



PROCESSO Nº 0296352018-2

ACÓRDÃO Nº 268/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (NOVA RAZÃO SOCIAL: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONSTRUÇÕES METÁLICAS EIRELI - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)

2ª Recorrente: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (NOVA RAZÃO SOCIAL: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONSTRUÇÕES METÁLICAS EIRELI - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: ANA MARIA PRADO

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IMPRECISÃO QUANTO À MATÉRIA TRIBUTÁVEL - VÍCIO MATERIAL CONFIGURADO - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A descrição genérica do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados deixou dúvidas quanto à matéria tributável, não se podendo alcançar, com a certeza necessária para a constituição do crédito tributário, o fato que se pretendeu autuar. In casu, evidencia-se inequívoco erro de direito, vez que não estabelecido o liame entre a norma tributária e o fato jurídico tributário.

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 do voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, para reformar, de ofício, a decisão singular e julgar nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000172/2018-58, lavrado em 7 de março de 2018 em desfavor da empresa LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.



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

P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de junho de 2023.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, EDUARDO SILVEIRA FRADE, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 0296352018-2

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (NOVA RAZÃO SOCIAL: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONSTRUÇÕES METÁLICAS EIRELI - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)

2ª Recorrente: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA (NOVA RAZÃO SOCIAL: LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONSTRUÇÕES METÁLICAS EIRELI - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: ANA MARIA PRADO

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IMPRECISÃO QUANTO À MATÉRIA TRIBUTÁVEL - VÍCIO MATERIAL CONFIGURADO - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A descrição genérica do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados deixou dúvidas quanto à matéria tributável, não se podendo alcançar, com a certeza necessária para a constituição do crédito tributário, o fato que se pretendeu autuar. In casu, evidencia-se inequívoco erro de direito, vez que não estabelecido o liame entre a norma tributária e o fato jurídico tributário.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000172/2018-58, lavrado em 7 de março de 2018, a auditora fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Específica nº 93300008.12.00000671/2018-03 denuncia a empresa LM – CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., inscrição estadual nº 16.232.343-3, de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

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



Nota Explicativa:

AUTUAÇÃO DE ACORDO COM O QUE PRECEITUA A PORTARIA 010/2017, REFERENTE A FATURAS EM ABERTO POR NÃO RECOLHIMENTO APÓS INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVISÃO DE FATURAS DENTRO DO PRAZO REGULAMENTAR.

MESMO APÓS NOTIFICADO O CONTRIBUINTE CONTINUOU INADIMPLENTE.

Em decorrência deste evento, a representante fazendária, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 106 do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 352.335,13 (trezentos e cinquenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco reais e treze centavos), sendo R\$ 234.890,08 (duzentos e trinta e quatro mil, oitocentos e noventa reais e oito centavos) de ICMS e R\$ 117.445,05 (cento e dezessete mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e cinco centavos) a título de multa por infração, com arrimo no 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 4 a 10.

Depois de cientificada da autuação em 13 de abril de 2018, a denunciada, por intermédio de seu procurador, apresentou, em 14 de maio de 2018, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em comento, por meio da qual alega, em síntese, que:

- a) O Auto de Infração não contém a descrição dos fatos que motivaram a sua lavratura. Também não há, na inicial, a indicação dos dispositivos supostamente infringidos pelo contribuinte, o que torna o lançamento nulo, por força do que estabelecem os artigos 41, V e VI; 16 e 17, da Lei nº 10.094/13;
- b) O artigo 106 do RICMS/PB trata acerca da obrigatoriedade de recolhimento do ICMS em inúmeras situações, sendo, portanto, insuficiente para delimitar a infração, o que configura cerceamento de defesa;
- c) O diferencial de alíquotas representa uma divisão de arrecadação do ICMS entre entes federados, que permite ao Estado destinatário exigir o imposto quando não há operações subsequentes de circulação da mercadoria, vez que destinada para consumo ou ativo imobilizado do adquirente;
- d) Quando o bem é adquirido para revenda, a cobrança do diferencial de alíquotas não é legítima;
- e) No caso dos autos, a fiscalização está exigindo, indevidamente, ICMS – Difal sobre aquisições interestaduais de produtos semiacabados ou utilizados no processo industrial (insumos ou materiais intermediários);
- f) Os produtos remetidos pela matriz à sua filial (autuada) são estruturas metálicas em elaboração, que resultarão no produto a ser comercializado.



Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal Heitor Collett, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS FRONTEIRA – IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DO FATO DADO COMO INFRINGENTE – ACUSAÇÃO ASSIMILADA PELA AUTUADA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – EXCLUÍDAS DA COBRANÇA DO ICMS AS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS DE MATÉRIAS-PRIMAS E INSUMOS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO – ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- A assimilação da autuada quanto à infração narrada de forma genérica torna despicienda a decretação da nulidade do lançamento de ofício formalmente defeituoso, posto que alcançou a sua finalidade, especialmente considerando que foram observados os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

- Reputa-se legítima a cobrança do ICMS devido por ocasião das entradas de bens destinados à autuada, não oportunamente recolhido pelo sujeito passivo.

- Excluídas da cobrança do ICMS fronteira, as notas fiscais de entradas de matérias-primas e insumos a serem industrializadas no estabelecimento filial localizado no território Paraibano.

- Mantida parcialmente a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

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

Cientificado da sentença proferida pela instância prima em 14 de dezembro de 2020, o sujeito passivo interpôs, no dia 12 de janeiro de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por intermédio do qual reapresenta os argumentos trazidos em sua impugnação e acrescenta que:

- a) A decisão singular, embora reconheça a existência do mencionado vício formal, por meio de uma exegese distorcida, voltada para atos processuais, deixou de acolher a preliminar de nulidade;
- b) A analogia utilizada pelo julgador monocrático não se mostra cabível, uma vez que o vício formal se encontra no momento do lançamento, e a norma de Processo Civil, com menção ao artigo 188 da Lei Federal nº 13.105/15, se relaciona a atos praticados no âmbito do processo contencioso, na fase litigiosa;
- c) A falha na descrição das supostas infrações, bem como a ausência de apontamento dos dispositivos legais, evidencia a nulidade do Auto de



Infração. Sendo assim, necessária se faz a reforma da decisão que não acolheu a preliminar de nulidade;

- d) Tais incorreções e inconsistências cecearam o direito de defesa da recorrente, porquanto sua impugnação fora apresentada sem ter, de forma clara, o conhecimento das infrações supostamente cometidas e dos dispositivos que teriam sido infringidos pelo contribuinte;
- e) A defesa manifestou expressamente a nulidade do Auto de Infração por inobservância aos requisitos exigidos para sua validade, de modo a atrair a aplicação da regra do artigo 16, em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 15, ambos da Lei nº 10.094/13;
- f) Os argumentos trazidos na impugnação não podem servir de premissa para fins de validação do Auto de Infração. Mesmo diante da nulidade evidente, caso não se defendesse do mérito da autuação, a autuada correria o risco de ter preclusa a possibilidade de apresentar defesa de mérito;
- g) Com o julgamento do Tema 1099 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: *“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.”*;
- h) Sendo assim, impõe-se a aplicação do precedente vinculante ao presente caso;
- i) Necessária a baixa dos autos em diligência para que a primeira instância considere, em sua decisão, a aplicação da tese definida pelo STF;
- j) A nota fiscal nº 68848 diz respeito a uma aquisição de Serra HSS, utilizada no processo de fabricação da recorrente, sendo indevida a cobrança da diferença de alíquotas para esta operação.

Ao final, a recorrente requer:

- a) Seja reformada a decisão recorrida, reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração;
- b) Alternativamente, que seja aplicada a tese firmada pelo STF no julgamento do Tema 1099 – ARE 1255885 da repercussão geral;
- c) Em qualquer hipótese, a reforma da sentença, a fim de se reconhecer a não incidência do Difal de ICMS nas NF-e mencionadas.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos a mim distribuídos, segundo critérios regimentais, para análise e julgamento.

Eis o relatório.



VOTO

A matéria em apreciação versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do ICMS, formalizada contra a empresa LM – CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., relativamente a fatos geradores ocorridos nos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto e dezembro de 2015.

Da análise do caderno processual, constata-se que a auditora fiscal responsável pela autuação apresentou, como justificativa para a lavratura do Auto de Infração em exame, a existência de lançamentos “em aberto” (nº 3009191476, 3009364031, 3009540483, 3009681415, 3009845939, 3010001142 e 3010626496), representativos de faturas emitidas com o código de receita 1154 – ICMS – NORMAL FRONTEIRA, conforme demonstrado às fls. 226, 235, 256, 288, 301, 330, 348 e 348, respectivamente.

Consoante assinalado na peça acusatória, a conduta infracional foi enquadrada como violação ao artigo 106 do RICMS/PB:

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

I - antecipadamente:

- a) na saída de mercadorias de estabelecimento produtor ou extrator de substâncias minerais, que não tenha organização administrativa e comercial adequada ao atendimento das obrigações fiscais, no momento da expedição da Nota Fiscal Avulsa;
- b) na prestação de serviços de transporte por pessoa física ou jurídica, autônoma ou não, que não seja inscrita no CCICMS deste Estado;
- c) na prestação de serviços de transporte iniciada onde o contribuinte não possua estabelecimento inscrito, ainda que o serviço seja prestado dentro do Estado;
- d) na saída de mercadoria de repartição fiscal que processar despacho aduaneiro, inclusive na realização de leilão;
- e) REVOGADA;
- f) REVOGADA;
- g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita realizadas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 7º deste artigo;
- h) nas operações e prestações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial ou industrial que esteja inadimplente com suas obrigações principal ou acessória, observado o disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo;



i) nas entradas, no território deste Estado, de ficha, cartão ou assemelhados para uso em serviços de telefonia em terminal de uso público provenientes de outras unidades da Federação, observado o disposto no § 7º deste artigo;

j) nas operações e prestações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial ou industrial, cujo quadro societário seja composto por pessoas físicas ou jurídicas corresponsáveis por débito inscrito em Dívida Ativa, observado o disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo;

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

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

b) estabelecimentos produtores;

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL;

d) utilização de serviços cuja prestação se inicie em outra unidade da Federação e não esteja vinculada à operação subsequente alcançada pela incidência do imposto, para contribuintes enquadrados no regime de apuração normal ou optantes pelo SIMPLES NACIONAL;

e) estabelecimentos em regime de pagamento normal que estejam obrigados a emitir nota fiscal, na aquisição de mercadorias a contribuintes não inscritos no CCICMS, ou que não tenham organização administrativa e comercial que justifique a emissão de documento fiscal;

III - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) empresas distribuidoras de energia elétrica;

b) empresas prestadoras de serviços de transporte, quando regularmente inscritas neste Estado;

c) empresas prestadoras de serviços de comunicação;

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

V - no prazo normal estabelecido para a respectiva categoria econômica, pelo contribuinte regularmente inscrito neste Estado, quando emitente do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC, na prestação de serviços de transporte de mercadorias ou bens de sua propriedade, produção, comercialização ou em consignação, utilizando veículo próprio ou contratado a transportador autônomo;

VI - na data do encerramento das atividades do contribuinte, relativamente às mercadorias constantes do estoque final do estabelecimento, observado o disposto no inciso XI do art. 14;

VII - no caso de transporte aéreo, o recolhimento do imposto será efetuado, parcialmente, em percentual não inferior a 70% (setenta por cento) do valor devido no mês anterior ao da ocorrência dos fatos geradores, até o dia 10 (dez) e a sua complementação até o último dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços;

VIII – nos demais casos, no momento em que surgir a obrigação tributária.



Da leitura do artigo acima reproduzido, extrai-se, inequivocamente, que a matéria por ele regulada se limita aos prazos para recolhimento do ICMS. E não poderia ser diferente, vez que o artigo 106 é parte integrante da Seção IV do RICMS/PB (Dos Prazos de Recolhimento).

Em seu recurso voluntário, o sujeito passivo requer, preliminarmente, seja declarada a nulidade do Auto de Infração por vício formal, ante a ausência de descrição da infração e precariedade quanto à indicação dos dispositivos infringidos, requisitos essenciais para a validade do ato administrativo, consoante disciplinado no artigo 41, V e VI, da Lei nº 10.094/13:

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

(...)

V - a descrição da infração com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

Inconformada com os termos da sentença monocrática, a recorrente aduz que a instância prima, embora tenha reconhecido a existência de vícios de natureza formal no lançamento, deixou de acolher a preliminar de nulidade, fundamentando sua decisão em norma de caráter processual.

Considerando a falta de prejuízo à defesa do administrado e invocando o princípio da instrumentalidade das formas, o julgador *a quo* assim se pronunciou, *verbis*:

“Com base nessas diretrizes, é possível afirmar, com elevado grau de certeza, que a Lei Estadual nº 10.094/2013 está em sintonia também com o devido processo legal, haja vista a dicção ínsita no parágrafo único, do art. 15, do referido diploma, visto que assim preconiza: “... não será declarada a nulidade do auto de infração (...), quando não constar da defesa, pedido neste sentido”.

Ou seja, caso haja apresentação de defesa pelo autuado, mas, não obstante o exercício desse direito e também do contraditório, o mesmo não tenha compreendido do que é acusado, ou seja, qual ilícito lhe é imputado no auto de infração e, em face desse fato, pleiteie a nulidade do ato administrativo, é de se concluir que terá lugar a nulidade do auto infracional. Por outro lado, verificada a compreensão do autuado, exteriorizada na reclamação ou no recurso, sobre o ilícito cuja prática lhe é atribuída, não há que se falar em nulidade do lançamento de ofício (auto de infração).

No caso dos autos, a acusação foi formalizada de forma genérica, ou seja, sem a motivação específica e individualizada do ato administrativo, o que, em princípio, suscitaria sua nulidade, com base nas normas combinadas dos artigos 41, V, 14, III, 16, 17 e 15, caput, da Lei nº 10.094/2013. No entanto, o fato motivador do lançamento de ofício de que se cuida, embora descrito de forma incompleta, não ocasionou prejuízo à defesa do autuado, que a ele se



refere na peça defensiva, quando adentra ao cerne da questão, consoante fragmentos abaixo transcritos:

(...)” (g. n.)

Em que pesem os abalizados fundamentos apresentados pela autoridade julgadora, bem como a análise probatória digna de nota, entendo que, no caso concreto, a precariedade quanto à delimitação da matéria tributável – seja em razão da descrição genérica da infração, seja pela incompletude na indicação dos dispositivos infringidos -, não há como ser sanada dos autos, de modo que a declaração/decretação da nulidade dos lançamentos é medida que se impõe. Explico.

De início, convém reproduzirmos o artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 10.094/13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Registre-se, por oportuno, que, já na peça impugnatória por ele apresentada, o sujeito passivo, expressamente, requereu a decretação de nulidade do Auto de Infração, “*haja vista a ausência de descrição dos fatos considerados infrações e da indicação dos dispositivos da legislação tributária tidos como infringidos e do consequente cerceamento do direito de defesa da Impugnante.*”

Importante consignarmos que, na nota explicativa associada à acusação, consta, tão somente, que a autuação estaria de acordo com o que preceitua a Portaria nº 010/2017/GSER, normativo este que dispõe acerca de procedimentos a serem adotados pelo contribuinte que discordar, por qualquer motivo, de valores constantes em fatura emitida pela Secretaria de Estado da Receita, referentes às entradas de operações interestaduais.

Da análise dos extratos das faturas anexados às fls. 226, 235, 256, 288, 301, 330, 348 e 348, observa-se, também, que todas elas foram emitidas com o código de receita 1154 – ICMS Normal Fronteira.

No caso em tela, ainda que conste, na nota explicativa, que a autuação está relacionada a faturas “em aberto”, não há como desconsiderarmos o fato de que a fiscalização deixou de delimitar a matéria, em razão de haver registrado, como afrontado, tão somente, o artigo 106 do RICMS/PB, dispositivo este que, conforme já relatado, dispõe sobre prazos de recolhimento do ICMS.

Não podemos olvidar que a nota explicativa é parte integrante do Auto de Infração e, como o próprio nome revela, apesar de não ser de preenchimento



obrigatório, tem a função de detalhar, clarificar a denúncia, servindo de complementação à descrição da infração sempre que se mostre indispensável.

Na situação ora em análise, verifica-se que o aludido campo, à exceção da referência à Portaria nº 010/2017/GSER, não possui indicação de qualquer dispositivo normativo que possa circunscrever a matéria tributável de forma precisa.

O fato de a Secretaria de Estado da Receita - visando melhorar o desempenho de seus sistemas - haver agrupado as receitas de códigos 1120 (Garantido), 1108 (Diferencial de Alíquotas) e 1104 (Antecipado) no código 1154 (ICMS – Normal Fronteira) não afasta a necessidade de a fiscalização, ao realizar o lançamento de ofício, enquadrar a conduta infracional de maneira a permitir o direito ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte.

Ao contrário. Exatamente por contemplar situações de naturezas diversas, o mero destaque de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS – ainda que as faturas indiquem o código de receita 1154, como fez a fiscalização - conduz à imprecisão quanto ao fato que motivara a autuação, exigindo, dos órgãos julgadores, mais do que um esforço interpretativo adicional para compreender a matéria tributável, dado que, para decidirem quanto à procedência ou não da autuação deverão, necessariamente, “complementar” o enquadramento legal.

Agindo desta forma, o julgador, no caso concreto, em razão da lacuna no mencionado campo do Auto de Infração, bem como da descrição genérica da infração, estará, invariavelmente, extrapolando sua competência, pois não lhe é permitido aperfeiçoar, complementar ou transformar o lançamento realizado pela autoridade fiscal.

Para comprovar tal fato, vejamos a seguinte passagem da sentença recorrida:

“3 - FATURA: 3009540483, de maio de 2015 - NF-e: 16, 17, 18, 19, 20, 11021, 11079, 11080, 11081, 11082, 11083, 11088, 11091, 11101, 11107, 11108, 11125, 11137, 11138, 11169, 11176, 11183, 11184, 11209, 11217, 11225, 11226, 11230, 11231, 11241 e 11242):

As Notas Fiscais: 16, 17, 18, 19, 20, 11242, 11231, 11226, parte da 11080 (Códigos 041871 e 041883), parte da 11183 (Códigos 030026, 033957, 031598, 030021, 031479, 038414 e 030041), e parte da 11138 (Códigos 031598 e 041352), acobertam operações de entradas de matérias-primas e/ou insumos para industrialização no estabelecimento, sendo indevida a cobrança antecipada do ICMS diferencial de alíquota nestas operações.

As Notas Fiscais 11021 e 11079, acobertam operações de entradas interestaduais de bens de uso e/ou consumo, incidindo sobre estas operações, a cobrança do ICMS diferencial de alíquota, com fundamento no art. 106, II, “c”, do RICMS/PB.

Quanto as demais notas fiscais de entradas interestaduais de produtos provenientes do Estado de Minas Gerais (11081, 11082, 11083, 11088, 11091, 11101, 11107, 11108, 11125, 11137, 11169, 11176, 11184, 11209, 11217, 11225, 11230, 11241 e parte da 11080 (código 040667)), parte da 11183 (Código 042999) e parte da 11138 (Código 040669), observa-se que



não houve transformação dos produtos, visto que nas notas fiscais de saídas da autuada, constam os mesmos produtos, com mesmos CÓDIGO, os mesmos ITEM, as mesmas DESCRIÇÃO, os mesmos CAF, as mesmas VERSION e os mesmos NCM, das notas fiscais de entradas, caracterizando a simples comercialização dos produtos e descaracterizando, documentalmente, o processo de industrialização no estabelecimento da autuada, motivo pelo qual, deve ser mantida a cobrança da diferença do ICMS sobre estas operações, com fundamento no art. 106, I, “g”, do RICMS/PB.” (g. n.)

Da leitura do trecho acima, podemos concluir que, após metucioso exame de todos os documentos fiscais que compõe a fatura nº 3009540483, o ilustre julgador (i) improcedeu parte da exigência fiscal, por haver constatado que alguns dos itens neles consignados configurariam matérias-primas ou insumos para industrialização no estabelecimento; (ii) manteve o crédito tributário referente às NF-e nº 11021 e 11079, por acobertarem operações sobre as quais incidiriam a cobrança do ICMS – Diferencial de Alíquotas e (iii) considerou regulares os lançamentos relativos aos demais documentos fiscais, em razão de entender que os produtos adquiridos não estariam sujeitos a transformação, mas sim submetidos a comercialização.

Para fundamentar a procedência dos lançamentos de que tratam os itens (ii) e (iii) acima destacados, o julgador destacou, respectivamente, os incisos II, “c” e I, “g”, do artigo 106, do RICMS/PB:

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

I - antecipadamente:

(...)

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita realizadas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 7º deste artigo;

(...)

II - 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 de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL;

Em todas as oportunidades em que se manifestou, o sujeito passivo discorreu acerca do ICMS – Difal (uso, consumo ou ativo fixo), não havendo qualquer pronunciamento quanto ao ICMS – Antecipado de que trata o artigo 106, I, “g”, do



RICMS/PB, o que comprova o caráter genérico da denúncia e a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O que se pode depreender, em verdade, é que, da forma como fora elaborada a acusação, pode-se extrair, ao menos, duas interpretações quanto à conduta infracional que se pretendeu alcançar, sem que possamos afirmar, ao certo - pelo menos no entendimento deste relator - qual delas é a correta.

Destaque-se que o ICMS – Fronteira (não confundir com o código 1154 – ICMS Normal Fronteira) e o ICMS – Diferencial de Alíquotas possuem naturezas jurídicas diferenciadas, constituindo, portanto, identidades não conciliáveis, disciplinamentos normativos específicos e repercussões tributárias distintas.

Diante deste cenário, o reconhecimento da nulidade do lançamento por vício formal, como requerida pela recorrente, não resolve a questão, porquanto configurado vício material do Auto de Infração, em virtude da indeterminação quanto aos critérios e conceitos jurídicos por parte da autoridade responsável pelo lançamento.

Considerando que os fatos geradores descritos na inicial ocorreram no exercício de 2015, não há mais a possibilidade de o Fisco realizar novo lançamento, uma vez que se operou o lustro decadencial.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovemento de ambos, para reformar, de ofício, a decisão singular e julgar nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000172/2018-58, lavrado em 7 de março de 2018 em desfavor da empresa LM - CAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 16 de junho de 2023.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator