



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 046.107.2013-2

Recurso HIE/CRF Nº 057/2015

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Recorrida: WUP TRANSPORTES LTDA.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: FRANCISCA REGINA D M CAMPOS

Relatora: CONS^a. GILVIA DANTAS MACEDO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTA. REVELIA PROCESSUAL. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. VICIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O feito fiscal que revela imprecisão na descrição do fato infringente traz a eiva que lhe vicia a consistência jurídica, tornando-o passível de anulação. In casu, inexistiu relação causal entre a denúncia e as provas trazidas aos autos pela fiscalização, sem que disso resulte a impossibilidade do autor em intentar nova ação.

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

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para modificar a sentença exarada na instância monocrática e julgar *nuloo* Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000561/2013-79 (fl. 3), lavrado em 24/4/2013, contra a empresa WUP TRANSPORTES LTDA., CCICMS nº 16.159.307-0, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário.

Em tempo, determino à repartição preparadora as providências necessárias à realização de novo feito, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em
27 de abril de 2017.

GILVIA DANTAS MACEDO
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA E NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000561/2013-79 (fl. 3), lavrado em 24/4/2013, contra a empresa WUP TRANSPORTES LTDA. (CCICMS: 16.159.307-0), em razão da seguinte irregularidade:

ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. PARA USO E/OU CONSUMO DO EST.) (PERÍODO A PARTIR DE 7.3.02) - Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o ICMS diferencial e alíquotas concernentes às aquisições de mercadorias para uso e/ou consumo do estabelecimento, durante os exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Admitida a infringência aos art. 106, II, “c” e § 1º c/c art. 2º, § 1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo proposta multa por infração com fulcro no art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96, com exigência de crédito tributário no valor de R\$ 166.116,18 (cento e sessenta e seis mil cento e dezesseis reais e dezoito centavos), sendo R\$ 83.058,09 (oitenta três mil cinquenta e oito reais e nove centavos) de ICMS, e R\$83.058,09 (oitenta três mil cinquenta e oito reais e nove centavos) de multa por infração.

Documentos instrutórios constam às fls. 6 a 12, dos autos.

Dada a ciência da autuação aos sócios da empresa, por AR, no dia 6/6/2013, (fl. 14 e 15), a autuada não apresentou defesa, tornando-se revel, fls. 15. E, após informação fornecida pela autoridade preparadora de não haver antecedentes fiscais (fl. 16), os autos foram conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, com distribuição ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que, após a análise, julgou o libelo basilar parcialmente procedente, entendendo que houve uma falta de recolhimento do ICMS DIFAL relativo a mercadorias para o ativo fixo (fls. 20 a 23), caso em que reduziu, apenas, o valor da multa, justificando que a lei retroage para beneficiar o réu, com interposição de recurso de ofício.

Sequencialmente, foi dada ciência a autuada da decisão de primeira instância no dia 3.6.2014, por edital, fls. 28, sobre a qual também não se manifestou.

Ato continuo, a fiscalização autuante concorda com a decisão singular, conforme se vê às fls. 30

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o Relatório.

VOTO

Em exame, Recurso Hierárquico interposto contra decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente a ação fiscal, cuja decisão dirigiu-se no sentido de manter a autuação, reduzindo, apenas, o valor referente à multa, visando adequar-se à legislação atual.

Conforme consta do processo, a autuada, tendo como atividade principal o ramo de Transporte Rodoviário Coletivo de Passageiros, – CNAE 4929-9/02, deixou de recolher o ICMS - Diferencial de Alíquota, nas aquisições de bens em outras unidades da Federação.

No caso dos autos, por ocasião da descrição do fato infringente, a fiscal autuante descreveu a infração como sendo falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota relativo a produtos destinados ao uso e ou consumo do estabelecimento, sendo que, todavia, conforme se constata das cópias das notas fiscais anexadas às *f/s.* 6-12, tais mercadorias têm característica de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, quais sejam: ônibus rodoviário, chassis para ônibus, bancos traseiros, etc, remetidos por empresas fabricantes de veículos, a exemplo da Mercedes Benz, Marcopolo, Renault, e Fiat Automóveis.

Ante este fato - descrição da infração como sendo falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota relativo a produtos destinados ao uso e ou consumo, quando, em realidade, tais produtos tinham características de ativo fixo - é importante que seja avaliado se tal discrepância na descrição do fato no que se refere ao item “natureza da operação” praticada pela autuada é capaz de cercear o direito de defesa do contribuinte, notadamente porque só se deve anular um auto de infração quando a denúncia não estiver clara, a ponto ficar caracterizado o prejuízo sofrido, viga mestra, como se sabe, das nulidades.

Neste caso, o contribuinte foi revel, daí por que não se sabe se este teria perfeitamente apreendido a razão pela qual estava sendo acusada.

Não obstante esse fato - a impossibilidade de se saber se o acusado foi prejudicado ou não, dada a sua revelia – não é difícil se convencer de que, se houvesse manifestação da autuada, esta teria grande dificuldade de se defender, já que se exige, na descrição do fato, a falta de recolhimento do DIFAL relativo a mercadorias consumidas, quando, em realidade, as mercadorias tem natureza distinta dessas, ou seja, são para o ativo da empresa. Certamente, sobradas razões teria para arguir nulidade.

A meu ver, a discrepância na descrição do fato no que se refere ao item “natureza da operação” praticada pela autuada repercute exatamente no tipo a ser discutido, impedindo o convencimento.

Ademais, a legislação atual é clara quanto à decretação de nulidade da ação fiscal quando houver erro na descrição do fato. É o que se infere do inciso II do art. 17 da Lei 10.094 de 2013, transcrito na sequência:

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; (grifei)

Convenhamos: este é o caso dos autos.

Na realidade, o que se pode observar, a vista das provas trazidas aos autos pela própria fiscalização, é que os produtos em questão não foram consumidos, mas, do contrário, são realmente formadores de um ativo, a exemplo dos ônibus ou partes deles.

De fato, no ativo imobilizado serão classificados os “direitos que tenham por objeto bens destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive, os de propriedade industrial”. (art. 179, inciso IV da Lei nº 6.404/76 (conceito contábil).

Ou seja, no ativo imobilizado estão os Bens Fixos, que “são aqueles que representam capitais aplicados pela empresa em caráter permanente ou quase permanente e destinados a constituir os meios de produção, com os quais as empresas atingem seu fim, conforme nos ensina Hilário Franco” (in Contabilidade Industrial – Editora Atlas.

Já os bens de consumo, diferentes daqueles objeto dos autos, são bens não duráveis que são utilizados pela empresa, que, ao seu final, geram despesas. São exemplos de bens de consumo: produtos de limpeza, combustível, material de escritório, etc.

Pelo visto, não existiu relação causal entre a denúncia e as provas trazidas aos autos pela fiscalização, cujo comportamento gerou dúvidas quanto à prática do próprio ato que se pretende punir, tornando passível de anulação o feito fiscal.

Essa a razão de se reclamar sempre dos autuantes a perfeita caracterização do tipo a ser discutido, possibilitando os reclamos do contribuinte.

Tendo em vista que a hipótese subsume-se perfeitamente à norma dada como infringente, a exemplo dos art. 2º, § 1º, IV c/c 3º, XIV e art. 14, X do RICMS/PB, onde se lê que é devido o ICMS Diferencial de Alíquota nos casos em que houver aquisição de mercadoria para uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento, e, bem assim, que a ação fiscal não pode ser mantida em virtude do erro cometido na descrição do fato, havemos de anular o auto de infração, por vício formal, para que outro se realize em seu lugar, ensejando uma perfeita materialização do fato infringente:

Art. 2º. Omissis.

§ 1º O imposto incide também:

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

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

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

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

X - na hipótese do inciso XIV do art. 3º, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem;

Sobre a questão, esse Conselho já se posicionou em ocasião semelhante a que ora se nos apresenta para julgamento, é o que se vê do acórdão de numeração 015/2016, transcrito na sequência:

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.). FALTA DE PROVAS. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

É devida a cobrança do ICMS referente ao diferencial de alíquota nas aquisições de mercadorias ou bens em outra Unidade da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. O crédito tributário restou sucumbente em parte por se constatar que se tratavam de produtos para revenda e em parte por falta de provas carreadas aos autos.

Faço observar, por oportuno, que identifiquei que houve, inexplicavelmente, um pagamento realizado, já por ocasião da dívida ativa, de eventos correspondente a duas notas fiscais objeto deste processo, as de numeração 2841 e 3015, relativas ao mês de fevereiro de 2009, que anexei às fls. 35/38, cujo fato requer uma melhor averiguação por parte da fiscalização, antes da lavratura no novo auto de infração.

É como voto.

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, para modificar a sentença exarada na instância monocrática e julgar *nuloo* Auto de

Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000561/2013-79 (fl. 3), lavrado em 24/4/2013, contra a empresa WUP TRANSPORTES LTDA., CCICMS nº 16.159.307-0, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário.

Em tempo, determino à repartição preparadora as providências necessárias à realização de novo feito, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de abril de 2017.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora