



PROCESSO Nº 2384392021-4 - e-processo nº 2021.000267261-6

ACÓRDÃO Nº 235/2023

TRIBUNAL PELNO

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

1ª Recorrida: SORELLE SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados: Sr.º RINALDO MOUZALAS DE SOUZA E SILVA, inscrito na OAB/PB sob o nº 11.589 E RICARDO MAGALDI MESSETTI, inscrito na OAB/PB sob o nº 29.585-A

2ª Recorrente: SORELLE SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA.

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ MAGNO DE ANDRADE

Relatora: CONS.ª LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

**CRÉDITO INDEVIDO (MAIOR DO QUE O PERMITIDO)
- ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO -
IMPERFEIÇÃO NO COTEJO ENTRE A NORMA
TRIBUTÁRIA E O FATO JURÍDICO - NULIDADE -
VÍCIO MATERIAL - AUTO DE INFRAÇÃO NULO -
REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA -
RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
DESPROVIDOS.**

- A falta de recolhimento do ICMS decorrente de aproveitamento indevido de créditos fiscais configura afronta à legislação tributária estadual. In casu, diante da dissonância existente entre a infração descrita na inicial e a nota explicativa a ela associada, restou caracterizado inequívoco erro de direito, porquanto configurada imperfeição no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra-matriz de incidência, o que acarretou a decretação da nulidade dos lançamentos por vício material.

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

ACORDAM à unanimidade e de acordo com o voto vista, pelo Cons.º Sidney Watson Fagundes da Silva, a Cons.ª Relatora aderiu ao voto inicialmente divergente, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos.



Contudo, em observância aos princípios da autotutela e da verdade material, reformo, de ofício, a decisão recorrida, declarando nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002341/2021-90, lavrado em 13 de novembro de 2021 em desfavor da empresa SORELLE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Destaco a possibilidade de realização de novo lançamento fiscal, observado o prazo decadencial estabelecido no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

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

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de maio de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 2384392021-4 - e-processo nº 2021.000267261-6

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: SORELLE SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados: Sr.º RINALDO MOUZALAS DE SOUZA E SILVA, inscrito na OAB/PB sob o nº 11.589 E RICARDO MAGALDI MESSETTI, inscrito na OAB/PB sob o nº 29.585-A

2ª Recorrente: SORELLE SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA.

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ MAGNO DE ANDRADE

Relatora: CONS.ª LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

CRÉDITO INDEVIDO (MAIOR DO QUE O PERMITIDO) - ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO - IMPERFEIÇÃO NO COTEJO ENTRE A NORMA TRIBUTÁRIA E O FATO JURÍDICO - NULIDADE - VÍCIO MATERIAL - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A falta de recolhimento do ICMS decorrente de aproveitamento indevido de créditos fiscais configura afronta à legislação tributária estadual. In casu, diante da dissonância existente entre a infração descrita na inicial e a nota explicativa a ela associada, restou caracterizado inequívoco erro de direito, porquanto configurada imperfeição no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra-matriz de incidência, o que acarretou a decretação da nulidade dos lançamentos por vício material.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002341/2021-90, lavrado em 13 de novembro de 2021, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Específica nº 93300008.12.00007229/2020-14 denuncia a empresa SORELLE SERVIÇOS DE



ALIMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.258.555-1, de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

0061 – CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO)
>> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual ao utilizar indevidamente crédito fiscal destacado em documento fiscal, em valor maior do que o permitido.

Nota Explicativa:

CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. EMPRESA COM ATIVIDADE ECONÔMICA DE LANCHONETE, CASA DE CHÁ, SUCOS E SIMILARES (CNAE 5611-2/03), PROCEDEU AJUSTES NA ESCRITA FISCAL, EM LIVRO DE REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS, EM DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES, CONFORME CÓDIGOS DE AJUSTES PB020001, DESCRIÇÃO DO AJUSTE OUTROS CRÉDITOS PARA AJUSTE DE APURAÇÃO ICMS PARA A PB ICMS BARES E RESTAURANTES; CÓDIGO DE AJUSTES PB010007, DESCRIÇÃO DO AJUSTE TOTAL ESTORNOS DE CRÉDITOS E CÓDIGO DE AJUSTES PB030005, DESCRIÇÃO DO AJUSTE TOTAL ESTORNOS DE DÉBITOS. O RESULTADO DESSES AJUSTES É QUE OS VALORES DOS CRÉDITOS (ESTORNOS DE DÉBITOS) SUPERARAM OS VALORES DOS DÉBITOS (ESTORNOS DE CRÉDITOS) E EM CONSEQUÊNCIA REDUZINDO O VALOR DO ICMS DEVIDO. A EMPRESA UTILIZOU-SE DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NA FORMA DISPOSTA NO ART. 1º DO DECRETO Nº 33.657/2012. HÁ JULGADOS PROFERIDOS PELO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS PB, ACÓRDÃOS DE Nº 176/2016 E DE Nº 473/2020, QUE DECIDIRAM QUE ATIVIDADE ECONÔMICA DE LANCHONETE, CASA DE CHÁ, SUCOS E SIMILARES (CNAE 5611-2/03) NÃO É CONTEMPLADA PELO BENEFÍCIO ESTABELECIDO NO DISPOSTO NO DECRETO DE Nº 33.657/2012. SENDO ASSIM, FORAM ELABORADOS OS DEMONSTRATIVOS DA CONTA CORRENTE DO ICMS, REFERENTES AOS EXERCÍCIOS DE 2016 (PARCIAL), 2017, 2018 E 2019.

Em decorrência deste evento, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 74 c/c o 75, § 1º, do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 1.267.693,08 (um milhão, duzentos e sessenta e sete mil, seiscentos e noventa e três reais e oito centavos), sendo R\$ 633.846,54 (seiscentos e trinta e três mil, oitocentos e quarenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos) de ICMS e quantia idêntica a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 5 a 125.

Depois de cientificada da autuação em 24 de novembro de 2021, a autuada, por intermédio de seus advogados, protocolou, em 24 de dezembro de 2021, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em comento, por meio da qual alega, em síntese, que:



- a) A empresa exerce atividade enquadrada no Decreto nº 33.657/12, que concede redução de base de cálculo do ICMS;
- b) A desconsideração do benefício de que trata o referido Decreto configura afronta aos princípios da segurança jurídica, da capacidade contributiva e da isonomia;
- c) O termo “similares” contido no Decreto nº 33.657/12 alcança, além de bares e restaurantes, também as lanchonetes, casas de chá, casas de suco e similares, de modo a contemplar os estabelecimentos do mercado de alimentos;
- d) A multa aplicada, além de indevida, tem efeito confiscatório.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal Graziela Carneiro Monteiro, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

CRÉDITO INDEVIDO. CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO. ATIVIDADE NÃO CONTEMPLADA PELO BENEFÍCIO FISCAL. DECADÊNCIA. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE.

Crédito Indevido

- Utilização de créditos fiscais em montante superior ao permitido na legislação de regência o torna indevido.
- Entendimento do Conselho de Recursos Fiscais deste Estado afasta a aplicação do benefício fiscal da redução da carga tributária para empresas cadastradas com o CNAE 5611-2/03 – Lanchonetes, Casas de Chá, de Sucos e Similares.
- Decadência de parcela dos lançamentos tributários.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

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

Cientificado da sentença proferida pela instância prima em 25 de junho de 2022, o sujeito passivo protocolou, no dia 21 de julho de 2022, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por intermédio do qual reapresenta as alegações trazidas em sua impugnação e acrescenta que:

- a) A decisão singular deve ser reformada, na medida em que não houve, por parte da julgadora, a análise criteriosa da atividade efetivamente exercida pela recorrente, o que levaria à conclusão diametralmente oposta, qual seja, o direito ao benefício de redução da base de cálculo do ICMS;
- b) A empresa não fez uso de qualquer crédito indevido, mas de benefício que lhe é conferido pela legislação tributária do Estado da



Paraíba e autorizada pelo CONFAZ para empresas do setor de bares, restaurantes e similares;

- c) O Parecer nº 2016.01.05.00022, utilizado na decisão monocrática para fundamentar a parcial procedência da autuação, afasta o benefício daquelas lanchonetes que estão localizadas em cinema, quando o consumidor final não irá consumir o alimento no estabelecimento daquele contribuinte, visto que, como é cediço, os alimentos são adquiridos para serem consumidos no transcorrer dos filmes. Ademais, o parecer também destaca que as lanchonetes localizadas em cinema não podem ser classificadas como similares a bares e restaurantes por “não possuírem o serviço de mesa”;
- d) A recorrente possui serviço de mesa, ofertando local apropriado para o consumo dos alimentos nas dependências do estabelecimento.

Ao final, a recorrente requer:

- a) Que todas as intimações sejam remetidas em nome dos Beis. Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva e Ricardo Magaldi Messetti, sob pena de nulidade;
- b) A produção de todas as provas em direito admitidas;
- c) A realização de sustentação oral.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

Ato contínuo, diante da solicitação para realização de *sustentação oral*, os autos foram remetidos à Assessoria Jurídica, com arrimo no art. 20, X, do Regimento Interno do CRF/PB, aprovado pela Portaria SEFAZ nº 080/2021, que se manifestou por meio de Parecer Técnico anexo aos autos.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em exame versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do ICMS em virtude de haver o contribuinte se apropriado indevidamente de créditos fiscais destacados em documentos fiscais em valores maiores do que o permitido, no período de julho de 2016 a dezembro de 2019.

Consoante registrado na inicial, a conduta infracional foi enquadrada como violação aos artigos 74 e 75, § 1º, do RICMS/PB:



Art. 74. Quando o imposto destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor correto, observadas as normas concernentes à base de cálculo e alíquota aplicável.

Parágrafo único. Na entrada de mercadorias remetidas por estabelecimento de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - tratando-se de mercadorias oriundas das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Estado do Espírito Santo: 12%;

II - tratando-se de mercadorias provenientes das Regiões Sudeste e Sul: 7%;

III - tratando-se de serviço de transporte aéreo: 4%;

IV - tratando-se de mercadorias ou bens importados do exterior nos termos do inciso VIII do art. 13 deste Regulamento: 4% (quatro por cento).

Art. 75. Salvo disposição expressa em contrário, não será admitida a dedução do imposto não destacado na nota fiscal ou calculado em desacordo com as normas da legislação vigente.

§ 1º Na hipótese do imposto destacado a menor, o contribuinte poderá creditar-se, apenas, do valor destacado na primeira via da nota fiscal emitida pelo vendedor ou prestador de serviço, observado o disposto no parágrafo seguinte.

Na nota explicativa associada à denúncia, o agente fazendário que subscreve a inicial destaca que:

“(…) A EMPRESA UTILIZOU-SE DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NA FORMA DISPOSTA NO ART. 1º DO DECRETO Nº 33.657/2012. HÁ JULGADOS PROFERIDOS PELO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS PB, ACÓRDÃOS DE Nº 176/2016 E DE Nº 473/2020, QUE DECIDIRAM QUE ATIVIDADE ECONÔMICA DE LANCHONETE, CASA DE CHÁ, SUCOS E SIMILARES (CNAE 5611-2/03) NÃO É CONTEMPLADA PELO BENEFÍCIO ESTABELECIDO NO DISPOSTO NO DECRETO DE Nº 33.657/2012. SENDO ASSIM, FORAM ELABORADOS OS DEMONSTRATIVOS DA CONTA CORRENTE DO ICMS, REFERENTES AOS EXERCÍCIOS DE 2016 (PARCIAL), 2017, 2018 E 2019.” (g. n.)

Em razão da irregularidade constatada, foi aplicada a multa inculpada no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(…)

V - de 100% (cem por cento):

(…)



h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Nova redação dada à alínea “h” do inciso V do “caput” do art. 82 pela alínea “e” do inciso I do art. 2º da Lei nº 11.615/19 - DOE de 27.12.19.

h) aos que utilizarem crédito indevidamente;

A Nota Explicativa é parte integrante do Auto de Infração e, como o próprio nome indica, apesar de não ser de preenchimento obrigatório, tem função de detalhar, clarificar a denúncia, servindo de complementação à Descrição da Infração sempre que se faça necessário.

No caso em tela, observa-se que, no aludido campo do Auto de Infração, o auditor fiscal teve o cuidado de pormenorizar os fatos que motivaram a exação fiscal.

Em que pese o detalhamento apresentado, o fato é que a situação retratada não se amolda à descrição da infração, na medida em que, enquanto a nota explicativa destaca que o contribuinte teria se utilizado indevidamente da redução da base de cálculo do ICMS de que trata o artigo 1º do Decreto nº 36.657/12, a infração se reporta à utilização indevida de crédito fiscal destacado em documento fiscal em valor maior do que o permitido.

Compulsando o caderno processual, verificamos que os Demonstrativos da Conta Corrente do ICMS estão insertos nos autos da seguinte forma: (i) 2016 – Anexo 15 (fl. 28); (ii) 2017 – Anexo 24 (fl. 51); (iii) 2018 – Anexo 33 (fl. 74); (iv) 2019 – Anexo 42 (fl. 97), examinando-os, de imediato, nota-se que não está apurado ou demonstrado crédito indevido, visto que não há o estorno do referido crédito.

O fato é que, ao reconstituir a conta corrente do ICMS do sujeito passivo, o auditor fiscal se valeu das informações prestadas pelo contribuinte, desconsiderando os ajustes promovidos pela autuada a título de estornos de créditos e de débitos.

Vejamos, a título exemplificativo, o levantamento referente ao mês de novembro de 2016.



ESTADO DA PARAÍBA		CONTA CORRENTE DO ICMS (CRÉDITOS FISCAIS)											
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA		EXERCÍCIO: 2 0 1 6											
GERÊNCIA OPERACIONAL DE ATENDIMENTO DE CONTRIBUINTE													
SUBGERÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS DA 3ª REGIÃO													
EMPRESA: SORELLE SERVICOS DE ALIMENTOS LTDA										INSC. EST.: 16.258.555-1			
ENDEREÇO: R PAULO DE FRONTIN, 352, CATOLÉ, CAMPINA GRANDE/PB										CNPJ/MF: 19.963.142/0002-63			
DEMONSTRATIVO DA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE DO ICMS													
MÊS	SALDO CREDOR ANTERIOR	DÉBITO PELAS SAÍDAS	DÉBITO CONFORME LIVRO *	DÉBITOS NÃO LANÇADOS	CRÉDITOS CONFORME LIVRO	CRÉDITOS (GARANTIDO + ANTEC.)	CRÉD. NÃO COMPROV. (EXTORNO)	SALDO DEVEDOR FINAL	SALDO CREDOR FINAL	SALDO CREDOR A TRANSFERIR	SALDOS DE ICMS A RECOLHER	ICMS RECOLHIDO	DIFERENÇA DE ICMS A RECOLHER
JAN	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
FEV	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
MAR	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ABR	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
MAI	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
JUN	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
JUL	0,00	46.876,67	46.876,67	0,00	0,00	8.080,23	0,00	46.876,67	8.080,23	0,00	38.796,44	6.249,35	32.547,09
AGO	0,00	39.187,44	39.187,44	0,00	0,00	5.054,92	0,00	39.187,44	5.054,92	0,00	34.132,52	5.213,42	28.919,10
SET	0,00	42.263,12	42.263,12	0,00	0,00	7.258,89	0,00	42.263,12	7.258,89	0,00	35.004,23	736,27	34.267,96
OUT	0,00	50.141,45	50.141,45	0,00	10.775,24	6.485,81	0,00	50.141,45	17.261,05	0,00	32.880,40	6.360,40	26.520,00
NOV	0,00	41.426,31	41.426,31	0,00	7.230,24	8.719,70	0,00	41.426,31	15.949,94	0,00	25.476,37	5.487,44	19.988,93
DEZ	0,00	44.046,98	44.046,98	0,00	10.037,05	5.009,09	0,00	44.046,98	15.046,14	0,00	29.000,84	5.873,21	23.127,63
TOTAIS	0,00	263.941,97	263.941,97	0,00	28.042,53	40.608,64	0,00	X-X-X-X-X-X	X-X-X-X-X-X	X-X-X-X-X-X	195.290,80	29.920,09	165.370,71

* Lançar dados extraídos do Livro de Apuração do ICMS, se as informações prestadas for através de GIM; se for através de EFD, copie os dados da coluna "DÉBITOS PELAS SAÍDAS".

Com efeito, a diferença tributável no valor de R\$ 19.988,93 (dezenove mil, novecentos e oitenta e oito reais e noventa e três centavos), identificada para o mês de novembro de 2016, representa o resultado da seguinte operação aritmética: total dos débitos (R\$ 41.426,31) - total dos créditos do período (R\$ 15.949,94)¹ - valor do ICMS recolhido (R\$ 5.487,44).

Por sua vez, no Livro Registro de Apuração do ICMS do sujeito passivo, observam-se as informações abaixo reproduzidas:

¹ Valor total dos créditos por entradas (R\$ 7.230,24) + ICMS Normal Fronteira - Garantido (R\$ 8.719,70).

**Registros Fiscais da Apuração do ICMS**

Emitido em: 14/11/2021

Contribuinte...: SORELLE SERVICOS DE ALIMENTOS LTDA - EPP

CNPJ.....: 19.963.142/0002-63

Inscrição Estadual.....: 162585551

Período de Apuração: 11/2016

Saídas e prestações com débito do imposto	41.426,31
Valor total dos ajustes a débito (decorrentes do doc. fiscal)	0,00
Valor total dos ajustes a débito do imposto	0,00
Valor total dos estornos de crédito	15.949,94
Valor total dos créditos por entradas e aquisições com crédito do imposto	7.230,24
Valor total dos ajustes a crédito (decorrentes do doc. fiscal)	0,00
Valor total dos ajustes a crédito do imposto	8.719,70
Valor total dos estornos de débito	35.902,37
Valor total do saldo credor do período anterior	0,00
Valor do saldo devedor	5.523,94
Valor total das deduções	0,00
Valor total do ICMS a recolher	5.523,94
Valor total do saldo credor a transportar para o período seguinte	0,00
Valores recolhidos ou a recolher, extra-apuração	0,00

Demonstrativo do valor total dos ajustes

Demonstrativo Estornos de créditos

Código de ajuste	Descrição do ajuste	Valor do ajuste
PB010007		15.949,94
Total Estornos de créditos		15.949,94

Demonstrativo Estornos de débitos

Código de ajuste	Descrição do ajuste	Valor do ajuste
PB030005		35.902,37
Total Estornos de débitos		35.902,37

Demonstrativo Outros créditos

Código de ajuste	Descrição do ajuste	Valor do ajuste
PB020012	Garantido recolhido - Valor de crédito para ajuste do ICMS PB - ICMS NORMAL FRONTEIRA 10-2016	8.719,70
Total Outros créditos		8.719,70

Fim Período de Apuração: 11/2016

Diante deste cenário, imperioso assinalarmos que, de acordo com a nota explicativa e considerando toda a instrução processual, a questão que se discute nos autos é quanto à possibilidade ou não de o contribuinte se beneficiar da redução de base de cálculo do ICMS de que trata o Decreto nº 33.657/12.

Ademais, a própria recorrente reconhece tanto na impugnação como no recurso voluntário que reduziu a base de cálculo do ICMS nos termos do art. 1º do Decreto nº 33.657/2012, que segundo jurisprudência reiterada deste Conselho de Recursos Fiscais, Acórdãos nº 176/2016 e 473/2020, configura crédito indevido, no entanto, os demonstrativos fiscais que instruem a acusação não a comprovam.



Tomando por base a apuração do mês de novembro de 2016, já reproduzida anteriormente, tem-se que:

- As saídas e prestações com débito do imposto, no montante de R\$ 41.426,31 (quarenta e um mil, quatrocentos e vinte e seis reais e trinta e um centavos), representam uma base de cálculo de R\$ 230.146,17 (duzentos e trinta mil, cento e quarenta e seis reais e dezessete centavos)².
- Aplicando-se a carga tributária de que trata o artigo 1º do Decreto nº 33.657/12³ diretamente sobre a base de cálculo acima destacada, obtém-se um valor de ICMS devido de R\$ 5.523,51 (cinco mil, quinhentos e vinte e três reais e cinquenta e um centavos), que corresponde - afastando-se eventuais diferenças de arredondamento - ao valor total do ICMS a recolher informado pelo contribuinte (R\$ 5.523,94).
- Sendo assim, o que se verifica é que a recorrente, para efeito de apuração do ICMS devido, realizou estorno de débito (e não creditamento indevido), bem como estornos de crédito (em observância ao que determina o parágrafo único do Decreto nº 33.657/12) para fruição do benefício de redução de base de cálculo do ICMS disciplinado no referido normativo.

Logo resta evidente a dissonância entre a descrição da infração (crédito indevido) e sua nota explicativa; e, por outro viés, o descompasso entre a acusação e os valores registrados na EFD.

Assim, pelos motivos acima, com as devidas vênias ao entendimento apresentado na instância prima, cabe-nos reconhecer que o equívoco cometido quando da elaboração da peça acusatória não tem natureza meramente formal, porquanto não decorreu de erro instrumental. Isto porque, da forma como fora produzida a peça acusatória, é possível concluir que o vício alcança o próprio conteúdo do lançamento, de tal modo que a declaração da nulidade por vício material é medida que se impõe.

² A base de cálculo foi obtida dividindo-se o total das saídas e prestações com débito do imposto pela alíquota interna (18%).

³ Art. 1º Até 31 de dezembro de 2014, fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) sobre o valor do fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como, na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênio ICMS 91/12).

Nova redação dada ao "caput" do art. 1º pelo art. 1º do Decreto nº 37.122/16 - DOE de 13.12.16.

Art. 1º Até 30 de abril de 2017 fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) sobre o valor do fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como, na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas sujeitas à sistemática da substituição tributária (Convênios ICMS 91/12 e 107/15).

Parágrafo único. Na fruição do benefício de que trata o "caput" é vedado o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, assim também a apropriação de outros créditos provenientes de suas operações de aquisição, inclusive do ativo imobilizado, energia elétrica ou do material para uso ou consumo, bem como a acumulação com qualquer outro benefício fiscal previsto na legislação.



Por fim, destaco a possibilidade de realização de novo lançamento de ofício, observado o prazo decadencial estabelecido no § 3º do art. 22 da Lei nº 10.094/2013:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

(...)

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

No que se refere ao pedido para que as intimações sejam remetidas em nome dos patronos da recorrente, indefiro-o por ausência de previsão legal, devendo ser observadas, para tanto, as prescrições contidas no artigo 11 da Lei nº 10.094/13.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos. Contudo, em observância aos princípios da autotutela e da verdade material, reformo, de ofício, a decisão recorrida, declarando nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002341/2021-90, lavrado em 13 de novembro de 2021 em desfavor da empresa SORELLE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA., eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Destaco a possibilidade de realização de novo lançamento fiscal, observado o prazo decadencial estabelecido no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 30 de maio de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora