



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

PROCESSO Nº1656222015-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ

Autuante(s):FRANCISCA SANDRA DE SOUZA CRISPIM

Relator:CONS.ºANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OMISSÃO NO LANÇAMENTO DE REDUÇÕES “Z”. INDICAR COMO ISENTAS, NÃO TRIBUTADAS OU SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRECISA DESCRIÇÃO DO DIPLOMA LEGAL DESCUMPRIDO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

#=As saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal, classificadas, erroneamente, como isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, resultam em falta de recolhimento do imposto ou o recolhimento a menor que o devido, sendo necessária a lavratura do auto de infração para constituição do crédito tributário, assim como também implica a infração a ausência de lançamento das reduções “Z” nos livros próprios.

Não configura nulidade a falta de menção a artigos da legislação tributário quando o enquadramento legal disposto no lançamento de ofício é suficiente para dar ciência às partes do fundamento em que se baseia a acusação.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos voluntário, por regular e tempestivo, no mérito, pelo seu *desprovemento*, reformando de ofício a sentença monocrática, declarando PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002234/2015-13, lavrado em 1/12/2015, em desfavor da empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, inscrição estadual nº 16.185.979-8, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de R\$ 25.386,28 (vinte e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 15.479,79 (quinze mil, quatrocentos e setenta e nove reais e setenta e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 376 e 379 c/c art. 106, II, “a” e 106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “I”, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e mais R\$ 9.906,49 (nove mil, novecentos e seis reais e quarenta e nove centavos) por aplicação dos artigos 82, II, “e”

e 82, IV, da Lei 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de junho de 2019.

ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS e THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

ALENCAR

SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Neste colegiado examina-se o recurso voluntário, nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, diante da decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002234/2015-13 lavrado em 1/12/2015, (fls. 3-10), no qual constam as seguintes infrações fiscais:

“0254 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a

constatação de irregularidade no uso do ECF.”

“NOTA EXPLICATIVA – A empresa deixou de recolher ICMS em virtude da falta de lançamentos de Reduções Z, conforme planilha anexa aos autos.”

“0195 – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL – Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débitos(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.”

“NOTA EXPLICATIVA > Falta de recolhimento do imposto estadual, em virtude do contribuinte ter indicado nos itens vendidos constantes das memórias fitas detalhes (MFD), relativos aos ECF de números IB03110000008257233, IB03110000008259452 e IB03110000008257864, operações tributáveis como sendo isentas ou sujeitas ao regime de substituição tributária por entradas, conforme demonstrado em planilha anexa.”

Foram dados como infringidos os artigos 376 e 379 c/c art. 106, II, “a” e 106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97. O crédito tributário proposto foi de R\$ 25.386,28 (vinte e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 15.479,79 (quinze mil, quatrocentos e setenta e nove reais e setenta e nove centavos) de ICMS e mais R\$ 9.906,49 (nove mil, novecentos e seis reais e quarenta e nove centavos), referente à multa por infração que tem escopo nos artigos 82, II, “e” e 82, IV, da Lei 6.379/96.

O fiscal autuante anexou aos autos todo o escopo probatório que consubstancia a acusação (fls. 12-23), onde fica delineada a base de informações com referência na qual serviu de esteio para lavratura do auto de infração em desfavor do contribuinte.

Regularmente cientificado através de Aviso de Recebimento (A.R.) em 5/12/2015 (fl. 25), a empresa autuada apresentou reclamação (fls. 27-34) em 4/1/2016 (fl. 26), na qual se insurge contra os termos da autuação sob reproche com base nas seguintes argumentações:

- que o auto de infração não informa quais as mercadorias, os períodos dos fatos geradores e nem se houve alíquota menor ou redução de base de cálculo, resultando em incerteza e iliquidez do crédito tributário, ofendendo os princípios do contraditório e da ampla defesa;

- que o lançamento precisa se revestir de precisa descrição e comprovação da materialidade da infração;

- que no levantamento, há mercadorias que de fato se sujeitam ao regime de ST, ao contrário do que afirmou o auditor fazendário;

- que a multa se reveste de caráter confiscatório;

Por fim, requer que as intimações sejam dirigidas ao procurador e que seja julgada improcedente a ação fiscal e, conseqüentemente, cancelado o auto de infração.

Com remessa dos autos a GEJUP e com registro de não ocorrência de antecedentes fiscais (fl. 50), os autos foram distribuídos ao julgador Francisco Nociti que exarou sentença considerando o auto de infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, conforme ementa abaixo:

IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. DENÚNCIA CARACTERIZADA. MEMÓRIAS FITA DETALHES DOS ECFs INDICANDO COMO ISENTAS OU SUJEITAS À SISTEMÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, MERCADORIAS SUBMETIDAS À TRIBUTAÇÃO NORMAL DO ICMS. NULIDADE POR VÍCIO DE FORMA.

Consoante dicção do art. 379 do RICMS/PB, são considerados tributados valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas vigentes, o que acarreta a necessidade do recolhimento do ICMS a ele relativos.

A imprecisão dos dispositivos legais apontados como infringidos, relativamente à segunda acusação, acarretou a declaração de sua nulidade por vício de forma, nos termos do art. 17, III, da Lei n.º 10.094/13 – cabendo lavratura de novo auto de infração que atenda à legislação de regência.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância administrativa através do DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO ELETRÔNICO em 26/3/2018 (FL. 72), o autuado apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais (fls. 74-78) em 24/4/2018, nele, se insurgindo contra os termos da autuação com base nos seguintes argumentos:

- que o auto de infração não informa quais as mercadorias, os períodos dos fatos geradores e nem se houve alíquota menor ou redução de base de cálculo, resultando em incerteza e iliquidez do crédito tributário, ofendendo os princípios do contraditório e da ampla defesa;

- que vários produtos inseridos nas planilhas da auditoria são tributados com base no regime especial da substituição tributária;

- que a multa aplicada tem caráter confiscatório;

Assim, requer o reconhecimento da improcedência do auto, impondo o inafastável cancelamento do auto de infração para que não gere qualquer efeito, assim como pede que as futuras intimações se dirijam, exclusivamente, em nome de Ricardo Malachias Ciconelo, em seu endereço profissional (f. 79).

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, com distribuição a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002234/2015-13 lavrado em 1/12/2015 (fls. 3-10) em desfavor da empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, inscrição estadual n.º 16.185.979-8, já devidamente qualificada nos autos.

Na acusação, objeto deste processo, a empresa foi autuada por falta de recolhimento do imposto estadual (ICMS) detectada através da constatação de que o contribuinte cadastrou, no seu equipamento ECF, já referido, como substituição tributária, operações com mercadorias sujeitas à tributação normal, em clara afronta à legislação de tributos do ICMS em vigor, assim como já decidido fartamente pelo Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba em diversos acórdãos, assim como deixou de efetuar os lançamentos das reduções Z nos livros próprios, acarretando a falta de recolhimento do imposto estadual ou o recolhendo em valores inferiores ao devido.

Em princípio, cabe observar que o lançamento fiscal observou, de forma rigorosa, as disposições do art. 142 do CTN, não importando qualquer pretensão de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Com relação à acusação inserta no auto de infração, em primeira análise, é de se observar que o contribuinte assume de forma categórica em sua defesa o cometimento da infração, qual seja, cadastrar como substituição tributária mercadorias, cujas saídas ocorrem com tributação normal do ICMS, sujeitas ao débito do imposto.

Em primeiro plano, deve-se afastar a nulidade arguida pelo contribuinte, já que, na peça basilar, entre as folhas 12-23 estão anexadas várias planilhas, detalhando, pormenorizadamente, a matéria a respeito da qual se lavrou o auto de infração, colocando à disposição do contribuinte todas as informações capazes de dar sustento a uma peça defensiva sem que para isso possa fazer maiores esforços o acusado.

É de se ver que, a partir da folha 19, a fiscal autuante, com zelo e prudência, relaciona todas as mercadorias que, sujeitas ao regime de tributação normal, foram classificadas como não tributadas (isentas) pelo contribuinte, caindo por terra as alegações de imprecisão no levantamento do crédito tributário devido.

Pois bem, não precisa de maiores considerações epistemológicas a respeito do tributo para se chegar à conclusão de que, não havendo débito pelas saídas nas operações de vendas/transferências das referidas mercadorias vai, inexoravelmente, resultar em falta de recolhimento do tributo ou o recolhimento a menor. Disso não se pode extrair qualquer dúvida.

Ao agir dessa maneira, o contribuinte cometeu atos que implicam em plena divergência com vários artigos do Regulamento do ICMS em vigor no estado da Paraíba, assim como os que foram consignados no auto de infração:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota cabível sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do imposto;

[...]

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

[...]

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

[...]

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

[...]

d) o valor total do débito do imposto;

[...]

l) o valor do imposto a recolher;

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

[...]

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

É claro que, nas considerações que se esposou até aqui, deve-se ter em mente que as acusações realizadas pela fiscalização são sempre de natureza relativa, o que significa dizer que pode sempre ser ilidida por prova em contrário, que teria o condão de estapear a acusação.

Sendo assim, o contribuinte não inovou em seu recurso, se limitando a argumentar comprometimento na disposição de elementos de prova a atentar contra os princípios da ampla defesa e do contraditório, o que não ocorreu como já referido, mesmo por que o processo está robustecido de provas que consubstanciam o auto de infração.

Em outro ponto, ousou discordar das conclusões a que chegou o julgador singular pela nulidade relativa a esta acusação porque entendo que há elementos suficientes a embasar a peça acusatória. Com relação aos artigos 362, 365, 366 e 379 do RICMS/PB, não há dúvida que diz respeito aos procedimentos relativos ao ECF, como bem apontou o julgador singular.

Ocorre que, na minha visão, permanece incólume a acusação porque os artigos dispostos no auto de infração dizem respeito exatamente à infração de declarar como isentas ou não tributadas operações com mercadorias sujeitas à tributação normal cujo diploma legal (106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS), é exatamente o que esta Corte de Julgamento Plural tem admitido como adequada para a infração cometida.

A especificidade de a irregularidade ter sido cometida através do ECF não invalida a acusação e a falta de citação aos referidos artigos do RICMS/PB suprimidos no auto de infração não gera caso de nulidade, *data vênia* entender que os caminhos trilhados pelo julgador de primeira instância têm substância jurídica para justificar suas conclusões, não obstante permanecer em estado de discordância.

Por outro lado, o contribuinte afirmou que as mercadorias relacionadas pelo auditor fazendário são sujeitas à substituição. Ocorre que não exemplificou qualquer produto relacionado pelo fiscal autuante que esteja nessa condição, se resumindo a argumentar, nos fazendo crer que a acusação foi precisa e justa a levantar o crédito tributário referente a esta acusação: falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF.

Em outro ponto do recurso, o contribuinte se insurge contra os percentuais da multa aplicada por entender que tem flagrante caráter confiscatório. As decisões emanadas desta Corte, contudo, são convergentes para o entendimento de que constitucionalidade, ou não, de matéria foge da competência do Conselho de Recursos Fiscais e de seus Conselheiros, consequentemente.

Por isso é que essas questões não são objeto de análise das Cortes de Julgamento Administrativo, como já bem decidido pelo Conselho de Recursos Fiscais, em apreço à observância do que dispõe o artigo 55 e 72-A da Lei n.º 10.094/2013 e do parágrafo único do artigo 1º da Portaria n.º 075/2017:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

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 Receita - SER, 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.

Aliás, a esse respeito, o STF já se posicionou, reconhecendo a legalidade da multa aplicada no patamar de 100%, o que põe abaixo qualquer tentativa de classificar como confiscatória a penalidade agravada naquele percentual:

De acordo com o STF, “a abusividade da multa punitiva apenas se revela naquelas arbitradas acima do montante de 100% (cem por cento) do valor do tributo” (AI 851.038 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10-2-2015, 1ª T, DJE de 12-3-2015).

Por todo o exposto,

V O T O - pelo recebimento dos recursos voluntário, por regular e tempestivo, no mérito, pelo seu *desprovento*, reformando de ofício a sentença monocrática, declarando PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002234/2015-13, lavrado em 1/12/2015, em desfavor da empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, inscrição estadual nº 16.185.979-8, devidamente qualificada nos autos, impondo o ônus desta ação fiscal, imputando-lhe o crédito tributário no valor de R\$ 25.386,28 (vinte e cinco mil, trezentos e oitenta e seis reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 15.479,79 (quinze mil, quatrocentos e setenta e nove reais e setenta e

nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 376 e 379 c/c art. 106, II, “a” e 106 c/c art. 52, art. 54 e arts. 2º, 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e mais R\$ 9.906,49 (nove mil, novecentos e seis reais e quarenta e nove centavos) por aplicação dos artigos 82, II, “e” e 82, IV, da Lei 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de
junho de 2019.

ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO
Conselheiro Relator