



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº1776002014-7

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

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

Autuante(s):MARCELO CRUZ DE LIRA/MONICA GONCALVES SOUZA MIGUEL

Relator(a):DAYSE ANNYEDJA GONCALVES CHAVES

NULIDADE. NÃO CONFIGURADA. GARANTIDOS A AMPLA DEFESA, O CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRÉDITO FISCAL DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO FISCAL NA AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO. INOBSERVÂNCIA DOS COEFICIENTE ESTABELECIDOS EM LEGISLAÇÃO. CRÉDITO FISCAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS E SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VEDAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. APLICÁVEL. REDUÇÃO DO MONTANTE DO TRIBUTO DEVIDO A RECOLHER. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em regra, não se configura nulidade quando se constata que o contribuinte exerceu, em toda sua plenitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório, demonstrando-se o respeito ao devido processo legal. Não gera direito ao crédito de ICMS as aquisições de energia elétrica de estabelecimentos comerciais, inclusive às referentes ao processo de panificação e congelamento, em conformidade com jurisprudência pátria. Assim como também é vedado o direito ao crédito de ICMS para fins de compensação do imposto nas aquisições de mercadorias sujeitas à isenção e à substituição tributária. Valor pago parcialmente.

Indicar como isentas ou não tributadas mercadorias sujeitas à incidência do imposto resulta na redução, indevida, do montante do ICMS devido a recolher, em grave afronta à legislação estadual vigente, passível de autuação e levantamento do crédito tributário devido. O Levantamento Quantitativo é técnica autorizada em lei para levantar diferença tributável passível de detecção de tributo omitido, sendo obrigatória a lavratura de auto de infração para constituição do crédito tributário devido. Deve ser excluído o crédito tributário referente ao levantamento quantitativo quanto às mercadorias que não são objeto de mercancia por parte do autuado.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, 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 parcial provimento, para reformar a sentença monocrática, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002019/2014-31, lavrado em 5/11/2014, contra a empresa, BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.164.704-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de R\$ 347.526,90 (trezentos e quarenta e sete mil, quinhentos e vinte e seis reais e noventa centavos), sendo R\$ 176.267,85 (cento e setenta e seis mil, duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 74 c/c art. 75, § 1º do RICMS-PB, arts. 158, I e 160, I, ambos do RICMS/PB e, R\$ 171.259,05 (cento e setenta e um mil, duzentos e cinquenta e nove reais e cinco centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h” e “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que, cancelado, por indevido, o total de R\$ 28.039,46 (vinte e oito mil, trinta e nove reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 14.019,73 (quatorze mil, dezenove reais e setenta e três centavos), de ICMS, e R\$ 14.019,73 (quatorze mil, dezenove reais e setenta e três centavos) relativo à multa aplicada, referente ao crédito tributário inicialmente lançado no auto de infração a título de “vendas sem emissão de documentação fiscal”, do exercício de 2010.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002019/2014-31, lavrado em 5/11/2014, contra a empresa, BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.164.704-9, com ciência pessoal, em 27/11/2014, relativamente a fatos geradores ocorridos entre os exercícios de 2010 a 2012, consta as seguintes denúncias:

0325 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: TAL IRREGULARIDADE EVIDENCIOU-SE PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PERTINENTE, UTILIZOU-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS FISCAIS NAS SITUAÇÕES ABAIXO:

ATIVO FIXO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE TER APROVEITADO O CRÉDITO FISCAL, CONCERNENTE À AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO, EM MONTANTE SUPERIOR AO DEVIDO, TENDO EM VISTA A INOBSERVÂNCIA DA CORRETA FORMA PARA A APURAÇÃO DO IMPOSTO EM CADA PERÍODO. ART. 78, I, II E III, DO RICMS-PB, APROV. PELO DEC. 18.930/97. ART. 82, V, “H” DA LEI 6.379/96

100%

ENERGIA ELÉTRICA – CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE SE CREDITOU DO ICMS DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS RELATIVOS À ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA PELO ESTABELECIMENTO, HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FISCAL, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.

ART. 72, § 1º, II, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. 18.930/97.

ART. 82, V, “H” DA LEI 6.379/96

100%

PRODUTOS DE INFORMÁTICA – CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE DO ICMS DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS EM VALOR MAIOR DO QUE O PERMITIDO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, EM RELAÇÃO A ENTRADA DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA E AUTOMAÇÃO SUJEITOS AO MANDAMENTO DO ART. 33, IX DO RICMS/PB SEM OBSERVÂNCIA A REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.

ART. 74 C/C ART. 75, § 1º DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. 18.930/97.

ART. 82, V, “H” DA LEI 6.379/96

100%

OPERAÇÃO SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, TENDO EM VISTA O CONTRIBUINTE TER APROVEITADO INDEVIDAMENTE COMO CRÉDITO FISCAL, O ICMS NORMAL DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS ORIUNDA DE OPERAÇÃO SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CUJA FASE DE TRIBUTAÇÃO JÁ ESTAVA ENCERRADA.

ART. 391, §6º, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97.

ART. 82, V, “H” DA LEI 6.379/96

100%

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE TER APROVEITADO CRÉDITOS FISCAIS ORIUNDOS DE OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS PELO IMPOSTO ESTADUAL.

ART. 82, I,, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97.

ART. 82, V, “H” DA LEI 6.379/96

100%

0188 – INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débitos do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestação de serviços como sendo isenta(s) de ICMS.

Nota Explicativa: INDICAR NAS VENDAS COMO ISENTAS AS MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO

0022 – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem a emissão de documentação fiscal, culminando na falta de recolhimento do imposto.

Nota Explicativa: FOI REALIZADO O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS –

PERÍODOS DE 2010 – ONDE FOI DETECTADO VENDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL.

Foram dados como infringidos os artigos arts. 106, c/c ar. 52, art. 54 e §2º, II e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e I do RICMS/PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 e arts. 158, I e 160, I, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, alínea “h” e “a” e art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor total de R\$ 375.566,36, sendo R\$ 190.287,58, de ICMS, e R\$ 185.278,78 de multa por infração.

Documentos instrutórios acostados às fls. 3-24 do libelo, com arquivo em mídia (DVD) constante à fl. 23.

Inconformada com a autuação, o contribuinte apresentou reclamação, em 26/12/2014, fls. 27-58, com anexos às fls. 59 a 115, na qual, em breve síntese, inicia discorrendo sobre a tempestividade da impugnação; a) aduz que há nulidade quanto à segunda infração, pois o fiscal fez constar um item denominado PRODUTO GENÉRICO, aplicando a alíquota de 17%, não sendo possível identificar qual seria esse produto; b) argumenta que os créditos decorrentes do consumo de energia elétrica são legítimos, pois é consumida no processo de industrialização; c) quanto à terceira infração, alega que os valores autuados são ilíquidos e incertos, relata que o fiscal autuante não levou em consideração que determinada mercadoria pode ser dividida em subgrupos, sendo compradas em fardos, caixa, saco, etc., e vendidas em quilos, garrafa, lata, etc., por esse motivo alguns produtos na entrada tem um código “x” e na saída tem um código “y”, por isso a diferença, assim como não considerou as perdas normais do processo de comercialização e armazenagem; d) requer perícia ou diligência fiscal para demonstrar a realidade dos fatos; e) Argumenta que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, assim como requer que seja levado em consideração o benefício da dúvida prevista no art. 112 do CTN, por fim, requer a nulidade/improcedência do auto de infração, perícia e diligência fiscal-contábil.

Com informação de não constarem antecedentes fiscais, fl. 116, os autos foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, ROSELY TAVARES DE ARRUDA, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal, fls. 174 a 184, dos autos, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA: PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. PEÇA ACUSATÓRIA NOS DITAMES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. DIVERSAS ACUSAÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. DENÚNCIAS COMPROVADAS.

Não acolhimento de preliminares arguidas diante da inexistência de vícios procedimentais cometidos pela fiscalização, havendo perfeita sintonia aos princípios que regem o contencioso tributário do Estado da Paraíba, não ocorrendo o cerceamento a ampla defesa e ao contraditório.

Comprovada a utilização indevida de créditos fiscais que implicou em falta de recolhimento do ICMS.

A autuada reconheceu parcialmente a acusação conforme comprovantes de pagamentos anexados aos autos.

No caso dos créditos referentes à entrada de energia elétrica, o STJ já se manifestou pela inexistência de processo de industrialização nas operações praticadas por supermercados, sendo vedado o aproveitamento destes créditos.

Constatada a irregularidade na falta de débito do ICMS nos documentos fiscais emitidos ante o fato de o contribuinte considerar como isentas operações sujeitas ao imposto.

O Levantamento Quantitativo realizado pela auditoria indicou a ocorrência de vendas sem emissão de documento fiscal.

O contribuinte não apresentou provas capazes de desconstituir os créditos tributários lançados no auto de infração.

Penalidade proposta na inicial foi aplicada em conformidade com a Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Em 15 de abril de 2015 a recorrente peticionou anexando comprovantes de parte do pagamento, para a infração de “falta de recolhimento do imposto estadual” quanto às infrações de crédito indevido nas operações com ativo fixo, produtos de informática, sujeitas ao regime de substituição tributária e mercadorias não tributadas pelo imposto, comprovantes constante às fls. 121 a 172 dos autos.

Cientificada da decisão de primeira instância em 11/7/2018, por via postal, com AR, fl. 187, a autuada, através de advogado, protocolou *recurso voluntário*, perante este Colegiado, em 1/8/2018, fls. 189 a 235, tecendo as mesmas considerações e alegações trazidas em fase de reclamação, conforme, em síntese, relatos abaixo:

a) Inicialmente, faz comentário sobre a tempestividade do recurso. Preliminarmente, argui nulidade do auto de infração alegando que não foi apresentada a Ordem de Serviço, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Encerramento da referida fiscalização, assim como, o prazo de 60 dias para conclusão da fiscalização não foi cumprido pelos fiscais autuantes, portanto, o auto seria nulo pela falta de cumprimento das formalidades do processo de fiscalização.

b) Argumenta a total ausência de comprovação da infração, tendo em vista que os fiscais autuantes deixaram de identificar o item para utilizar PRODUTO GENÉRICO, aplicando alíquota de

17%, sem indicar a mercadoria e o embasamento para sua tributação, não restando comprovada a sua alegação, impossibilitando a recorrente de fazer sua defesa;

- c) Reforça que é legítima a utilização dos créditos de energia elétrica, que houve um erro por parte da fiscalização ao informar que a recorrente é uma empresa comercial, pois o contrato social faz constar expressamente que a recorrente também desenvolve industrialização de produtos específicos, afirma que os créditos de energia utilizados não é da energia utilizada no comércio ou administração, mas sim, nos diversos processos de industrialização e que a recorrente consome 37,62% de sua energia no processo de industrialização conforme laudo técnico;
- d) Afirma a existência de produtos identificados por mais de um código pelo desmembramento, pois a fiscalização não atentou para o fato de que os produtos comestíveis, em geral, são comprados em pedaços inteiros e vendidos em pequenas quantidades, com outro código, por se tratar de produtos diferentes.
- e) Demonstra a utilização de produtos que não são comercializados e foram considerados pelos fiscais no levantamento da Conta Mercadorias, tais como: pallets, caixas plásticas, camisa térmico, etc.;
- f) Aponta para o fato que no desenvolvimento de sua atividade, as aquisições são realizadas no atacado (caixa, fardo, saco, etc.) e a revenda ocorre em unidade ou a retalho (quilo, garrafa, lata, etc.). Por desconsidera esta situação, a fiscalização apontou diferenças de estoques absurdas, que não coadunam com a realidade. Comenta sobre a existência de perdas normais da atividade;
- g) No tocante à multa aplicada, afirma que é desproporcional, e de nítido caráter confiscatório e que deve ser aplicada as disposições do art. 112 do CTN *in dubio pro contribuinte*;
- h) Por fim, requer que seja decretada a nulidade/improcedência da acusação, ou alternativamente a redução da multa a patamares razoáveis, e a realização de perícia.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *voluntário* interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002019/2014-31, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Inicialmente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

De plano, percebe-se que os créditos tributários, insculpidos no auto de infração, estão substancialmente demonstrados, assim como está identificada a pessoa do infrator, a descrição da conduta denunciada, da capitulação legal dos dispositivos acusados e da penalidade aplicada.

No que diz respeito à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, arts. 14 a 17 elencam as situações em que o ato administrativo poderá ser anulado, assim vejamos o texto legal, abaixo:

“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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.”

Nesse norte, percebe-se que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não se verificando, quaisquer incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, da autuação, conforme se extrai dos artigos, transcritos acima, tanto do Código Tributário Nacional (CTN) como da Lei nº 10.094/2013.

Além disso, verifica-se que o auditor conduziu o processo com transparência, contendo as planilhas e os dados obtidos através dos arquivos magnéticos da empresa autuada, constando demonstrativos, os quais evidenciam com bastante clareza a formação dos valores que ensejaram a formação do montante do tributo devido, elementos que fazem parte deste processo administrativo tributário.

Inicialmente, cabe observar que os fatos levantados pela auditoria estão baseados nas informações prestadas pelo próprio contribuinte através da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, portanto, não são convincentes os proclames da recursante, como por exemplo a *validação da liquidez e certeza do crédito tributário* apurado pela fiscalização, tendo em vista que os pontos contestados pela autuada estão claramente dispostos nos autos, sendo suficientes para a elucidação da controvérsia, tornando, assim, desnecessária a realização de qualquer tipo de diligência ou perícia para identificá-los.

Assim, considero 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, poderia tê-la juntado ao processo, antes da apreciação do recurso voluntário.

Com relação à aplicação do *benefício da dúvida*, disposto no artigo 112, do CTN, caso o julgador não esteja convicto da regularidade fiscal, não entendo como admissível tal pleito, posto que a infração constituída pelas autoridades administrativas não deixa dúvida quanto à ocorrência, não se enquadrando em qualquer das hipóteses contidas na legislação tributária.

Convém ressaltar que os demonstrativos e documentos acostados a este processo, juntamente com os registros fiscais apresentados nas declarações eletrônicas pelo próprio contribuinte, revelam a tipificação da ilicitude fiscal, materializada no Auto de Infração de Estabelecimento, afastando toda e qualquer dúvida e, desta feita, não há que se falar em aplicação do *in dubio pro reo*.

Com relação ao ponto suscitado alegando nulidade pelo fato da não apresentação da Ordem de serviço, temos a dizer que todos esses documentos constam do processo, assim como foi dada ciência ao contribuinte, para ser mais preciso, notificação recebida em 12/8/2014 para retificar as informações do SPED: o bloco "C", Registro C170, Campo 5, consta à fl. 21.

Cabe, ainda, considerar que não comporta a nulidade arguida pela recorrente motivada pelo decurso do prazo para a conclusão dos trabalhos de fiscalização, como prevê o § 3º, do art. 694, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 694.

(...)

§ 3º Os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos em até 60 (sessenta) dias, prazo este prorrogável por igual período, desde que as circunstâncias ou complexidade dos serviços o justifiquem, a critério das Gerências Operacionais subordinadas à Gerência Executiva de Fiscalização (Decreto nº 30.927/09).

Neste sentido, o prazo previsto no dispositivo acima mencionado trata-se de prazo

impróprio da administração, que deve ser observado pelos seus servidores, sujeitando os desidiosos, salvo justo motivo, às sanções administrativas aplicáveis à espécie, mas o seu descumprimento não gera qualquer desvalia processual ou preclusão, como estabelece o art. 686 do RICMS/PB:

Art. 686. *A inobservância dos prazos destinados à instrução, movimentação e julgamento de processo responsabilizará disciplinarmente o funcionário culpado, **mas não acarretará a nulidade do procedimento fiscal.*** (g. n.)

Nas palavras de Nelson Nery “são aqueles fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares. O ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz”.

Assim, os prazos impróprios são destituídos de preclusividade, apenas acarretando sanções administrativas aos que os descumprirem.

Portanto, rechaço a preliminar.

Outro ponto está relacionado com o argumento de que o autuante utilizou “PRODUTO GENÉRICO” aplicando a alíquota de 17% o que impossibilitou a recorrente de defender-se da segunda infração que é a de “indicar como isentas, operações c/mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual”, para esse ponto, temos a dizer que consultamos o relatório anexado ao processo, em mídia CD constante à fl. 23, documento em PDF com 28 páginas contendo o período, número do ECF, a descrição do item, valor, alíquota e imposto calculado, conforme trecho anexado abaixo e não identificamos nenhum item com a expressão “PRODUTO GENÉRICO” como mencionado pela recorrente.

Todavia, embora a recorrente tenha feito tal afirmativa, fl. 197, para a segunda infração, conforme mencionado acima, identificamos sim, a informação “PRODUTO GENÉRICO”, mas para primeira infração a de “falta de recolhimento do imposto estadual” pelo fato de ter a recorrente, utilizado indevidamente crédito de ICMS oriundos de operações não tributadas pelo imposto estadual, segundo os autuantes e, conforme nota explicativa da primeira infração.

Pois bem, analisando as operações com “PRODUTOS GENÉRICOS” pudemos constatar que, em

verdade, referem-se a notas fiscais de entradas, emitidas pela própria recorrente, ora, se estamos falando de notas de entradas emitidas pela própria empresa, os produtos foram por ela assim cadastrados e não o fiscal que “criou” essa descrição de modo a dificultar sua a defesa.

Reconheço que a imagem está pequena, mas o relatório estava à disposição da recorrente em mídia CD, constante à fl 23, a qual a recorrente teve acesso, ficando evidenciado pelas suas alegações. Portanto, entendo que não houve cerceamento de defesa.

Superados os aspectos formais, passemos ao mérito.

Razões Meritórias

Falta de recolhimento de ICMS – Créditos indevidos

Quanto ao crédito de ICMS indevido, em 15 de abril de 2015 a recorrente peticionou anexando comprovantes de parte do pagamento, para a infração de “falta de recolhimento do imposto estadual” quanto às infrações de crédito indevido nas operações com ativo fixo, produtos de informática, sujeitas ao regime de substituição tributária e mercadorias não tributadas pelo imposto, comprovantes constante às fls. 121 a 172 dos autos.

Créditos de Energia Elétrica

No tocante aos créditos de energia elétrica, a fiscalização autuou o contribuinte pelo aproveitamento indevido dos créditos fiscais, advindos das aquisições de energia elétrica, conforme demonstrativo acostados ao processo em mídia digital (CD-Rom), à fl. 23 do processo.

Para esse ponto a recorrente alega que apropriou-se do crédito de ICMS decorrente da energia elétrica utilizada no processo produtivo, que não é apenas empresa comercial pois, seu contrato social também especifica que a recorrente desenvolve industrialização de produtos específicos, reforçando que industrializa na padaria.

É consagrada na Constituição Federal de 1988, a sistemática da não cumulatividade do ICMS, mediante a qual o montante devido em cada operação deve ser compensado com os valores cobrados nas operações anteriores, evitando o declarado efeito cascata da exação, evitando a oneração excessiva do preço final do produto a consumidor.

A sistemática evita que haja oneração excessiva do imposto, fazendo-o incidir, apenas, sobre o valor acrescido em cada fase da cadeia produtiva e de distribuição, conforme disposto no artigo 155 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

A recorrente argumenta que o crédito tomado, relativo às aquisições de energia elétrica, é crédito que se forma a partir da compra de insumos, consumidos nos setores produtivos da empresa (padaria e congelados), tendo a recorrente se manifestado pela legitimidade no aproveitamento desses créditos, conforme estabelece o artigo 72, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

b) quando consumida no processo de industrialização;

Nesse diapasão, e com base em Laudo Técnico, fornecido pela empresa EMS PLANEJAMENTO EMPRESARIAL LTDA. fls. 89 a 113, onde é apresentado um índice de 37,62% de aproveitamento de energia elétrica no setor industrial, nas porcentagens demonstradas no laudo, esperando obter tratamento igualitário ao da atividade industrial que permite o aproveitamento dos créditos advindos de aquisição de energia elétrica, quando utilizados no processo produtivo.

Contudo, a legislação e a jurisprudência regulamentam que as atividades de panificação e congelamento de alimentos, realizadas por estabelecimento comercial, não se caracterizam como processo de industrialização conforme os seguintes argumentos.

Destacamos que a legislação federal dispõe o que NÃO considera industrialização no Decreto nº. 7.212, de 15 de junho de 2010, in verbis:

“Art. 5º Não se considera industrialização:

I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação:

a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor; ou”...

(grifo nosso)

Segue a norma federal supra, dispondo o que considera como embalagem de apresentação para efeitos da caracterização de processo de industrialização:

“Art. 6º Quando a incidência do imposto estiver condicionada à forma de embalagem do produto, entender-se-á (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, inciso II):

I - como acondicionamento para transporte, o que se destinar precipuamente a tal fim; e

II - como acondicionamento de apresentação, o que não estiver compreendido no inciso I.

§ 1º Para os efeitos do inciso I do caput, o acondicionamento deverá atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I - ser feito em caixas, caixotes, engradados, barricas, latas, tambores, sacos, embrulhos e semelhantes, sem acabamento e rotulagem de função promocional e que não objetive valorizar o produto em razão da qualidade do material nele empregado, da perfeição do seu acabamento ou da sua utilidade adicional; e

II - ter capacidade acima de vinte quilos ou superior àquela em que o produto é comumente vendido, no varejo, aos consumidores.

Dessa forma, a diferença dos dois conceitos de embalagem não deixa dúvida e só vem a fortalecer a conclusão emanada pelo julgador singular de que os setores de panificação e de congelamento de alimentos da autuada não são considerados como processo de industrialização.

No mesmo sentido, o Parecer Normativo CST nº. 337, de 1970, da Receita Federal do Brasil (Anexo 01) dirime qualquer dúvida que porventura exista na compreensão da norma:

“4. Esclareça-se que sobre o preparo de produtos alimentares em sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que se destinem à venda direta a consumidor e não sejam acondicionados em embalagem de apresentação, não há incidência do IPI, uma vez que a referida operação não é considerada industrialização, na forma do inciso II do § 4º do art. 1º do RIPI.” (grifo nosso)

Com o mesmo teor, assegura a Instrução Normativa RFB nº 1.071, de 15 de setembro de 2010, que a padaria localizada em hipermercado não é indústria, vejamos:

“Art. 109-E. Para fins de contribuição a terceiros, classificam-se como comerciais ou de serviços, não exclusivamente, as atividades a seguir enumeradas, desenvolvidas em conjunto ou individualmente, sobre as quais aplicam-se as alíquotas previstas no Anexo II, desta Instrução Normativa, de acordo com os códigos FPAS 515, 566, 574 ou 647:

[...]

II - panificação, quando realizada em hipermercado, supermercado, mini mercado, mercearia ou armazém, com a finalidade de ampliar a oferta de produtos (FPAS 515);” (grifo nosso)

A conjuntura que alberga o suposto “processo de industrialização” da recorrente, no que diz respeito à padaria e aos setores apensos, carecem de esteio jurídico para configuração de tal mister, pois não são caracterizados como processo de industrialização à luz das normas tributárias, uma vez que seus produtos são vendidos diretamente a consumidor final e acondicionados em embalagem de transporte, como bem fundamenta a norma, jurisprudência e a realidade fática dos procedimentos comerciais realizados pela recorrente que são de conhecimento comum.

No campo judicial, o STJ tem decidido repetitivamente sobre a impossibilidade da apropriação de créditos de ICMS no consumo de energia elétrica na panificação e nos setores de congelados em atividades comerciais, consoante os votos dos relatores nos REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/02/2010 e AgRg no REsp 1143495/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010, de cujo texto extraio excertos:

A) REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe

18/02/2010

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO). ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. ARTIGO 33, II, "B", DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. DECRETO 4.544/2002 (REGULAMENTO DO IPI). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002), razão pela qual inexistente direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.

18. Consequentemente, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado, não se afigura como "processo de industrialização", à luz do disposto no artigo 46, do CTN, em virtude da exceção prevista no artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Decreto 4.544/2002, que se apresenta como legislação tributária hígida.

24. Os dispositivos legais apontados como violados restaram implicitamente prequestionados, não se vislumbrando violação do artigo 535, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido afastou a alegação de cerceamento de defesa (pugnando pela desnecessidade da prova) e considerou impossível o creditamento do ICMS, ao fundamento de que "a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo".

B) AgRg no REsp 1143495/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010

PROCESSO CIVIL. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. (SUPERMERCADO). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO.

1. "(...) a entrada de energia elétrica no estabelecimento, que não for objeto de operação de saída de energia elétrica, que não for consumida no processo de industrialização e cujo consumo não resulta em operação de saída ou prestação para o exterior, somente ensejará direito ao creditamento de ICMS a partir de 1º.01.2011."

Nessa mesma linha, trilhou a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, aos responder questionamento de contribuinte, conforme o seguinte fragmento que transcrevo:

“Assim sendo, e considerando que a legislação do ICMS adota a mesma definição de industrialização contida na legislação do IPI, temos que o exercício da panificação e revenda dos produtos resultantes para consumidor final é caracterizado, para fins do imposto estadual, como atividade comercial”.

Assim, em consonância com o entendimento do STJ, considero correto o procedimento da auditoria, em glosar os créditos, apropriados pela empresa, advindos das aquisições de energia elétrica para utilização na sua padaria.

Sendo esse o entendimento consolidado desta corte, a título exemplificativo, trago acórdão Nº 199/2019, do Conselheiro Anísio de Carvalho Costa Neto, transcrito abaixo:

PROCESSO Nº1863602014-0

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

1ªRecorrida:BOMPREÇO SUMPERMERCADOS DO NE LTDA.

2ªRecorrente:BOMPREÇO SUMPERMERCADOS DO NE LTDA.

2ªRecorrida GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora:CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SER DA GERÊNCIA REGIONAL DA 3ª REGIÃO

Autuante(s):MARCELO CRUZ DE LIRA

Relator:CONS.º ANISIO DE CARVALHO COSTA NETO

NULIDADE. NÃO CONFIGURADA. MINUDENTE DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO IMPUTADA. GARANTIDOS A AMPLA DEFESA, O CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRÉDITO FISCAL DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO FISCAL NA AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO. INOBSERVÂNCIA DOS COEFICIENTE ESTABELECIDOS EM LEGISLAÇÃO. CRÉDITO FISCAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS E SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VEDAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS MERCADORIAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. REDUÇÃO DO MONTANTE DO TRIBUTOS DEVIDO A RECOLHER. VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. APLICÁVEL. REINCIDÊNCIA INFRACIONAL. NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em regra, não se configura nulidade quando se constata que o contribuinte exerceu, em toda sua plenitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório, demonstrando-se o respeito ao devido processo legal.

Não gera direito ao crédito de ICMS as aquisições de energia elétrica de estabelecimentos comerciais, inclusive às referentes ao processo de panificação e congelamento, em conformidade com jurisprudência pátria. Assim como também é vedado o direito ao crédito de ICMS para fins de compensação do imposto nas aquisições de mercadorias sujeitas à isenção e à substituição tributária.

Indicar como isentas ou não tributadas mercadorias sujeitas à incidência do imposto resulta na redução, indevida, do montante do ICMS devido a recolher, em grave afronta à legislação estadual vigente, passível de autuação e levantamento do crédito tributário cabido.

O Levantamento Quantitativo é técnica autorizada em lei para levantar diferença tributável passível de detecção de tributo omitido, sendo obrigatória a lavratura de auto de infração para constituição do crédito tributário devido. Deve ser excluído o crédito tributário referente ao levantamento quantitativo quanto às mercadorias que não são objeto de mercancia por parte do autuado.

Não se constitui reincidência a prática de infração em momento anterior àquele eleito pela legislação como termo inicial da contagem do prazo quinquenal de verificação da conduta supostamente reincidente.

Vendas sem Emissão de Documentação Fiscal – Levantamento Quantitativo

Como se sabe, o *levantamento quantitativo* de mercadorias é um procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado.

Desta feita, constatada a ocorrência, de que as disponibilidades, expressadas pelas compras do contribuinte, no período considerado, mais o estoque inicial do período, foram superiores às vendas realizadas mais o estoque existente, no final do período, comprova-se a ocorrência de vendas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, em desrespeito aos artigos 158 e 160 do RICMS-PB, abaixo transcritos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias.

No caso em exame, a empresa foi autuada, nos exercícios de 2010 a 2012, por *Vendas sem Emissão de Documentação Fiscal*, conforme demonstrativo constante em mídia digital (CD) fl. 23.

A recorrente comparece aos autos arguindo a existência de incongruências nas informações prestadas em relação às operações realizadas, as quais consistiriam de erro nos códigos dos produtos levados a efeito no procedimento fiscal, visto que a entrada dos produtos seria escriturada como um código diferente do registrado na saída, em função da diversidade na forma de revenda, em comparação com a compra (atacado x varejo).

Assim, diz que a auditoria não atentou para o fato de que os produtos comestíveis, em geral, são adquiridos em peças que depois retalhadas para a revenda, havendo, portanto, o desmembramento em subprodutos com atribuição de código distinto. E que também não foram consideradas as perdas normais no processo de armazenamento, expedição e distribuição dos produtos comercializados.

Ora, tais argumentações não encontram espaço para prosperar, tendo em vista que os dados coletados decorrem de informações prestadas pelo próprio contribuinte através da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD que, por força normativa, veio a substituir a documentação representada em meio físico (papel), mas, identicamente a este, possui força probante a prol do contribuinte, da qual é possuidor.

Neste sentido, o Decreto nº 30.478/2009, que estabeleceu a obrigatoriedade da adoção da EFD, neste Estado, recepcionando, pois, a legislação federal vigente, dispõe sobre a composição e a utilidade das informações fiscais prestadas mediante esse meio, conforme se infere da dicção do § 1º, do art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º (...)

§ 1º. A escrituração Fiscal Digital – EFD compõe-se da totalidade das informações em meio digital, necessárias à apuração do imposto referente às operações e prestações praticadas pelo

contribuinte, bem como outras de interesse do fisco”.

Donde se infere que é do contribuinte a responsabilidade pela certeza e fidedignidade das informações assentadas na sua EFD, afinal essas informações são, por ele, prestadas. E para que tenha força probante a seu prol, necessário que a EFD atenda às disposições regulamentares.

Assim, o *Guia Prático da Escrituração Fiscal Digital* dispõe sobre o código dos itens objeto da atividade econômica do contribuinte:

“REGISTRO 0200: TABELA DE IDENTIFICAÇÃO DO ITEM (PRODUTO E SERVIÇOS)

Este registro tem por objetivo informar mercadorias, serviços ou quaisquer outros itens concernentes às transações fiscais. Quando ocorrer alteração somente na descrição do item, sem que haja descaracterização deste, ou seja, criação de um novo item, a alteração deve constar no registro 0205.

Só devem ser apresentados itens referenciados nos demais blocos, exceto se for apresentado o fato de conversão no registro 0220, (a partir de julho de 2012).

A identificação do item (produto ou serviço) deverá receber o código próprio do informante do arquivo em qualquer documento, lançamento efetuado ou arquivo informado (significa que o código de produto deve ser o mesmo na emissão dos documentos fiscais, na entrada das mercadorias ou em qualquer outra informação prestada ao fisco), observando-se ainda que:

a) O código utilizado não pode ser duplicado ou atribuído a itens (produto ou serviço) diferentes. Os produtos e serviços que sofrerem alterações em suas características básicas deverão ser identificados com códigos diferentes. Em caso de alteração de codificação, deverão ser informados o código e a descrição anteriores e as datas de validade inicial e final no registro 0205;

b)

c)

A discriminação do item deve indicar precisamente o mesmo, sendo vedadas discriminações diferentes para o mesmo item ou discriminações genéricas (a exemplo de “diversas entradas”, “diversas saídas”, “mercadorias para revenda”, etc), ressalvadas as operações abaixo, desde que não destinada à posterior circulação ou apropriação na produção.” (Grifos não constantes do original).

Pois bem, examinando os arquivos da EFD da recorrente, observou-se que as quantidades de mercadorias disponíveis para a revenda (EI + COMPRAS) superaram as vendas realizadas mais o

estoque final (VENDAS + EF), inferindo-se a *ocorrência de vendas sem o pagamento do imposto devido*.

Ressalte-se, ainda, que não há qualquer vinculação desses produtos a um novo subproduto, objeto de desmembramento do original.

Relativamente às *perdas de produtos*, as quais teriam impossibilitado sua venda e que, entretanto, não teriam sido consideradas pela Fiscalização nos trabalhos referentes ao Levantamento Quantitativo, entendo que se trata de uma questão que envolve a materialidade do fato e, portanto, o estabelecimento que se depara com circunstâncias dessa natureza compete adotar as providências necessárias a prevenir prejuízos fiscais, quais sejam, ***promover a emissão de nota fiscal, com CFOP 5.927***, para lançamento a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, e efetuar a anulação dos créditos fiscais relativos à entrada das mercadorias objeto de sinistro (furto, roubo, extravio, deterioração, quebra normal) ou de qualquer outro evento que impossibilite a realização da operação posterior (art. 85, IV do RICMS/PB).

Isto considerando, não subsiste dúvidas quanto à regularidade do procedimento utilizado pela fiscalização.

Por fim, resta apenas um ponto a ser destacado e, ousando discordar da julgadora monocrática, que diz respeito a mercadorias que não são objeto da mercancia por parte do contribuinte. Neste ponto, é de se reconhecer que os pallets, camisão térmico e as caixas plásticas não poderiam estar relacionados num levantamento que se diz quantitativo de mercadorias. Ora, esses itens, conforme o destino de sua utilização não são mercadorias, que são os produtos adquiridos para servirem ao objeto para o qual o contribuinte se constitui: a comercialização de bens.

Por esse motivo, deve ser expurgado o crédito tributário no valor de **R\$ 28.039,46 (vinte e oito mil, trinta e nove reais e quarenta e seis centavos)**, sendo R\$ 14.019,73 (quatorze mil, dezenove reais e setenta e três centavos), de ICMS, e mais igual valor, relativo à multa aplicada, referente ao crédito tributário inicialmente lançado no auto de infração a título de “vendas sem emissão de documentação fiscal”, do exercício de 2010.

Multa Aplicada

No tocante às penalidades aplicadas, a fiscalização, corretamente, cominou o percentual previsto no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, conforme as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/2013, como se segue:

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):

(...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, argumentando que é desproporcional e desarrazoada, cabe ressaltar que foge à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

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 pelas autoridades administrativas não deixam dúvidas quanto a sua concreta ocorrência e materialidade, não se adequando às hipóteses contidas na legislação tributária.

Em verdade, os demonstrativos e documentos acostados a este processo, juntamente com os registros fiscais dispostos nas declarações eletrônicas do contribuinte revelam a tipificação da

ilicitude fiscal, materializada no Auto de Infração de Estabelecimento, afastando, peremptoriamente, a dúvida, e com isso não há que se cogitar em aplicação do *in dubio pro reo*.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para reformar a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002019/2014-31, lavrado em 5/11/2014, contra a empresa, BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.164.704-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 347.526,90 (trezentos e quarenta e sete mil, quinhentos e vinte e seis reais e noventa centavos)**, sendo R\$ 176.267,85 (cento e setenta e seis mil, duzentos e sessenta e sete reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 74 c/c art. 75, § 1º do RICMS-PB, arts. 158, I e 160, I, ambos do RICMS/PB e, R\$ 171.259,05 (cento e setenta e um mil, duzentos e cinquenta e nove reais e cinco centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h” e “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que, *cancelado*, por indevido, o total de **R\$ 28.039,46 (vinte e oito mil, trinta e nove reais e quarenta e seis centavos)**, sendo R\$ 14.019,73 (quatorze mil, dezenove reais e setenta e três centavos), de ICMS, e R\$ 14.019,73 (quatorze mil, dezenove reais e setenta e três centavos) relativo à multa aplicada, referente ao crédito tributário inicialmente lançado no auto de infração a título de “vendas sem emissão de documentação fiscal”, do exercício de 2010.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de
Julho de 2019..

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora