

PROCESSO Nº 1860382020-1

ACÓRDÃO Nº 0325/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: DSA DISTRIBUIDORA SORRISO DE ALIMENTOS LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR5 DA SEFAZ - SOUSA

Autuante: LAURO VINÍCIO DE ALMEIDA LIMA

Relator: CONS.º 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.*

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

ACORDAM à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para alterar quanto aos fundamentos a sentença monocrática e julgar NULO POR VÍCIO MATERIAL o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002061/2020-09, lavrado em 3 de dezembro de 2020 contra a empresa DSA DISTRIBUIDORA SORRISO DE ALIMENTOS LTDA, inscrição estadual nº 16.150.231-8, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

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

P.R.E.

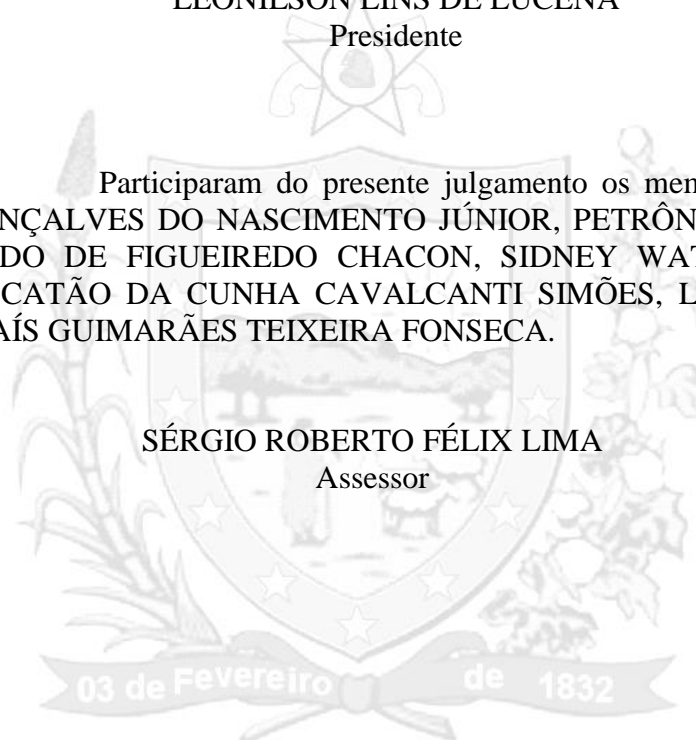
Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em  
21 de junho de 2022.

**LEONARDO DO EGITO PESSOA**  
Conselheiro Relator

**LEONILSON LINS DE LUCENA**  
Presidente

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

**SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA**  
Assessor



PROCESSO Nº 1860382020-1

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: DSA DISTRIBUIDORA SORRISO DE ALIMENTOS LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR5 DA SEFAZ - SOUSA

Autuante: LAURO VINÍCIO DE ALMEIDA LIMA

Relator: CONS.º 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.*

## RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso hierárquico interposto contra decisão monocrática que julgou nulo por vício de forma o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000002061/2020-09, lavrado em 3 de dezembro de 2020 em desfavor da empresa DSA DISTRIBUIDORA SORRISO DE ALIMENTOS LTDA, inscrição estadual nº 16.150.231-8.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

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 DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, PROVOCADA PELO USO INDEVIDO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DESCUMPRIMENTO DO TARE Nº 2010.000115, 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 DESTES AUTOS DE INFRAÇÃO.

Em decorrência do fato acima, o representante fazendário, constituiu o crédito tributário na quantia de **R\$ 723.792,96 (setecentos e vinte e três mil, setecentos e noventa e dois reais e noventa e seis centavos)**, sendo R\$ 361.896,48 (trezentos e sessenta e um mil, oitocentos e noventa e seis reais e quarenta e oito centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, além dos dispositivos destacados na nota explicativa e R\$ 361.896,48 (trezentos e sessenta e um mil, oitocentos e noventa e seis reais e quarenta e oito centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/9.

Documentos instrutórios às fls. 4 a 23 dos autos.

A autuada foi cientificada em 24/12/2020, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico, conforme fls. 25, apresentando, tempestivamente, peça reclamatória em 22/01/2021 (fls. 30 a 57), através de representante legal. Em sua defesa, que relato em apertada síntese, a autuada apresenta os seguintes argumentos:

- Alega a nulidade do auto de infração, tendo em vista existir autuação sobre período já fiscalizado anteriormente, no período fiscalizado seria o de 2015 no auto de infração nº 9330008.09.0002025/2018-12, decorrente da falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios, que foi devidamente quitado pelo contribuinte;
- Que já foi fiscalizada nos períodos de 2015 a 2017 e não há justificativas para que a empresa passe por novo processo de fiscalização, referente ao mesmo período, caracterizando *bis in idem*;
- O fiscal, ao realizar o levantamento, cometeu diversos erros, fazendo confusão de produtos e mercadorias, o que tornam o auto insubsistente, dificultando saber quais as mercadorias foram utilizadas pelo fisco;
- Que o fisco considerou notas canceladas, notas em duplicidade, não considerou diversas notas de entradas, não verificou a existência de fracionamento e condicionamento;
- O levantamento apresenta incoerências, como no caso do produto peito de frango diversas marcas com e sem osso, sem informação da marca, que, segundo o fisco, teria 24588 kg no estoque inicial, mas, separando-se as marcas existentes é possível encontrar o estoque de 25030 kg, foram desconsideradas quantidades de produtos com códigos diferentes de 3097 e 4967, também o fisco desconsiderou a entrada de 191.862 kg de peito de frango, por não incluir 86 notas fiscais;
- Que nas notas fiscais 215011, 222957, 217833, 240740 e 242742, embora constem no rol das entradas do fiscal, todas elas correspondem a entrada de dois tipos de peito de frango, porém, o fiscal só considerou um tipo para o seu cálculo;

- Nas saídas de peito de frango, o fiscal desconsiderou mais de 2876 notas fiscais e 106.414 kg de peito de frango que foram vendidos, também no estoque final, o fiscal faz nova confusão, não sendo possível identificar quais os produtos foram considerados para o resultado, e como não há quaisquer referências, a pelo menos aos códigos no livro do inventário, defende que fica impossível saber como ele chegou a determinado valor;
- No levantamento da carne acem bovino, o fisco considerou a nota fiscal cancelada de nº 232307 como saída de mercadoria;
- No produto carne de sol bovino, a diferença encontrada na entrada de mercadorias é porque o produto é dividido em outras carnes através do produto coxão mole, patinho, coxão duro, fato ignorado pelo fiscal, fato também ignorado no caso das saídas realizadas com esse tipo de produto;
- No produto coxão de frango com sobrecoxa, o fiscal desconsiderou diversas notas fiscais de entrada, conforme cópias em anexo e no caso estoque final, o fiscal cometeu vários erros, misturando produtos diversos, sem referência aos códigos do livro de inventário, ficando impossível saber como ele chegou a determinado valor;
- No produto feijão branco parari, o levantamento é equivocado, pois não considerou a entrada do produto através das notas fiscais 123935 e 123949, além disso houve duplicidade de mercadorias ao considerar como a nota fiscal 838 e 223661 que se referem a devolução da mesma nota fiscal de nº 233428;
- Ocorreu erros para o produto file de peito de frango, tendo sido considerado pela fiscalização quantidades do produto em duplicidade por devolução com nota própria da empresa e em outra nota fiscal de devolução emitida para a mesma nota fiscal de origem, foram desconsideradas as entradas ocorridas pelas notas fiscais 9676, 232254, 966261, além de erros quanto ao estoque final;
- Para o produto leite em pó italac, não foi considerada a nota de entrada nº 35869, o que resultou na diferença encontrada pelo fisco;
- Em relação ao produto feijão carioca, a autuada reconhece que incorreu em equívoco, dando saída apenas a um fardo a mais do que o devido;
- Alega que não houve uso indevido do crédito, nem entradas não contabilizadas;
- Não houve qualquer vantagem financeira, patrimonial, fiscal ou contábil por parte da empresa e não houve prejuízo ao Estado;
- Alega que a multa e juros tem efeito confiscatório;

Ao final, a autuada requer que seja declarada a improcedência do auto de infração em virtude de todos os fatos alegados, subsidiariamente, que a penalidade seja reduzida.

Encontra-se apenso aos autos Representação Fiscal para fins Penais.

Após conclusos (fls. 221), os autos foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, oportunidade na qual foram distribuídos a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela nulidade do feito fiscal, nos termos da ementa que abaixo reproduzo.

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 e dispositivos legais infringentes, tendo em vista que a situação fática 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, 160 e 646.

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 a esta instância *ad quem*.

A autuada tomou ciência da decisão singular via DTe em 22 de setembro de 2021 (fls. 233) e 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

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou nulo por vício formal o auto de infração ora em combate, porquanto entendeu que houve uma falha na autuação quanto a determinação da natureza da infração e dos dispositivos legais infringidos, pois a fiscalização relata a falta de recolhimento do Icms em virtude de uso indevido de crédito tributário e descumprimento de TARE, contudo os papéis de trabalho da auditoria demonstram descumprimento de disposições do RICMS/PB, no caso dos autos, a aquisição de mercadorias sem nota fiscal.

De início, destaco o fato que a Autuada em sua impugnação suscita a nulidade do auto de infração por entender já ter sido fiscalizada anteriormente e que recebeu planilhas com informações superficiais, imprecisas e incorretas, que demonstram a falta de cuidado com o trabalho de auditoria que resultou no auto de infração, sendo a mesma devidamente enfrentada pelo n. julgadora monocrática.

Pois bem. Após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, *data máxima vênia*, ousou discordar da decisão da íncrita julgadora singular, por entender após detida análise do caderno processual, que a entrada de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não são oriundas de operações interestaduais, entendem-se por operações internas, alíquota de 17% (dezesete por cento), como demonstrado em levantamento quantitativo (fls. 07). Explico.

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.

A empresa é detentora de crédito fiscal presumido, conforme TARE ao qual é signatária, onde, além de cumprir as disposições do referido TARE quanto a apuração do crédito fiscal presumido, deve cumprir com as disposições da legislação tributária do Estado da Paraíba

TARE Nº 2010.000115:

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.

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 Termo de Acordo nº 2010.000115 celebrado entre a Secretaria de Estado da Fazenda e a empresa, com benefício de crédito presumido pelas saídas.

Assim, a falta de recolhimento do imposto estadual se deu em decorrência da aquisição de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, cujas saídas promovidas pelo estabelecimento ocorrem com crédito presumido.

Ao comprar mercadorias sem notas fiscais e vendê-las mesmo que com notas fiscais estas claramente não deveriam estar dentro das regras de crédito presumido do termo de acordo.

Nos termos do que estabelece o artigo 38, IV, do RICMS/PB, o estabelecimento autuado é responsável pelo pagamento do imposto em relação às mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte, *in verbis*:

Art. 38. São responsáveis pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais:

**IV - os adquirentes, em relação a mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte; (g.n.)**

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.

Neste diapasão, mesmo entendendo que a irregularidade está apresentada, observa-se falha que culmina com a nulidade do procedimento, conforme passarei a expor.

Em face da entrada de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais não serem oriundas de operações interestaduais, entendem-se por operações internas, alíquota de 17%, de forma que não há espaço para aplicação de regras de proporcionalidade (fls. 04 – cálculo do Icms nas Operações de Entradas Sem Documentos Fiscais) mais sim de alíquota única e interna de 17% (dezessete por cento), configurando assim a nulidade por vício material ante o erro na forma de calcular o imposto devido (fls. 04).

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 2010.0001115 deve ser estornado, conforme disciplina a cláusula décima terceira do referido Termo.

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.

Relevante consignarmos que, em recentíssimo julgamento realizado pelo Tribunal Pleno desta Colenda Corte de Justiça Fiscal, matéria idêntica fora enfrentada, conforme se ver no Acórdão nº 021/2022, da lavra deste relator, cuja ementa 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 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*.

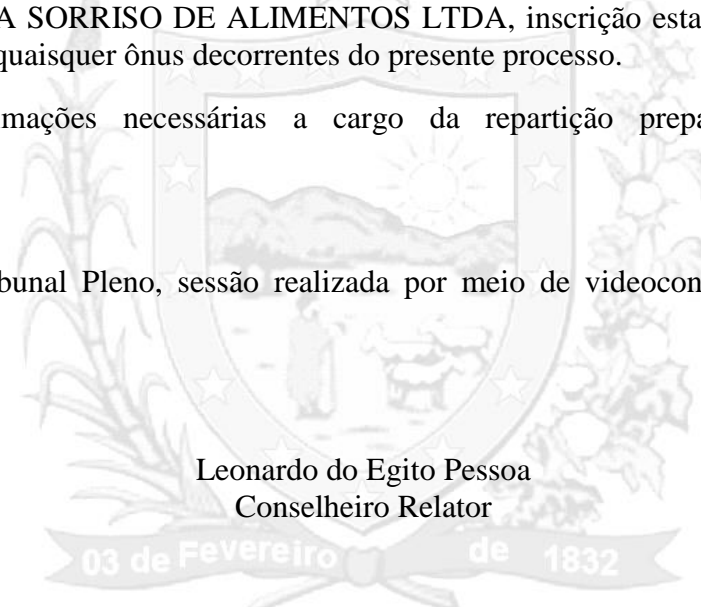
Ademais, observe-se que, diante do período em que consta a acusação (2015), e em face de não ser caso em que se apliquem as disposições do artigo 173, II, do CTN, não mais será possível o levantamento do crédito tributário por terem sido fulminados pela decadência ínsita do art. 173, I, do CTN.

Com estes fundamentos,

**VOTO** pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para alterar quanto aos fundamentos a sentença monocrática e julgar NULO POR VÍCIO MATERIAL o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002061/2020-09, lavrado em 3 de dezembro de 2020 contra a empresa DSA DISTRIBUIDORA SORRISO DE ALIMENTOS LTDA, inscrição estadual nº 16.150.231-8, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de junho de 2022.



Leonardo do Egito Pessoa  
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832