



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 1

PROCESSO Nº 1428382019-9

ACÓRDÃO Nº 0676/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: LAFARGEHOLCIM (BRASIL) S.A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: IVONIA DE LOURDES LUCENA LINS

Relator: CONS.º JOSE VALDEMIR DA SILVA.

CRÉDITO INDEVIDO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO A *QUO*. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

O descumprimento, pela Repartição Preparadora, de determinação procedimental indicada pela instância prima enseja violação à instrução processual, motivo pela qual deve ser reconhecido o cerceamento ao direito de defesa, ensejando a nulidade da decisão a quo.

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 quanto ao mérito pelo seu provimento, para declarar NULA a sentença exarada na instância prima, que considerou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003019/2019-63, lavrado em 17.09.2019, contra a empresa LAFARGEHOLCIM (BRASIL) S.A, inscrição estadual n.16.279.540-8, devidamente qualificada nos autos.

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

P.R.I.



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 2

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 14 de dezembro de 2022.

JOSÉ VALDEMIR DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), LARISSA MENESES DE ALMEIDA E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 3

PROCESSO Nº 1428382019-9
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: LAFARGEHOLCIM (BRASIL) S.A.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - ALHANDRA
Autuante: IVONIA DE LOURDES LUCENA LINS
Relator: CONS.º JOSE VALDEMIR DA SILVA.

CRÉDITO INDEVIDO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO A *QUO*. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

O descumprimento, pela Repartição Preparadora, de determinação procedimental indicada pela instância prima enseja violação à instrução processual, motivo pela qual deve ser reconhecido o cerceamento ao direito de defesa, ensejando a nulidade da decisão a quo.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início através do o Auto de Infração de Estabelecimento n.93300008.09.00003019/2019-63, lavrado em 17.09.2019, em desfavor da empresa LAFARGEHOLCIM (BRASIL) S.A, inscrita no CCICMS-PB sob o nº 16.279.540-8, o sujeito passivo ter cometido as seguintes infrações:

0194 – CRÉDITO INDEVIDO (MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual ao ter utilizado, indevidamente, crédito do ICMS destacado em documento fiscal, consignando mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa: USO DE CRÉDITO INDEVIDO DE ENTRADAS PARA USO E CONSUMO CLASSIFICADAS COMO DESTINADAS A INDUSTRIALIZAÇÃO.

0245 – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) PERÍODO DE 07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 4

– diferencial de alíquotas concernentes à (s) aquisição (ões) de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa: ENTRADAS PARA O USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO EM QUE NÃO FOI CONSTATADO O PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA E ENTRADAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO CLASSIFICADAS NA EFD DO CONTRIBUINTE COMO PARA INDUSTRIALIZAÇÃO.

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Em decorrência desses fatos, o Representante Fazendário constituiu o crédito tributário na quantia total de R\$ 199.455,76 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e setenta e seis centavos)), sendo: R\$ 117.270,08 (cento e dezessete mil, duzentos e setenta reais e oito centavos) de ICMS e R\$ 82.185,68 (oitenta e cinco mil, cento e oitenta e cinco reais e sessenta e oito centavos) de multa por infração.

Foram apontados como infringidos os artigos descritos na tabela a seguir, sendo propostas multas com fulcro nos seguintes dispositivos:

Acusação	Infração Cometida/Diploma Legal - Dispositivos	Penalidade Proposta/Diploma Legal – Dispositivos
CRÉDITO INDEVIDO (MERC. DESTINADAS O USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO)	Art. 72, § 1º, I, do RICMS/PB	Art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96
DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO)	Art. 106, II, “c” e § 1º c/c art. 2º, § 1º, IV; art. 3º, XIV e art. 14, X, todos do RICMS/PB	Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96
FALTA LANÇAMENTO N.F. AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	Art. 158, I; 160, I; c/ fulcro no Art. 646, do RICMS/PB.	Art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96

Instruem o Auto de Infração: Ordem de serviços Normal, Termo de início e de Encerramento de Fiscalização, planilhas, tabelas e procedimentos fiscais e demonstrativos fiscais apurados (fls.5-23).



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 5

Cientificada pessoalmente da presente Ação Fiscal, em 08.10.2019, (fl. 04), a autuada apresentou Reclamação tempestiva (fls. 29-50), por intermédio de seus procuradores legalmente habilitados, protocolada em 07.11.2019, (fl.28), argumentando, em sua defesa, o que segue:

- que às infrações 1 e 2 (CRÉDITO INDEVIDO E ICMS – DIFAL), contemplam mercadorias adquiridas pela impugnante que eram, em verdade, produtos intermediários do processo produtivo do cimento e não bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, relevando-se devida a apropriação dos respectivos créditos de ICMS, bem como o não pagamento do ICMS-diferencial de alíquota, diante da sistemática do princípio da não cumulatividade constitucional, contido no art. 155, §2, I, da CF/88, sendo impropria a autuação fiscal, haja vista a ocorrência de equívoco da fiscalização ao deixar de considerar o aproveitamento de crédito do ICMS;
- que o fisco estadual deixou de considerar os conceitos inerentes aos chamados bens e/ou consumo produtos intermediários e de consumo direto em razão do processo produtivo, mesmo que não haja contato físico direto com o resultado industrial, evidenciando impropriedade da classificação adotada pela fiscalização para declarar indevido o aproveitamento de créditos realizados pela empresa;
- que a fiscalização reconhece que alguns itens apurados de mercadorias, de fato, se verificam ser devido o recolhimento do ICMS – DIFAL, por ser adquiridas para uso e consumo no importe de R\$ 9.383,25, porém as demais aquisições pertencem ao processo produtivo do cimento da sua extração até a estocagem e expedição, o que comprova os produtos adquiridos são intermediários os quais foram consumidos ao longo do processo produtivo para integrar o produto final, guardadas as particularidades de cada material;
- que no tocante a infração n. 03 (NF NÃO LANÇADAS), a Impugnante reconhece o equívoco de não ter recolhido o ICMS de apenas uma nota fiscal relativa ao item “ Saco de papel Colva 2 SAK”, onde as demais notas fiscais contemplam mercadorias destinadas ao uso e consumo e que sobrevieram mercadorias optantes pelo Simples Nacional, sendo inexigível a escrituração do ICMS decorrente de tais operações fiscais pela impossibilidade de aproveitamento de crédito a ele correlato em operações futuras, cabendo, no máximo, a aplicação de penalidade acessória;
- que a penalidade aplicada se revela desproporcional, sendo manifestamente confiscatória, por ferir o art. 150 inciso IV da CF/88, situação reconhecida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao STF, requerendo nulidade e/ou redução das penalidades impostas pelos argumentos jurídicos levantados;



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 6

- que seja deferida a realização de produção de prova pericial na forma do art. 58 da Lei n. 10.094/2013;

Por fim, a defesa solicita a improcedência do auto de infração com a extinção do crédito tributário constante nos autos, requer, ainda, que todas as intimações sejam realizadas em nome do Advogado André Mendes Moreira, OABMG n. 87.017, em endereço citado na defesa às fls. 48 dos autos.

Em anexo a defesa, consta planilhas, demonstrativos e fotos, dispostos às fls. 52 a 104 dos autos.

Sem informação de antecedentes fiscais que reflitam no presente caso (*fl. 105*), os autos foram conclusos (*fl. 106*), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, João Lincoln Diniz Borges, que atendendo ao pleito do contribuinte, determinou a realização de diligência conforme documento de fls. 109-110.

Realizada a diligência fiscal, o agente autuante pronunciou-se sobre as alegações do contribuinte às fls. 131-135 e, em ato contínuo, o processo retornou de imediato à GEJUP, onde o julgador singular decidiu pela **procedência** do feito fiscal (*fls. 137-156*), nos termos da ementa a seguir:

CRÉDITO INDEVIDO. MATERIAIS QUE NÃO INTEGRAM O PRODUTO FINAL. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO. PROCEDENTE . NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. DENÚNCIAS MANTIDAS.

- A lavratura do auto de infração foi procedida consoante às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais, essenciais à sua validade, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

- Confirma-se a denúncia de crédito indevido em mercadorias adquiridas para uso e consumo, não se revelando a legitimidade necessária para usufruto creditício, visto que os produtos adquiridos não se integram ao produto final na qualidade de insumos, não gerando direito ao creditamento do ICMS.



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 7

- *É cabível a cobrança de ICMS relativa à diferença de alíquotas nas operações interestaduais com mercadorias e/ou bens destinados para uso e/ou consumo de estabelecimento adquirente de o contribuinte, diante da previsão normativa estatuídas na legislação fiscal deste Estado.*
- *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, inciso IV do RICMS/PB, visto representar dispêndios não declarados suportados por receitas omitidas, situação aplicada ao caso presente, diante da falta de prova negativa de que as notas fiscais de entradas foram registradas nos livros próprios.*
- *Regularidade na aplicação da penalidade de multa aplicada, tendo em vista o princípio da legalidade ao qual se submete o agente administrativo.*
- *Inocorrência de situação de confisco ou abusividade da pena aplicada.*

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Ciente da decisão de primeira instância, através do DT-e, em 26.10.2021 (fl.159), a autuada, através de seus procuradores, protocolou Recurso Voluntário, em 22.11.2021 (fl.161-181), no qual consta, em síntese, os seguintes argumentos:

- **preliminarmente:**

- *seja anulada a decisão singular e determinado o retorno dos autos à origem, a fim de que se determine a realização prova pericial técnica de engenharia, ou, subsidiariamente, seja oportunizado à Recorrente o direito de se manifestar acerca da diligencia fiscal;*

- **no mérito:**

- *sejam canceladas as infrações 0194 e 0245, tendo em vista que as mercadorias adquiridas eram, em verdade, produtos intermediários, insubsistindo a glosa dos créditos de ICMS e cobrança de ICMS-Difal;*

- *seja cancelada a infração n. 0009, ante a inexistência de saída pretérita de mercadorias tributáveis, tendo em vista tratar-se de mercadorias destinadas a uso e consumo, bem como a impossibilidade de creditamento pela Empresa*



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 8

dos valores relativos à entrada de mercadorias adquiridas de empresas enquadradas no Simples Nacional;

- sejam canceladas as multas aplicadas de 50% e 100% do valor do tributo, haja vista o seu caráter confiscatório, ou, subsidiariamente, seja reduzida a patamares constitucionalmente adequados.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, os autos foram distribuídos a este Relator para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n. **93300008.09.00003019/2019-63**, lavrado contra a LAFARGEHOLCIM (BRASIL) S.A , com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo prevista no artigo 77, da Lei n. 10.094/2013.

Convém, destacarmos que está perfeitamente determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator, os dispositivos legais infringidos como também a norma legal que impõe as sanções aplicadas, por isso o auto de infração ora combatido não recai em nenhuma das hipóteses de nulidade prevista no artigo 17 da Lei nº 10.094/2013 nem fere o art. 142 do Código Tributário Nacional:

LEI Nº 10.094/2013

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

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

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

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



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 9

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

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O contribuinte ora autuado foi acusado de: (1) – Crédito Indevido (MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO), (2)- Diferencial de Alíquotas – Falta de Recolhimento do ICMS (MERC. P/ USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) PERÍODO DE 07.03.02), (3) - Falta de Lançamento de N.F. de Aquisição nos Livros próprios.

Na sequência, passemos a análise da preliminar suscitadas pela recorrente.

PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA PELA GEJUP POR MANIFESTA VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Em sede de preliminar de mérito pugna a recorrente pela nulidade da decisão de primeira instância em razão (i) da ausência de intimação da autuada acerca da diligência fiscal e, também, (ii) pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial técnica (engenharia) requerido, culminando em manifesto cerceamento do direito de defesa e violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

No que se refere ao requerimento relacionado à produção de prova pericial técnica, convém destacar que andou bem o ilustre julgador monocrático ao indeferir a realização de tal procedimento por “inexistir previsão legal para realização de prova pericial ou perícia técnica”.

A perícia técnica se presta a esclarecer ou evidenciar fatos presentes no processo, correspondendo a instrumento que tem por finalidade desvendar questões que levam em si maior complexidade e exigem conhecimento especializado que desborda da atividade fiscal em si, porém, como tal instituto não está previsto no ordenamento tributário paraibano, não deve prosperar a arguição de nulidade com base no indeferimento desta produção de prova pericial.

Entretanto, o julgador monocrático converteu o julgamento em diligência, no intuito de dirimir os questionamentos levantados, motivo pelo qual determinou o retorno dos



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 10

autos à repartição preparadora par arbitramento de custas e notificação do contribuinte para confirmação do procedimento, conforme estipulado pelos arts. 59 §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 10.094/2013.

Nesse ponto, convém destacar que, após os trâmites de praxe, o contribuinte foi notificado e acolheu a realização da diligência (fls. 121 a 124), tendo sido realizadas as análises e depurações fiscais apontadas na peça de defesa.

Ocorre que, constou no despacho de diligência o seguinte alerta:

Cumprida o solicitado, deve o processo retornar para fins de apreciação e julgamento.

Deve ser também, encaminhada intimação ao advogado postulado na peça de defesa, com endereço eletrônico: intinacoesbh@sachacalmon.com.br e endereço profissional na Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 13º andar, Vale do Sereno, Nova Lima, CEP 34.056-006.

Sobre a necessidade de intimação ao patrono do sujeito passivo, convém destacar que o processo administrativo não está adstrito aos mesmos rigores do processo judicial, sendo regido, em virtude do princípio da legalidade, pelas determinações normativas que estipulem as formalidades essenciais ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório pelo administrado.

Nesse sentido, não existe previsão na Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT/PB) de obrigatoriedade para que as notificações e/ou intimações sejam feitas aos advogados, ou mesmo, que os Órgãos Julgadores atendam a tais requerimentos, pois, com o advento do meio informatizado de cientificação/notificação, adotado pela SEFAZ/PB (Domicílio Tributário Eletrônico – DTe), previsto no art. 46, III, da Lei nº 10.094/2013, as notificações relacionadas aos processos administrativos tributários devem ser efetuadas por esse meio que, entretanto, exige o credenciamento prévio do sujeito passivo.

Por sua vez, o sujeito passivo pode permitir o acesso de terceiros – inclusive, advogados - a seu DTe, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º do Decreto nº 37.276/2017.

Dessa forma, apesar de o Conselho de Recursos Fiscais possuir entendimento consolidado no qual não há a necessidade de intimação aos patronos do contribuinte quando este possui inscrição estadual ativa, não há como se desconsiderar a determinação procedimental indicada pela instância prima.

Compulsando o caderno processual, constata-se que, de fato, após o encaminhamento do processo à repartição preparadora para a realização da diligência, o processo foi remetido de imediato à GEJUP, sem que a determinação da instância prima fosse atendida.



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0676/2022
Página 11

Assim, com o devido respeito ao entendimento do ilustre julgador monocrático, entendo que ao fazer constar procedimento específico sobre a realização da diligência, tal ato procedimental deveria ter sido observado, sob pena de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, preconizados no art. 32 da Lei nº 10.094/2013, *in verbis*:

Art. 32. É garantida ao contribuinte a ampla defesa e o contraditório na esfera administrativa, respeitada a observância dos prazos legais.

Desse modo, por todas as razões supra, e com vistas a resguardar a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual, acolho a preliminar suscitada pela recorrente.

E, tendo em vista o desfecho acima, resta prejudicada a análise do mérito da causa.

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo seu provimento, para declarar NULA a sentença exarada na instância prima, que considerou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003019/2019-63, lavrado em 17.09.2019, contra a empresa LAFARGEHOLCIM (BRASIL) S.A, inscrição estadual n.16.279.540-8, devidamente qualificada nos autos.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por videoconferência, em 14 de dezembro de 2022.

José Valdemir da Silva
Conselheiro Relator