata da multa por reincidência.

Notificado desta ação fiscal através de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), enviado em 23 de novembro de 2020, com a ciência efetivada nos termos da alínea “b”, do inciso III do §3º do art. 11, da Lei nº 10.094/2013 (fl. 10), o acusado interpôs petição reclamatória, às fls. 12/42 dos autos, em 11 de janeiro de 2021(fl. 11), portanto de forma tempestiva.

Em defesa, alega, em síntese:

- a) Preliminarmente, a nulidade da segunda acusação, a título de material de uso e consumo, em razão da falta de fundamentação da autuação, o que viola o princípio da ampla defesa;
- b) No mérito:



1. a inexigibilidade do DIFAL sobre transferências de ativo fixo entre estabelecimentos, assim como em vista de benefícios fiscais esculpido nos arts.10, inciso IX e 33, incisos II e III, do RICMS/PB;
2. a legislação do Estado da Paraíba prevê o diferimento do ICMS e do DIFAL em relação a “máquinas, aparelhos e equipamentos industriais destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento industrial relacionados com o processo produtivo”.
3. a não incidência do diferencial de alíquotas sobre insumos;
4. caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, bem como o *bis in idem* da multa por reincidência.

Por conseguinte, a autuada requer:

- a) Preliminarmente, que seja declarado nulo o lançamento efetuado referente à segunda acusação;
- b) em sede de mérito, que seja cancelada a integridade do presente auto de infração;
- c) subsidiariamente, que seja reconhecida que a multa imposta viola o princípio da vedação ao confisco;
- d) que todas as publicações e intimações sejam feitas exclusivamente em nome de André de Almeida Rodrigues, inscrito na OAB nº 164.322-A, com endereço na Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461 - 16º andar - Torre Sul, CEP nº 01452-002, São Paulo-SP, sob pena de nulidade.

Conclusos os autos, às fls. 711, foram os mesmos remetidos à Gerência Executiva de Processos Fiscais -GEJUP, com a informação de existência de antecedentes fiscais (fl. 710), tendo sido, nos termos regimentais, distribuídos ao Julgador Fiscal Tarcísio Magalhães Monteiro de Almeida, o qual lavrou decisão pela procedência do Auto de Infração, nos termos sintetizados na ementa abaixo exposta:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE MERCADORIAS OU BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E AO USO/CONSUMO DO CONTRIBUINTE. DENÚNCIAS CONFIGURADAS.

- A aquisição interestadual de mercadorias ou bens destinados ao ativo fixo ou ao uso ou consumo de contribuição do ICMS, localizado no estado da Paraíba, implica a necessidade de recolhimento do ICMS, nos termos do RICMS/PB.



- Argumentos de defesa não foram suficientes para elidir a exação.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida em instância prima, por meio do DT-e, em 23 de novembro de 2020, a autuada apresenta tempestivamente o Recurso Voluntário por meio do qual, em síntese, repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

Os autos foram, nos termos regimentais, remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba e, distribuídos à relatoria para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Versam os autos acerca da acusação de falta de recolhimento do Diferencial de Alíquotas de ICMS, tanto para mercadorias consideradas como para o ativo fixo, como para uso e consumo do estabelecimento. Ambas as acusações foram reconhecidas como procedente pela instância monocrática de julgamento.

Relativamente aos aspectos formais do lançamento, cumpre destacar que ambas as acusações encontram respaldo nos artigos 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X, todos do RICMS/PB, estando a multa por descumprimento prevista no art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96, dispositivos estes que foram corretamente indicados pelo r. auditor fiscal quando da lavratura do auto de infração.

Ademais, se verifica que das fls. 5 a 9 dos autos o r. auditor fiscal cuidara em precisar quais itens foram objeto da acusação, destacando a descrição do componente, a nota fiscal, chave de acesso, justificativas apontadas pelo contribuinte e a conclusão sobre cada um dos itens identificados, seja como de uso e consumo, ativo fixo ou transferência deste.

Desta sorte, é perceptível o percurso exegético trilhado pelo i. auditor fiscal, bem como a existência de elementos hábeis ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Logo não há vícios que comprometam o lançamento, nos termos dos artigos 14 a 17 da Lei n 10.094/13, mesmo porque este observara as cautelas previstas pelo artigo 142 do CTN.

Ademais, saliente-se que das peças de reclamação e recurso se verifica que o contribuinte entendera perfeitamente a acusação contra si imposta.

Por estes argumentos, portanto, resta afastada a preliminar de nulidade do auto de infração ou mesmo da segunda acusação.



No que tange aos argumentos de mérito, para melhor deslinde da matéria, cuidar-se-á em aparta-los.

TRANSFERÊNCIA DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE

A autuada insurge-se alegando, em síntese, que algumas das operações versadas seriam de transferência de bens do ativo imobilizado entre filiais de uma mesma empresa, e que não incidiria ICMS sobre as operações de bens integrantes do ativo fixo quando realizada entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Tal matéria, urge esclarecer, fora submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49, cuja ementa segue abaixo transcrita:

ADC 49

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 19/04/2021

Publicação: 04/05/2021

Ementa

Ementa: **DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.** 1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC. 2. **O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual.** Precedentes. 3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. 4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996.



A decisão do STF - ao nosso particular sentir acertada, pois prestigia a conceituação do Direito Civil, mais precisamente do Direito Empresarial, segundo a qual o estabelecimento há de ser compreendido como conjunto de bens que compõem uma mesma empresa, esta atividade econômica única, ainda que fracionada em diferentes filiais - teve seus efeitos modulados por meio do julgamento de embargos de declaração, ficando postergados os mesmos para o exercício de 2024, sendo ressalvados, todavia, os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, que ocorreu em 29/4/2021, de acordo com a reprodução a seguir da ata de julgamento dos embargos de declaração:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedentes os presentes embargos para modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, e, exaurido o prazo sem que os Estados disciplinem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, fica reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos, concluindo, ao final, por conhecer dos embargos e dar-lhes parcial provimento para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/1996, excluindo do seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli (ausente ocasionalmente, tendo proferido voto em assentada anterior), Luiz Fux, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e André Mendonça. Ausente, justificadamente, a Ministra Carmen Lúcia, que proferiu voto em assentada anterior. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 19.4.2023.

Em vista disso, considerando que o presente contencioso administrativo se iniciou em 11/01/2021, com o protocolo da peça impugnatória, portanto anteriormente ao julgamento da decisão de mérito da referida ADC 49, entende-se que, conforme decisão que modulou os efeitos, ressalvando os processos administrativos pendentes de julgamento antes de 29/04/2021 (data do julgamento de mérito), a exigência do crédito tributário, no caso dos autos, deve ser afastada.

Neste sentido, urge afastar os seguintes itens da acusação, que foram classificados pela fiscalização como transferência de ativo fixo:

Nota Fiscal	Produto	Base de Cálculo	Difal Retirado
-------------	---------	-----------------	----------------



47780-1	Motor elétrico – Bomba Centrífuga marca KSB Modelo CPK250-500 / Bomba Centrífuga marca Multisteel modelo RF250/510 / Motor Elétrico Marca WEG 60cv modelo 250SM	23.500,00	2.135,00 ¹
136.627	Caminhão Placa MNB5366 MCA Mercedes Bens Mod 2423K	80.000,00	4.800,00
137.606	Caminhão Placa MNO3156 MC Volvo Mod. NL10	150.000,00	9.000,00
Total retirado			15.935 (ICMS) + 7.967,5 (multa) = 23.902,5

A NÃO INCIDÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS SOBRE INSUMOS

Trata a acusação de Falta de Recolhimento do Diferencial de Alíquotas (Merc. Destinadas ao Uso/Consumo do Estabelecimento), conforme documentos fiscais relacionados das fls. 5 a 9 dos autos.

O Estado da Paraíba, com base nos ditames da Carta Magna, estatuiu no seu Regulamento do ICMS, que, em verdade, é um desdobramento da Lei nº 6.379/96, a cobrança do chamado diferencial de alíquota, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados ao uso, consumo ou ativo fixo, conforme preveem os artigos 2º, §1º, IV, 3º, XIV, e 106, III, “c”, *in verbis*:

Art. 2º - O imposto incide sobre:

§1º - (...)

IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

¹ *In casu* houve o pagamento avulso no valor de R\$ 450,00, conforme se depreende da planilha anexada pela fiscalização



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

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

(...)

III – até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação ou no exterior de mercadorias ou bens destinados ao consumo ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal;

Para efeito da incidência de ICMS - Diferencial de Alíquota, este e. Conselho de Recursos Fiscais tem entendimento firmado no sentido de que somente não de ser compreendidos como insumos os bens que se incorporam ao produto final da atividade produtiva. Para todas as aquisições relativas a bens destinados a uso/consumo, o entendimento que se tem é que a cobrança é regular e merece dos auditores a exigência legal da lavratura do auto de infração, sob pena de responsabilidade.

No caso dos autos, se observa que a maior parte das mercadorias apontadas pela fiscalização trata-se de peças de reposição. Aliás, o ICMS - Diferencial de Alíquota, como prescreve a legislação em vigor, que incide sobre tais aquisições nem mesmo se presta ao crédito fiscal, na dicção do artigo 33, I, da Lei 87/96, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 171/2019, posto que somente se prestarão a tal mister a partir de 1º de janeiro de 2033.

Neste sentido, destacam-se alguns julgamentos:

ACÓRDÃO N.º.000426/2020

PROCESSO N.º 1601912015-5

TRIBUNAL PLENO

Relator (a): CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA

**Conselheira Divergente: CONS.ª THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
FONSECA**

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO, USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. PRELIMINAR. PEDIDO DE DILIGÊNCIA DO CONTRIBUINTE NÃO ENFRENTADO NA INSTÂNCIA SINGULAR. CONFIGURADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO



RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Reputa-se eivada de vício a decisão de primeiro grau que deixou de apreciar pedido formulado pelo sujeito passivo. Acolhida a preliminar que suscita a sua nulidade, tendo em vista que a decisão que assim se apresenta encerra uma forma de cerceamento do direito de defesa, constitucionalmente assegurado ao acusado, devendo, por essa razão, ser declarada nula, com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei.

ACÓRDÃO Nº 00084/2020

Processo nº 1367192016-5

TRIBUNAL PLENO

RELATOR: CONS.º ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

RELATORA DO VOTO VISTA: CONSª.Suplente FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ

DECADÊNCIA. VERIFICAÇÃO DE OFÍCIO. DILIGÊNCIA. RELIZAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. REFORMA DO LANÇAMENTO. NULIDADE. NÃO CONFIGURADA. CLARA DEFINIÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL. PAGAMENTO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FAJN. REGIME ESPECIAL NOVEL. IRRETROATIVIDADE. CRÉDITO PRESUMIDO. REGULARIDADE CONFIGURADA. INSUMO. CRÉDITO FISCAL NÃO AUTORIZADO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO. DEVIDO EM PARTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Sendo dever do julgador administrativo reconhecer de ofício a decadência, verifica-se que houve a incidência do instituto para determinados períodos da autuação, devendo o crédito tributário ser afastado. Não se pode realizar diligência em duas oportunidades processuais distintas para tratar da mesma matéria fática e jurídica, quando não se traz aos autos qualquer circunstância nova, tratando-se neste caso de preclusão consumativa por já ter sido realizada. Não se reconhece nulidade quando todas as questões de fato e de direito foram precisamente delineadas no auto de infração, tendo sido pormenorizadamente explicitada a descrição da infração cometida, assim como descrito o diploma legal aplicado para a penalidade proposta. Verifica-se a extinção do crédito tributário quando o contribuinte se antecipa ao julgamento definitivo do auto de infração e efetua o pagamento do que não resta controverso, o que ocorreu para quatro infrações. A definição de insumo para a legislação tributária da Paraíba merece interpretação restritiva e tem relação apenas àqueles produtos que são parte indissociável da mercadoria produzida, excluindo aquelas que, sendo possível decompô-lo, delas não haveria possibilidade de encontrar qualquer vestígio.

ACÓRDÃO 440/2019

Conselho de Recursos Fiscais - CRF

R. Gama e Melo, 21, Varadouro - CEP 58010-450 - João Pessoa/PB



PROCESSO N. 1231002015-0
TRIBUNAL PLENO
RELATOR: CONSº PETRONIO RODRIGUES DE LIMA
VOTO DIVERGENTE: CONSº MONICA OLIVEIRA COELHO

CRÉDITO INDEVIDO (USO E/OU CONSUMO). FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. COBRANÇA DEVIDA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. RECIDIVA. CORRIGIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Materiais que não se integram ao produto final na qualidade de insumos, que se desgastam durante o uso no processo industrial, com necessidades de substituições periódicas, caracterizando uso e/ou consumo da empresa, não geram direito ao creditamento do ICMS. Motivo pelo qual, há incidência do ICMS Diferencial de Alíquotas sobre as entradas destes produtos.

- A aquisição de bens que não correspondam a máquinas, aparelhos e equipamentos destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento e que não estejam relacionados com o processo produtivo faz surgir a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS – Diferencial de Alíquotas.

- 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. “In casu”, o sujeito passivo comprovou a escrituração de parte das notas fiscais denunciadas na exordial.

- Ajustes nos percentuais de aplicação da multa recidiva, em observância aos ditames do artigo 87 da Lei nº 6.379/96, sucumbiram parte do valor aplicado na inicial.

Saliente-se que, ainda que possam haver divergências conceituais entre bens de uso e consumo DO estabelecimento e bens que se integram NO processo de industrialização e que a Lei Kandir tenha utilizado a expressão uso e consumo DO estabelecimento, esta matéria já restou enfrentada em outras oportunidades neste e. Conselho de Recursos Fiscais, prevalecendo o entendimento de que o conceito de insumo há de ser aquele que integre à mercadoria, conforme destacado.

No caso dos autos, em especial, o que se verifica é que a maior parte das mercadorias colacionadas tratam-se de peças de reposição e não de insumos.



MÁQUINAS, APARELHOS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS DESTINADOS
A INTEGRAR O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL
RELACIONADOS COM O PROCESSO PRODUTIVO

Apesar de o STJ no Julgamento do EAREsp1.775.781, em agosto de 2023 ter pacificado o entendimento da 1ª turma no sentido de que bens intermediários, ainda que consumidos ou desgastados gradativamente, desde que comprovada a necessidade deles no processo produtivo, gerem direito a creditamento, a decisão não tratou das peças de reposição, mas de bens como maquinário, aparelhos e equipamentos industriais.

Ou seja, o que se depreende do entendimento firmado pelo STJ – e com o qual coaduna-se em particular – é que em tese seria o possível creditamento da máquina em si e não de peças de reposição.

O caso dos autos, todavia, não versa acerca do creditamento, mas da Falta de Recolhimento do Diferencial de Alíquotas de mercadorias destinadas ao ativo fixo do Estabelecimento.

Ou seja, a matéria versada pelo STJ é diversa da presente, que versa sobre o diferimento do tributo.

Avançar no entendimento para incluir, diferimento de ICMS-Difal sobre peças de reposição implicaria em impor uma interpretação extensiva àquilo que foi objeto da decisão judicial, bem como contraria o art. 10, IX do RICMS/PB, que, como se pode observar, trata do diferimento de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais e não de peças de reposição:

Art. 10. O pagamento do imposto será diferido:

(...)

IX - nas operações internas, interestaduais e de importação, realizadas com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais destinados a integrar o ativo fixo de estabelecimento industrial e relacionados com o processo produtivo, observado o disposto no § 8º (Decreto nº 19.111/97)

No caso dos autos, reitera-se, a maior parte dos bens foram classificados como peças de reposição, em substituição, pois, à outra que se apresentou defeituosa, por exemplo. Não se trata do maquinário industrial em sua inteireza, mas de componentes destes e que, inclusive, não têm contato direto com o produto industrial.



Relativamente ao “Enchimento e ventilador da Torre de Resfriamento” (NFe 24071, 24072, 24073 e 24074), classificado pela fiscalização como ativo fixo e que não faz parte do processo produtivo, cumpre esclarecer que, apesar de maquinário, este é uma funcionalidade, não indispensável e não diretamente relacionada ao processo produtivo, posto que, por exemplo, caso a indústria possua boa ventilação este bem não será inexorável e nem, tampouco é diretamente relacionado ao processo produtivo, uma vez que não realiza contato nem é empregado como máquina responsável pela produção. Trata-se de uma funcionalidade laboral, mas não produtiva, motivo pelo qual não há de ser afastado da exação.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Importa asseverar que a aplicação de multa tributária pelos Órgãos de Fiscalização é uma operação vinculada à Lei. Neste sentido, o agente do fisco atuou nos limites da Lei do ICMS da Paraíba, Lei nº 6.379/96 e do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, que são instrumentos normativos cogentes. Desrespeitá-los, fere o princípio da legalidade, sujeitando os agentes a penalidades administrativas e criminais.

Diga-se, ademais, que os Órgãos Julgadores estão proibidos de afastar a aplicação da Lei sob a alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as matérias decididas definitivamente em ADI ou em via incidental, quando o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato, o que não é o caso das multas tributárias, ex vi, do art. 72-A, da Lei 10.094/13, senão vejamos:

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

Ademais, é entendimento sumulado deste e. Conselho de Recursos Fiscais que sobre este não compete dispor acerca da inconstitucionalidade de lei, competência esta própria do Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - 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).



Com fulcro em tais considerações, comprova-se que a multa aplicada na peça vestibular não apresenta qualquer irregularidade, e, por esse motivo deve ser mantida em sua integralidade para os fatos geradores confirmados.

DA MULTA POR REINCIDÊNCIA

Nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96 a reincidência somente será aplicada caso a pessoa natural ou jurídica, nos último 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração **da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, tenha cometido a infração ao mesmo dispositivo legal, conforme se observa:**

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

No caso dos autos, não se verifica que nos 5 (cinco) anos o contribuinte tenha cometido a mesma infração e, por consectário, que tenha quitado ou parcelado o crédito tributário.

Logo, não há que se falar na aplicação de multa por reincidência, o que resta afastado.

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Pelos fundamentos expostos, apresenta-se a nova composição do crédito tributário:



Descrição	Período	Tributo	Multa	Reincidência	Total	ICMS Cancelado	Multa Cancelada
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	31/07/2018	-	-	-	-	2.135,00	
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	31/08/2018	911,65	455,83	-	1.367,48		
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	30/09/2018	37.141,30	18.570,65	-	55.711,95		
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	30/11/2018	-	-	-	-	4.800,00	2.400
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	31/12/2018	-	-	-	-	9.000,00	4.500,00
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	30/06/2018	16.457,72	8.228,86	-	28.801,01		
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	31/07/2018	111.699,21	55.849,61	-	195.473,63		
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	31/08/2018	25.919,33	12.959,67	-	45.358,84		1.067,50
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.)(PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02)	30/09/2018	6.103,00	3.051,50	-	10.680,25		
TOTAIS		198.232,21	99.116,12	-	337.393,16	15.935,00	7.967,50

Com estes fundamentos,

Voto pelo recebimento do Recurso Voluntário por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu parcial provimento, a fim de declarar Parcialmente Procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000894/2020-27 lavrado em desfavor da Biosev S.A., já qualificada, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ 297.348,33 (duzentos e noventa e sete mil, trezentos e quarenta e oito reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 198.232,21 (cento e noventa e oito mil, duzentos e trinta e dois reais e vinte e um centavos) de ICMS, com fundamento no Art. 106, II “c”, e §1º c/c o art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV, e art. 14, X, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 99.116,12 (noventa e nove mil, cento e dezesseis reais e doze centavos) de multa por infração nos termos do Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.



Em tempo, cancelo o crédito tributário no total de R\$ 63.947,33 (sessenta e três mil, novecentos e quarenta e sete reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 15.935,00 (quinze mil, novecentos e trinta e cinco reais) de ICMS, R\$ 7.967,50 (sete mil, novecentos e sessenta e sete reais e cinquenta centavos) de multa por infração e R\$ 40.044,83 (quarenta mil, quarenta e quatro reais e oitenta e três centavos), de multa por reincidência, pelas razões expostas

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

Eduardo Silveira Frade

Conselheiro Relator