



PROCESSO Nº 0511922017-7

ACÓRDÃO Nº 101/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Advogado: Sr.º ALEXANDRE DE ARAÚJO ALBUQUERQUE, inscrito na OAB/PE
sob o nº 25.108

Repartição Preparadora : CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ANA MARIA BORGES DE MIRANDA e MARIA DO SOCORRO
CONSERVA ARRUDA

Relatora: CONS.ª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIDO - INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES /MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE - MULTA APLICADA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Não se justifica a realização de diligência quando, nos autos, constam as informações suficientes para a elucidação da matéria.

- Incorre em descumprimento de obrigação tributária principal o contribuinte que indica, como isentas ou não tributadas pelo ICMS, operações de vendas de produtos sujeitos ao imposto estadual, vez que este fato reduz o montante do tributo efetivamente devido, repercutindo no total a recolher em favor do Estado. Provas materiais apresentadas pelo contribuinte demonstraram que parte dos produtos denunciados eram realmente isentos e parte sujeitos a sistemática da substituição tributária, sucumbindo parcialmente o crédito tributário apurado na inicial.



- Análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade aplicada é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00000745/2017-62, lavrado em 11/04/2017, em face de BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.070.621-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 354.077,62 (trezentos e cinquenta e quatro mil, setenta e sete reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 187.679,03 (cento e oitenta e sete mil, seiscentos e setenta e nove reais e três centavos) referentes ao ICMS, e R\$ 166.398,59 (cento e sessenta e seis mil, trezentos e noventa e oito reais e cinquenta e nove centavos), de multa por infração, cuja previsão legal está disposta no artigo 82, inciso IV, da Lei 6.379/96 e R\$ 25.536,56 (vinte e cinco mil, quinhentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos) de multa por reincidência.

Mantenho cancelado, pelos motivos expostos, o crédito tributário no valor de R\$ 15.113,47 (quinze mil, cento e treze reais e quarenta e sete centavos), sendo R\$ 7.115,99 (sete mil, cento e quinze reais e noventa e nove centavos) de ICMS, R\$ 5.337,00 (cinco mil, trezentos e trinta e sete reais) de multa por infração e R\$ 2.660,48 (dois mil, seiscentos e sessenta reais e quarenta e oito centavos) de multa por reincidência.

Frise-se, oportunamente, que o contribuinte realizou o recolhimento no montante de R\$ 125.457,64 (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais sessenta e quatro centavos), conforme consulta ao Sistema ATF, valor que deverá ser excluído do crédito tributário devido.

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 27 de fevereiro de 2023.



MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E EDUARDO SILVEIRA FRADE.

RACHEL LUCENA TRINDADE
Assessora



PROCESSO N° 0511922017-7

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Advogado: Sr.º ALEXANDRE DE ARAÚJO ALBUQUERQUE, inscrito na OAB/PE sob o n° 25.108

Repartição Preparadora : CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ANA MARIA BORGES DE MIRANDA e MARIA DO SOCORRO CONSERVA ARRUDA

Relatora: CONS.ª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIDO - INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES /MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE - MULTA APLICADA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Não se justifica a realização de diligência quando, nos autos, constam as informações suficientes para a elucidação da matéria.

- Incorre em descumprimento de obrigação tributária principal o contribuinte que indica, como isentas ou não tributadas pelo ICMS, operações de vendas de produtos sujeitos ao imposto estadual, vez que este fato reduz o montante do tributo efetivamente devido, repercutindo no total a recolher em favor do Estado. Provas materiais apresentadas pelo contribuinte demonstraram que parte dos produtos denunciados eram realmente isentos e parte sujeitos a sistemática da substituição tributária, sucumbindo parcialmente o crédito tributário apurado na inicial.



- Análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade aplicada é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.

RELATÓRIO

Em exame, o Recurso Voluntário interposto por BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA. em face da decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00000745/2017-62, lavrado em 11/04/2017, do qual constam as seguintes imputações:

0188 - INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES /MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito do ICMS nos livros próprios, em virtude de ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços, como sendo isentas de ICMS.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE REALIZOU OPERAÇÕES DE VENDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS PELO ICMS COMO ISENTAS, DETECTADAS NA SUA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL E GRAVADAS EM MEMÓRIA DE FITA DETALHE DOS 15 ECF NO STATUS – EM CESSAÇÃO, AGUARDANDO FISCALIZAÇÃO.

0195- INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES /MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito do ICMS nos livros próprios, em virtude de ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços, como sendo não tributada (s) pelo ICMS.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE REALIZOU OPERAÇÕES DE VENDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DETECTADAS NA SUA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL E GRAVADAS EM MEMÓRIA DE FITA DETALHE DOS 15 ECF NO STATUS – EM CESSAÇÃO, AGUARDANDO FISCALIZAÇÃO.

Foram dados como infringidos o art. 106, além dos arts. 106, c/c, Art. 52, Art. 54, e §2º, I e II, e arts. 2º e 3º e art. 60, I, "b" e III, "d" e, I, e arts. 158, I, e 160, I, todos do RICMS/PB. O crédito tributário proposto foi de R\$ 368.609,20 (trezentos e sessenta e oito mil, seiscentos e nove reais e vinte centavos), sendo R\$ 194.521,19 (cento e noventa e quatro mil, quinhentos e vinte e um reais e dezenove centavos) referentes ao ICMS devido, mais R\$ 145.890,97 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e noventa reais e noventa e sete centavos), de multa por infração, cuja previsão legal está disposta no artigo 82, incisos IV, da Lei 6.379/96 e R\$ 28.194,04



(vinte e oito mil, cento e noventa e quatro reais e quatro centavos) de multa recidiva, como arrimo no art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Regularmente cientificada do auto de Infração, na forma pessoal, em 29/04/2017 (fl. 7), a empresa autuada apresentou impugnação, em 24/05/2017 (fl. 24-53), na qual se insurge contra os termos da autuação com base nas seguintes argumentações:

- a) O auto de infração não pode prosperar, vez que dentre as mercadorias relacionadas pela fiscalização constam produtos isentos ou sujeitos à substituição tributária;
- b) Existem produtos listados pela auditoria como não isentas de tributação de forma equivocada, são eles:
 - produtos ortopédicos (faixa abdominal, sup joelho, sup pulso, sup tornozelo e suspensório escrotal);
 - mel de abelha (néctar floral 295G);
 - produtos hortifrutícolas (cebola aperitivo, batata aperitivo, ervilha seara, ervilha torta embala 250G e milho bond verde 300G;;
 - leite pasteurizado (leite pasteurizado C Lebon 1LT, leite pasteurizado B Ideal e Graperfruit);
 - pescados;
- c) Existem produtos listados pela auditoria como não sujeitos à substituição tributária de forma equivocada, são eles:
 - Produtos de Beleza (póvilho antisseptic grand 200G, póvilho antisseptic GRA fresh 100G e póvilho antisseptic GRA Sport 100G);
 - Bebidas alcoólicas, energéticos e sucos;
 - Biscoitos;
 - Massas Alimentícias (Caseirito Org Fun, Tornilho Int Vitao Soog, Pizza Forn. Ped. 3 Queijos M.Leve 400g, Pizza 4 Queijos Cg Seara 460g, Pizza Mussarela Cg Seara 440g, Pizza de Frango com Queijo Seara 46), Lasanha Bolonhesa 600gr, Bp Lasanha de Frango 600gr, Bolinho Orango 40g, entre outros);
 - Salgadinhos;
 - Mistura para Bolos (Donut Sugar Choc 90g, Donut Sugar Morango, Cupcake Chocolate 280g, Muffin Chocolate 260G, Muffin Gotas Choc 260g e Muffin Paçoca 260 Gr);
 - Autopeças (Tapete Fiesta e tapete Fiesta mosaico);
 - Produtos de limpeza (kit Bravo LM 30OFF 200ML);
 - Leite em pó; (leite suprasoy Ligth 300G, leite Suprasoy sem lactose 300G, leite Suprasoy 350G, comp Lact Ninho F1 800G, etc);
 - Leite modificado para alimentação de crianças (ninho 3 P BIO3 Fases 400G);
 - Ração para Pet (PED ADU Carn. Molho Vermel 100G, ped adu Cord. Molho marrom 100G, PED ADU Frango molho laranja 100G);
 - Absorventes externos (absorvente para seio York 30un).



- c) A multa por infração aplicada não obedece ao princípio da proporcionalidade e tem efeito confiscatório;
- d) Não há prova da prática de reincidência dos atos infracionais;
- e) No caso de dúvida, deve-se lançar mão da interpretação mais favorável ao contribuinte, de acordo com o que determina o artigo 112 do CTN (fls. 49 e 50).

Assim, pede que seja dado provimento à impugnação, para que seja decretada a nulidade/improcedência do auto de infração e, no caso de não acolhimento dos pedidos, que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Com informação de ocorrência de antecedentes fiscais que ensejam reincidência (fl. 85), os autos foram remetidos à GEJUP, com distribuição ao Julgador Tarciso Magalhães Monteiro de Almeida, que exarou sentença considerando o auto de infração parcialmente procedente, conforme ementa abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO ISENTA OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. ACUSAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE.

- A fruição do benefício das isenções dispostas no RICMS somente se aplica caso respeitadas determinadas condicionantes relativas a cada produto. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, nos termos do artigo 111 do CTN. *In casu*, foram necessárias correções no levantamento fiscal, tendo em conta que assiste razão ao impugnante na comprovação de determinadas operações, realizadas pelo contribuinte, enquadradas como isentas.

- Quando a autoridade fiscal verificar a indicação de operações efetuadas pelo contribuinte tributadas pelo como não tributadas, necessário se faz a realização do lançamento de ofício para cobrança do imposto devido como o acréscimo da multa por infração. Ajustes realizados com a exclusão de produtos incluídos indevidamente na relação fiscal, haja vista estarem sujeitos, efetivamente, à substituição tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificado da decisão de primeira instância administrativa através de Aviso de Recebimento (fl. 170), em 06/02/2020, o autuado apresentou recurso voluntário (fls. 127/162) ao Conselho de Recursos Fiscais, em 06/03/2020, contrapondo-se aos termos da sentença monocrática com base nos seguintes argumentos:

- Não há que cogitar qualquer equívoco quanto à tributação das operações de saídas realizadas através do ECF pois, quando não isento, o



imposto já foi devidamente recolhido na sistemática de substituição tributária;

- No julgamento em 1ª instância, foram excluídos diversos itens em razão de terem sido indicados corretamente pelo contribuinte como isentos ou submetidos ao regramento da substituição tributária, contudo uma reanálise dos argumentos da defesa se faz necessária, seja porque houve ausência de pronunciamento com relação a um item especificado pela impugnante, seja porque há outros produtos que devem ser excluídos da autuação;

- O equívoco do fiscal autuante foi desconsiderar a isenção para os produtos ortopédicos prevista no art. 5º, LXI, do RICMS, não havendo como negar a utilização dos produtos em tratamento ortopédicos, inclusive, pelo Anexo 113, que traz a lista de produtos e aparelhos ortopédicos e para fraturas que são beneficiados, cuja NCMs indicadas são 9021.10.91, 9021.10.99 e 9021.39.99;

- Os produtos Mel de Abelha Néctar Floral 295g, Mel Engen Lage Boni 400g e Mel Rainha 280g foram mantidos pelo julgador singular pelo fato de não estar comprovado que foram produzidos no Estado da Paraíba, o que afastaria a aplicação do art. 5º, LXXVII, do RICMS/PB. Ocorre que a limitação imposta pelo Estado viola a vedação constitucional disposta nos artigos 150, V e 152 da Constituição Federal;

- O ônus de comprovar que os produtos acima relacionados (mel de abelha) não foram produzidos no Estado da Paraíba caberia à fiscalização;

- Outro equívoco apontado foi a pretensão da fiscalização de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem oneração tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção por se tratar de produtos extrativos de origem vegetal (Cebola) e leite pasteurizado, conforme art. 5º, VII, "a" e XX;

- Foi reconhecida a isenção prevista no art. 6º, I, do RICMS para os pescado, porém há de ser retirados também todos os demais pescados;

- Foram mantidos ainda os seguintes produtos que estão submetidos ao regime da substituição tributária:

- (i) Produtos de Beleza (polvilho antisseptic grand 200G, polvilho antisseptic GRA fresh 100G e polvilho antisseptic GRA Sport 100G);
- (ii) Bebidas alcoólicas, energéticos e sucos;
- (iii) Biscoitos;



- (iv) Massas Alimentícias (Caseirito Org Fun, Tornilho Int Vitao Soog, Pizza Forn. Ped. 3 Queijos M.Leve 400g, Pizza 4 Queijos Cg Seara 460g, Pizza Mussarela Cg Seara 440g, Pizza de Frango com Queijo Seara 46), Lasanha Bolonhesa 600gr, Bp Lasanha de Frango 600gr, Bolinho Orango 40g, entre outros);
- (v) Salgadinhos;
- (vi) Mistura para Bolos (Donut Sugar Choc 90g, Donut Sugar Morango, Cupcake Chocolate 280g, Muffin Chocolate 260G, Muffin Gotas Choc 260g e Muffin Paçoca 260 Gr);
- (vii) Autopeças (Tapete Fiesta e tapete Fiesta mosaico);
- (viii) Produtos de limpeza (kit Bravo LM 30OFF 200ML);
- (ix) Leite em pó; (leite suprasoy Ligth 300G, leite Suprasoy sem lactose 300G, leite Suprasoy 350G, comp Lact Ninho F1 800G, etc);
- (x) Leite modificado para alimentação de crianças (ninho 3 PBIO3 Fases 400G);
- (xi) Ração para Pet (PED ADU Carn. Molho Vermel 100G, ped adu Cord. Molho marrom 100G, PED ADU Frango molho laranja 100G);
- (xii) Absorventes externos (absorvente para seio York 30un).

Diante dos argumentos, a recorrente requer:

- a) O reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal;
- b) Sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja afastada, ou mesmo reduzida, a multa no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto;
- c) Que, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à recorrente;

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Em tempo, registre-se que o documento de Substabelecimento dos poderes outorgados via procuração foi colacionado à fl. 146 dos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral consignado às fls. 162, remeti o presente processo à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer técnico



acerca da legalidade dos lançamentos, em observância ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002508/2014-93, lavrado em 20/02/2019, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário em referência.

Insta declarar que a peça recursal apresentada atendeu ao pressuposto extrínseco da tempestividade, previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Ressalte-se, que na peça acusatória estão delineadas as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), abaixo transcritos:

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.

Lei nº 10.094/2013:

Art. 14. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

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;
- 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.

Observa-se, ainda, que os fatos levantados pela auditoria estão baseados nas informações prestadas pelo próprio contribuinte através da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Assim, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal administrativo, observando-se, portanto, os requisitos indispensáveis a constituição e desenvolvimento válido do processo nos termos do art. 142 do CTN, assim como não afronta as disposições contidas no artigo 41 da Lei nº 10.094/13.

DO EFEITO CONFISCATÓRIA DA MULTA APLICADA

Quanto à alegação de que a penalidade imputada ao contribuinte é desproporcional e confiscatória, destacamos que a análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do que preceitua o artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;

Ademais, a matéria já foi sumulada, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis. Vejamos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico em 19 de novembro de 2019:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ



SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nº: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

DO PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA

Com vistas a comprovar a regularidade de suas operações, a recorrente, ao tempo que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, requer a realização de perícia técnica.

No caso vertente, concluímos pela desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação da matéria suscitada.

Conforme restará demonstrado quando da análise do mérito, os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento desta relatoria, tornando prescindível a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide, motivo pelo qual rejeito o pedido formulado pela defesa, vez que ausente o requisito estabelecido no artigo 61 da Lei nº 10.094/132¹.

Assim, configura-se acertada a decisão do julgador singular em indeferir o pedido da recorrente para produção de provas, em razão de sua irrelevância para o resultado pretendido, salientando que, caso a autuada fosse detentora de alguma prova da improcedência das acusações, poderia tê-la juntado ao processo, antes da apreciação do recurso voluntário.

Acerca do pedido de benefício da dúvida, assegurado pelo art. 112 do CTN, para que lhe seja aplicado, caso o julgador não esteja convicto da regularidade fiscal, vejo prejudicado tal pleito, diante de que as infrações constituídas pela autoridade administrativa não deixam dúvidas quanto a sua concreta ocorrência e materialidade, não se adequando às hipóteses contidas no citado dispositivo do CTN².

Superadas as análises do recurso voluntário passemos à análise de mérito, dos pontos que foram objetos do recurso de ofício

Passemos ao mérito.

NO MÉRITO

¹ Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada. (g. n.)

² Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação



1ª Acusação: 0188 INDICAR COMO ISENTAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL

As irregularidades, segundo assinalado na peça acusatória, teriam ocorrido em razão de a recorrente haver deixado de recolher o imposto relativo a diversas operações com produtos sujeitos à tributação normal, pelo fato de tê-los classificado, nas vendas realizadas por meio de equipamentos emissores de cupons fiscais - ECF, como mercadorias isentas ou não tributadas pelo ICMS porque seriam submetidos ao regramento da substituição tributária, no período de janeiro de 2013 a fevereiro de 2016.

Diante destes fatos, as agentes fazendárias que subscrevem o Auto de Infração em tela denunciaram o contribuinte de haver afrontado os artigos 2º; 3º; 52; 54, § 2º, I e II, 60, I, “b” e III, “d” e “l” e 106, todos do RICMS/PB.

Como medida punitiva para a conduta infracional identificada pela auditoria, foi aplicada a penalidade insculpida no artigo 82, IV, 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:

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

Partindo para análise da acusação em tela, vislumbra-se uma repercussão tributária verificada pela auditoria nos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e relacionados em mídia digital anexa à fl. 20, na qual se constatou registros fiscais de operações com mercadorias sujeitas ao ICMS nas saídas por vendas, porém armazenadas e lançadas com indicação de se tratarem de ISENTAS o que levou a propositura da exação fiscal sobre o montante real da repercussão tributária, em face de ausência de débito do imposto nos documentos fiscais e livros fiscais próprios.

A autuada afirma que a fiscalização desconsiderou que a maior parte das operações, objeto da autuação, representa saídas isentas de ICMS, nos termos do art. 6º, inciso I, do RICMS/PB.

No mérito, destaco que a exigência fiscal em tela está fundamentada no princípio da estrita legalidade, o qual não admite qualquer tipo de presunção que não esteja prevista em lei. Ocorre que, na situação ora em debate, o que se questiona é a ausência de tributação de alguns produtos, em razão de supostos equívocos cometidos pela empresa no que se refere ao regime de tributação a ser aplicado.

Em sua análise, o julgador singular constatou, entre os itens denunciados, saídas internas de pescados. Analisando todo o contexto, depreende-se que as saídas



internas de pescado, que não estejam nas exceções expressamente previstas, enquadram-se na isenção acima transcrita. Sobre o tema vejamos o entendimento desta Secretaria exarada através do Parecer GET nº 2015.01.05.00098, que assim elucida:

Por conseguinte, após análise minuciosa da tabela apresentada pela auditoria, frente as alegações da empresa, o nobre julgador monocrático, excluiu os valores lançados erroneamente dos produtos elencados nesse tópico.

Destarte, os pescados retirados do lançamento tributário, foram os seguintes:

PRODUTOS RETIRADOS DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - PESCADOS
FILÉ DE DOURADINHA
FILE DE PESCADA BRANCA
FILÉ DE PESCADA
FILÉ DE POLACA
FILÉ DE SARDINHA
FILÉ DE SURUBIM
FILÉ DE TILÁPIA

Desse modo, mantenho cancelado o valor de R\$ 15.076,05 (quinze mil, setenta e seis reais e cinco centavos), referente a retirada de operações isentas de saídas de pescados, não excepcionadas legalmente.

Destarte, à luz das normas tributárias supracitadas, assim como fez o diligente julgador monocrático, reconheço que a maior parte das mercadorias referente aos pescados, está beneficiada pela isenção.

No tocante aos demais produtos “mantidos”, trataremos, mais detalhadamente, uma vez que, para os “excluídos”, a tabela inserida pelo diligente julgador primevo, já contempla a referência expressa aos normativos que disciplinam os regimes tributários a que estão submetidos.

- PRODUTOS ORTOPÉDICOS

Aduz a impugnante que as operações com os seguintes produtos (faixa abdominal Elas 25 cm Mercur; Sup joelho ajustável 3cin; Sup pulso ajustável BC0051; suporte tornozelo ajustável; e suspensório escrotal GR, são isentas do ICMS, tendo em vista se enquadrarem no benefício disposto no art. 5º, LXI, do RICMS/PB:

Art. 5º - São isentas do imposto:

(...)

LXI – as operações com produtos indicados no Anexo 113 – Lista de Produtos e Aparelhos Ortopédicos e para Fraturas, deste Regulamento (Convênio ICMS 126/10).



Conforme bem pontuou o julgador monocrático, para que estes produtos pudessem usufruir deste benefício deveriam estar enquadrados na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM 9021.10.10, conforme alínea “b” do inciso IV do Anexo 113. Vejamos:

90.21 Artigos e aparelhos ortopédicos, incluindo as cintas e fundas (ligaduras) **médico-cirúrgicas** e as muletas; talas, goteiras e outros artigos e aparelhos para **fraturas; artigos** e aparelhos de prótese; aparelhos para facilitar a audição dos surdos e outros aparelhos para compensar uma deficiência ou uma incapacidade, destinados a serem transportados à mão ou sobre as pessoas ou a serem implantados no organismo.

9021.10 – Artigos e aparelhos ortopédicos ou para fraturas

9021.10.10 – Artigos e aparelhos ortopédicos.

Sendo assim, transcorre-se que estes produtos elencados não estão diretamente associados aos produtos ortopédicos, direcionados a tratamentos médicos mais severos, para correções ou ajustes de alguma deformidade corporal, finalidade lógica desse benefício.

Ademais, a outorga de isenções concedidas devem ser interpretadas de forma restrita, literal, nos termos do art. 111, inciso II da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II – outorga de isenção;

Desse modo, esses produtos não devem ser considerados na isenção supracitada, pois é irrefutável que as isenções concedidas pela Administração Pública, que impliquem redução ou dispensa de recolhimento tributário, devem ser analisadas de forma estritamente literal.

- MEL DE ABELHA

Com relação à mercadoria denominada Mel Abelha Néctar Floral 295g, o julgador fiscal manteve a acusação, haja vista o contribuinte não haver comprovado que elas foram produzidas no Estado da Paraíba, o que afastou a aplicação do artigo 5º, LXXVII, do RICMS/PB:

Art. 5º São isentas do imposto:

(...)

LXXVII – as saídas internas de mel de abelha **produzido neste Estado** (g. n.)



De acordo com a defesa, a restrição imposta para fruição do benefício da isenção afronta os artigos 150, V e 152 da Constituição Federal.

O assunto, na esfera administrativa, não comporta maiores discussões. Isto porque a autuação teve, como fundamento, uma violação ao RICMS/PB, normativo este cuja aplicação não pode ser afastada, ainda que sob a alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade, sob pena de afronta ao artigo 1º, parágrafo único, do Regimento Interno do CRF-PB.

Art. 1º O Conselho de Recursos Fiscais - CRF, a que se refere o art. 142 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, a quem compete, em segunda instância administrativa, julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos administrativos tributários contenciosos ou de consultas, é o órgão colegiado da Justiça Fiscal Administrativa, com autonomia funcional, sede na Capital e alçada em todo território do Estado, representado, paritariamente, pelas entidades e pela Fazenda Estadual.

Parágrafo único. É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Em se tratando de isenção, a interpretação deve ser feita de forma literal, a teor do que determina o artigo 111, II, do Código Tributário Nacional:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção

O argumento levantado da previsão constitucional de proibição a discriminação e tributação diferenciada, em razão da sua procedência, não pode ser invocado ao caso. As isenções do ICMS são discutidas e aprovadas através de Convênios nacionais que contam com a presença e anuência de todos os Estados federados, bem como já elucidados, as isenções devem ser interpretadas de forma literal.

Por outro lado, assiste razão ao contribuinte ao destacar que “o ônus da prova compete a quem esta aproveita”. De fato, a Lei nº 10.094/13, em seu artigo 56, parágrafo único, prescreve esta regra, todavia, para o caso em tela, caberia à recorrente se contrapor à acusação.

Atentemos que a regra geral é a tributação normal dos produtos. A isenção, ao contrário, representa situação especial.

Neste norte, não compete ao Fisco indicar que um produto não está alcançado pela regra geral, posto que tal procedimento subverteria toda a lógica. Havemos de compreender, por conseguinte, que o ônus de comprovar a exatidão da



classificação tributária do produto como isento do ICMS compete ao contribuinte, dado que o cadastramento dos itens fora por ele realizado.

Tanto é assim que, em relação a outros itens cuja inclusão na relação fiscal está sendo contestada pela defesa, a recorrente não se desincumbiu de apresentar provas em seu favor.

Por fim, para afastar qualquer dúvida, merece destacarmos que, em rápida consulta na internet, identificamos que o Mel Abelha Néctar Floral 295g é produzido em Aquiraz – CE.

- PRODUTOS HORTIFRUTÍCOLAS

Argumenta a recorrente que os produtos hortifrutícolas como: cebola aperitivo, batata aperitivo bem 0, batata Asterix, endiveas kg, ervilha seara 300 G, ervilha torta embalagem 250G e milho bond verde 300 G estão enquadrados na isenção do art. 5º, XVII, “a”, itens 2, 3, 4 e 7, senão vejamos:

RICMS/PB

Art. 5º São isentas do imposto

(...)

XVII – as saídas internas e interestaduais dos produtos a seguir enumerados, **em estado natural**, desde que não se destinem à industrialização

(...)

Nova redação dada ao inciso XVII do “caput do art. 5º pelo inciso I do art. 1º do Decreto nº 35.927/15 (Convênio ICMS 44/75 e ICMS 21/15). OBS: Efeitos a partir de 1º de julho de 2015.

XVII – as saídas internas e interestaduais dos produtos a seguir enumerados, em **estado natural**, desde que não se destinem à industrialização (Convênios ICMS 44/75, 07/80, 24/85 e ICMS 78/91, 17/93, 124/93 e 21/15)

a) Hortifrutícolas em estado natural, observados os §§ 42 e 43 deste artigo;

(...)

2. batata inglesa, batata doce, berinjela, bortalha, beterraba, brócolis;

3. camomila, cará, cardo, catalonha, cebola, cebolinha, cenoura, chicória, chuchu, coentro, couves, couve-flor, cogumelo, cominho;

4. erva cidreira, erva santa maria, ervilha, espinhafre, escarola. Endívia;

(...)

7. milho verde, manjeriçã, manjerona, maxixe, moranga, macaxeira. (grifei)

A título de exemplificativo seguem alguns produtos questionados e que foram mantidos pela instância monocrática como devidamente autuados:



Desse modo, não merece maiores explicações no que tange à impossibilidade de extensão da isenção aos produtos nesse tópico elencados, haja vista restar evidente que estes não se encontram em seu estado natural, e como já visto, as isenções devem ser tratadas literalmente.

Por fim, os argumentos apresentados pelo impugnante, de que algumas industrializações não retiram o estado *in natura* destes produtos não merecem guarida.

- LEITE PASTEURIZADO

No que se refere ao produto Leite pasteurizado, aduz a recorrente que esses produtos estão abarcados pelo art. 5º, XX, do RICMS, vejamos:

Art. 5º São isenta do imposto:

(...)

XX – as saídas de leite “in natura” ou pasteurizados, tipos “B” e “C”, com destino a consumidor final, situado neste Estado, assegurado ao varejista o não recolhimento do imposto diferido, inclusive nas hipóteses de responsabilidade por substituição de que trata o inciso VI, do art. 41, observado o disposto no §1º, do art. 10 (Convênios ICMS 7/77, 25/83, ICMS 121/89, 43/90, 78/91 e 124/93); (Grifei)



Do mesmo modo que no tópico acima, equivocou-se o contribuinte pois, os produtos que perderam seu estado natural não podem se enquadrar em isenções que condicionam expressamente tal atributo ao produto, para utilização do benefício.

2ª Acusação: 0195- INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES /MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL

A irregularidade, segundo assinalado na peça acusatória, teria ocorrido em razão de a recorrente haver deixado de recolher o imposto relativo a diversas operações com produtos sujeitos à tributação normal, pelo fato de tê-los classificado, nas vendas realizadas por meio de equipamentos emissores de cupons fiscais - ECF, como mercadorias isentas ou submetidas ao regramento da substituição tributária, no período de janeiro de 2013 a fevereiro de 2016.

Diante destes fatos, o agente fazendário que subscreve o Auto de Infração em tela denunciou o contribuinte de haver afrontado os artigos 2º, 3º, 52, 54, 60, I, “b” e III, “d” e “l” e 106, todos do RICMS/PB.

Como medida punitiva para a conduta infracional identificada pela auditoria, foi aplicada a penalidade insculpida no artigo 82, IV, 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:

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

Da mesma forma que na infração anterior, caso as mercadorias com tributação normal tenham seus documentos fiscais registrados na Escrituração Fiscal Digital como sujeitos ao regime de substituição tributária, causará redução indevida do imposto a recolher, contribuindo para a falta de recolhimento do ICMS no período de apuração, uma vez que o regime de substituição tributária encerra a fase de tributação, em harmonia com o §6º do art. 391 do RICMS/PB³.

Instada a se pronunciar, a autuada argumenta em sua defesa, que parte das operações autuadas se reporta efetivamente às vendas de mercadorias sujeitas ao regime ST, pois os seus NCMs se encontram relacionados no Anexo 5 do RICMS/PB, conforme previsto.

³ Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

§ 6º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V, VI e VII



Ressalto ainda, que a análise para o enquadramento dos produtos deve ser calcada à época da ocorrência do fato gerador, em consonância com a legislação vigente no mesmo período. Vejamos:

- Produtos de Beleza

Os produtos defendidos, que segundo a recorrente estavam na sistemática da substituição tributária à época dos fatos geradores são os seguintes: polvilho antisseptic grand 200G, polvilho antisseptic GRA fresh 100G e polvilho antisseptic GRA Sport 100G.

Embasa seu argumento no art. 390 do RICMS/PB e nos Protocolos ICMS nº 08/88 e 16/88 (item 8.0, 9.0, 14 e 23).

Ocorre que, a recorrente não faz qualquer vinculação dos produtos aos cremes de beleza adstritos à sistemática da substituição tributária, como NCM ou Código Especificador da Substituição Tributária – CEST, tampouco sua descrição destacada no Anexo V do RICMS/PB ou qualquer recolhimento antecipado, por substituição tributária, referente às entradas desses produtos ao estabelecimento da empresa.

- Bebidas alcóolicas, energéticos e sucos

Não foi verificado nas planilhas denunciadas, qualquer bebida quente.

Com relação ao produto “Keep Cooler Classic”, em análise do seu enquadramento legal, se verifica que este estaria consignado no NCM 2206.90. Nessa toada, este produto não pode ser excluído da exação, haja vista esse NCM só ter sido incluído na sistemática da substituição tributária a partir de fevereiro de 2016 e a cobrança deste produto, ocorreu em janeiro de 2016.

No que tange aos produtos elencados como energéticos “Ecco Morango 269ml., de CEST 03.013.00 e NCM 2202.90.00, bem como o produto “SUCO Palmeiron ACER”, CEST 17.010.00 e NCM 2009, classificado como suco de fruta, não estão comprovados que tais produtos como energético se enquadra nesse campo. E os sucos de fruta somente entraram na sistemática de substituição tributária em fevereiro de 2016, e nesse período não houve lançamentos denunciados.

- Biscoitos

Os biscoitos “waffers” consignados no anexo 05 do RICMS, com os CESTs 17.057.00 e 17.058.00, descritos nos itens 57.0 e 58.0 no campo Produtos Alimentícios, são essencialmente derivados da farinha de trigo, razão pela qual estão nessa sistemática.



Acontece que os produtos elencados nesse tópico são, em sua essência, chocolates. Dessa maneira não devem ser considerados na sistemática de recolhimento por substituição tributária.

Inclusive, os casos descritos como “biscoitos e bolachas” suscitados pela impugnante à fl. 40, disposto no item 53.0 do mesmo campo de Produtos Alimentícios, devem observar a expressa vedação que consta na descrição deste item, vejamos:

“Biscoito e bolachas derivados de farinha de trigo; (exceto tipos “cream Cracker”, “água e sal”, “maisena”, “maria” e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial)”.

Como se verifica, tal descrição acaba por afastar todos os outros itens apresentados pela recorrente, não cabendo a alegação de cobrança indevida das autoridades fiscais quanto a este tópico.

- Salgadinhos

Do mesmo modo que os sucos anteriormente explicitados, só entraram na substituição tributária (Anexo 05 – RICMS/PB) a partir de fevereiro de 2016, através do Decreto nº 36.554/16, e logo depois foram excluídos pela alínea “b” do inciso II do art. 1º do Decreto nº 36.777/16, que foram lançadas nesta exaço.

Desse modo, o julgador monocrático expurgou do lançamento os produtos, cuja saídas ocorreram em fevereiro de 2016, época em que tais produtos estavam submetidos ao recolhimento por substituição tributária.

- Massas Alimentícias

Inexistia à época do fato gerador, a previsão expressa de massas recheadas, como as pizzas e lasanhas. Tanto que as entradas interestaduais desses produtos não eram cobradas como substituição tributária, motivo pelo qual agiu bem a fiscalização em cobrar o ICMS devido nas operações desses produtos, que deveriam ter suas saídas debitadas, por inexistir recolhimento antecipado destes pela consequente falta de recolhimento do ICMS nessas operações.

Com referência às Pizzas, as supressões não foram realizadas em virtude de os produtos não estarem enquadrados como ST à época dos fatos geradores (Decreto nº 26.860/06).

Por último, as Lasanhas também não devem ser retiradas da autuação porquanto o código NCM a que estão associadas (1902.20.00) não está indicado em nenhum dos incisos do artigo 1º do Decreto nº 26.860/06.

- Mistura para Bolos



Do mesmo modo que ocorreu com os sucos, somente adentrou na sistemática da substituição tributária a partir de fevereiro de 2016, com base no Decreto nº 36.554/16. Porém em fevereiro de 2016 não existe lançamento desse produto, o que afasta a possibilidade de qualquer exclusão.

- Autopeças

Para que fosse viável a exclusão, a recorrente teria que comprovar que tais tapetes são especificamente aqueles destinados aos automóveis. Todavia, não existem tais provas nos autos, e as descrições verificadas nos lançamentos não fazem qualquer referência às autopeças.

- Produto de limpeza

A recorrente não logrou êxito em comprovar que o produto levantado KIT BRAVO LM 30OFF 200ML se refere a produto de limpeza, tampouco houve recolhimento antecipado, por substituição tributária, nas entradas desses produtos no estabelecimento do autuado.

- Leite em pó Suprasoy e Leite modificado para alimentação de crianças

O recorrente solicita a exclusão de leite Suprasoy, derivados da soja, considerando-os como enquadrados na classificação de “leite em pó”, produto este sujeito à substituição tributária.

Ocorre que, conforme consta no próprio Anexo 05, em vigor à época do fato gerador, o leite em pó consignado na substituição tributária é aquele de NCM 0402, e, como a descrição deste Código vaticina, são leites derivados de origem animal, o que diverge frontalmente do leite de soja, de origem vegetal.

Já os leites modificados para alimentação de crianças, do mesmo modo que os outros produtos, alhures mencionados, só entraram na substituição tributária (Anexo 05 – RICMS/PB – item 14.0 dos Produtos Alimentícios) a partir de fevereiro de 2016, através do Decreto nº 36.554/16.

Desse modo, de forma diligente, o julgador monocrático expurgou dos lançamentos às saídas que ocorreram em fevereiro de 2016, do produto Ninho 3 PBIO Fases 400G.

- Ração para PETs

Já em relação as rações para PETs, a falta de detalhamento acerca do produto por parte da recorrente nos impede de confirmar o fato por ela alegado, de forma que deve ser mantido para efeito do cálculo do crédito tributário.



Diante destes fatos, após analisar o caderno processual, o diligente julgador fiscal validou, em parte, as alegações da denunciada e suprimiu, do levantamento original, os produtos que possuem os NCMs correspondentes registrados no Anexo 5. Quanto aos ajustes promovidos na instância prima, reputo corretas as exclusões dos itens, porquanto realizadas em observância à legislação tributária estadual.

De mais a mais, reitero o acerto da instância prima, que excluiu da parcela do crédito tributário os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, vez que a substituição tributária pelas entradas esgota a fase de tributação, em conformidade com as disposições do §6º do art. 391 do RICMS, sendo descabida a cobrança de ICMS pelas saídas, de acordo com a planilha abaixo, que transcrevo da decisão recorrida com a qual comungo:

01/02/2016	SALG PINGO DE OURO 90G	2,78	0,5	0,38	0,88
01/02/2016	SALG PETIX QUEIJO BCO 80G	2,76	0,5	0,37	0,87
02/02/2016	SALG PETIX FRANGO GR VERME 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG PINGO DE OUTO 90G	11,12	2	1,5	3,5
03/02/2016	SALG PETIX CALABPIM 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG PETIX FRANGO GR VERME 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG PETIX QUEIJO BCO 80G	5,52	0,99	0,75	1,74
03/02/2016	SALG GRATICIA TEEN CEBOLA 50G	1,96	0,35	0,26	0,62
03/02/2016	SALG PETIX CALABPIM 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG GRATICIA TEEN CEBOLA 50G	0,98	0,18	0,13	0,31
01/02/2016	SALG PETIX QUEIJO BCO 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
01/02/2016	SALG GRATICIA TEEN CEBOLA 50G	4,9	0,88	0,66	1,54
02/02/2016	SALG PINGO DE OURO 90G	2,78	0,5	0,38	0,88
02/02/2016	SALG PETIX FRANGO GR VERME 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
02/02/2016	SALG PETIX QUEIJO BCO 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
02/02/2016	SALG PRESUNT PIRAQUE 100G	3,44	0,62	0,46	1,08
03/02/2016	SALG PETIX CALABPIM 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG PINGO DE OURO 90G	11,12	2	1,5	3,5
03/02/2016	SALG PETIX CALABPIM 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG PRESUNT PIRAQUE 100G	3,44	0,62	0,46	1,08
03/02/2016	SALG QUEIJO PIRAQUE 100G	15,9	2,86	2,15	5,01
04/02/2016	SALG PINGO DE OURO 90G	2,78	0,5	0,38	0,88
04/02/2016	SALG PETIX CALABPIM 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
02/02/2016	SALG PINGO DE OURO 90G	2,78	0,5	0,38	0,88
02/02/2016	SLAG PETIX FRANGO GR VERME 80G	4,14	0,75	0,56	1,3
03/02/2016	SALG PINGO DE OURO 90G	11,12	2	1,5	3,5
03/02/2016	SALG PETIX FRANGO GR VERME 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG PETIX QUEIJO BCO 80G	1,38	0,25	0,19	0,43
03/02/2016	SALG GRATICIA TEEN CEBOLA 50G	0,98	0,18	0,13	0,31
02/02/2016	NINHO 3 PBI03 FASES 400G	13,74	2,47	1,86	4,33



Ademais, devem os outros itens permanecerem na denúncia, pois não correspondem a produtos submetidos ao regime da substituição tributária, relacionados na decisão recorrida às fls. 112 a 115, devendo ser mantido os créditos tributários a eles correlatos.

Diante destas considerações, arrimada na legislação de regência, concluo pela parcial procedência das denúncias, com as devidas correções realizadas pela instância preliminar, com as quais acompanho.

DA MULTA POR REINCIDÊNCIA

No que se refere à multa por reincidência, é sabido que está capitulada no art. 87 da Lei nº 6.379/96, consoante transcrição abaixo:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Como bem observou o julgador singular, a fiscalização aplicou ao contribuinte multa recidiva para todos os períodos denunciados no que tange à infração de indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual, contudo não há que se falar em reincidência pela prática de infração à mesma disposição legal antes de junho de 2013, haja vista a ocorrência constante do Termo de Antecedentes Fiscais, às fls. 85, ter como data de pagamento 24 de maio de 2012.

Por consequência, os valores concernentes à reincidência, para os períodos anteriores a junho de 2013, deveriam ser excluídos na íntegra da denúncia, entretanto a autuada quitou-os parcialmente, acarretando sua extinção quanto à parte quitada, conforme prescreve o artigo 156 do CTN.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática e julgar *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00000745/2017-62, lavrado em 11/04/2017, em face de BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.070.621-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 354.077,62 (trezentos e cinquenta e quatro mil, setenta e sete reais e sessenta e dois centavos),



sendo R\$ 187.679,03 (cento e oitenta e sete mil, seiscentos e setenta e nove reais e três centavos) referentes ao ICMS, e R\$ 166.398,59 (cento e sessenta e seis mil, trezentos e noventa e oito reais e cinquenta e nove centavos), de multa por infração, cuja previsão legal está disposta no artigo 82, inciso IV, da Lei 6.379/96 e R\$ 25.536,56 (vinte e cinco mil, quinhentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos) de multa por reincidência.

Mantenho cancelado, pelos motivos expostos, o crédito tributário no valor de R\$ 15.113,47 (quinze mil, cento e treze reais e quarenta e sete centavos), sendo R\$ 7.115,99 (sete mil, cento e quinze reais e noventa e nove centavos) de ICMS, R\$ 5.337,00 (cinco mil, trezentos e trinta e sete reais) de multa por infração e R\$ 2.660,48 (dois mil, seiscentos e sessenta reais e quarenta e oito centavos) de multa por reincidência.

Frise-se, oportunamente, que o contribuinte realizou o recolhimento no montante de R\$ 125.457,64 (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais sessenta e quatro centavos), conforme consulta ao Sistema ATF, valor que deverá ser excluído do crédito tributário devido.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de fevereiro de 2023.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora