



PROCESSO Nº 1750792015-1

ACÓRDÃO Nº 389/2023

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogado: Sr.º FERNANDO DE OLIVEIRA LIMA, inscrito na OAB/PE sob o nº 25.227 E OUTROS

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

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

Autuantes: MARCELO CRUZ DE LIRA e MÔNICA GONÇALVES S. MIGUEL

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

**PRELIMINARES DE NULIDADE - REJEITADAS. DECADÊNCIA - NÃO CONFIGURADA. MULTA CONFISCATÓRIA - INCABÍVEL SUA ANÁLISE PELOS ÓRGÃOS JULGADORES. PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO. MULTA RECIDIVA - NÃO CABIMENTO. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR ÀS ENTRADAS. NECESSIDADE DE ESTORNO DOS CRÉDITOS NA PROPORÇÃO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - ILÍCITO CONFIGURADO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.**

*- Preliminar de nulidade não acolhida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Peça acusatória lavrada de acordo com os ditames legais, posto que a denúncia descrita de forma clara, não causou prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*- Caracterizado o vício formal no lançamento de ofício que preexistiu o novo feito fiscal que observa os requisitos de constituição e validade legalmente previstos, reputa-se afastada a decadência do crédito tributário cuja constituição posterior se efetuou dentro do prazo quinquenal previsto no art. 173, II, do CTN.*



- *A análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade aplicada é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.*
- *Desnecessária a realização de diligência/perícia diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente, acerca das infrações constatadas.*
- *Exclusão integral da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/2013.*
- *Quando as mercadorias que ingressarem no estabelecimento do contribuinte forem objeto de saídas com base de cálculo inferior à operação de entrada, o valor do estorno será proporcional à redução - sendo que a inobservância desse comando implica falta de recolhimento do tributo estadual.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular e, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002244/2015-59**, lavrado em 02/12/2015, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, inscrição estadual nº 16.122.368-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 1.593.736,32** (um milhão, quinhentos e noventa e três mil, setecentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos), **sendo R\$ 796.868,16** (setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) **de ICMS**, por infringência aos artigos 106 e 85, III, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 796.868,16** (setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) **de multa por infração**, arrimada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 398.434,09** (trezentos e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e nove centavos) de multa por reincidência.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de agosto de 2023.



HEITOR COLLETT  
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, EDUARDO SILVEIRA FRADE, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor



PROCESSO Nº 1750792015-1

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Advogado: Sr.º FERNANDO DE OLIVEIRA LIMA, inscrito na OAB/PE sob o nº 25.227 E OUTROS

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

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

Autuantes: MARCELO CRUZ DE LIRA e MÔNICA GONÇALVES S. MIGUEL

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

**PRELIMINARES DE NULIDADE - REJEITADAS. DECADÊNCIA - NÃO CONFIGURADA. MULTA CONFISCATÓRIA - INCABÍVEL SUA ANÁLISE PELOS ÓRGÃOS JULGADORES. PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO. MULTA RECIDIVA - NÃO CABIMENTO. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR ÀS ENTRADAS. NECESSIDADE DE ESTORNO DOS CRÉDITOS NA PROPORÇÃO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - ILÍCITO CONFIGURADO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.**

*- Preliminar de nulidade não acolhida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Peça acusatória lavrada de acordo com os ditames legais, posto que a denúncia descrita de forma clara, não causou prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*- Caracterizado o vício formal no lançamento de ofício que preexistiu o novo feito fiscal que observa os requisitos de constituição e validade legalmente previstos, reputa-se afastada a decadência do crédito tributário cuja constituição posterior se efetuou dentro do prazo quinquenal previsto no art. 173, II, do CTN.*

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

*- Desnecessária a realização de diligência/perícia diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento*



dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente, acerca das infrações constatadas.

- *Exclusão integral da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/2013.*

- *Quando as mercadorias que ingressarem no estabelecimento do contribuinte forem objeto de saídas com base de cálculo inferior à operação de entrada, o valor do estorno será proporcional à redução – sendo que a inobservância desse comando implica falta de recolhimento do tributo estadual.*

## RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, os recursos voluntário e de ofício interpostos contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002244/2015-59**, lavrado em 02 de dezembro de 2015 em desfavor do BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, inscrição estadual nº 16.122.368-0.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa: OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR AS DE ENTRADAS, SEM COM ISSO TER ESTORNADO O VALOR DO CRÉDITO PROPORCIONAL A REDUÇÃO DECORRENTE DE EVENTO CONDICIONANTE. INFRINGINDO O ART. 85, INCISO III DO RICMS/PB APROVADO PELO DEC. 18.930/97

Em decorrência deste fato, os Representantes Fazendários lançaram, de ofício, um crédito tributário na quantia total de **R\$ 1.992.170,41** (hum milhão, novecentos e noventa e dois mil, cento e setenta reais e quarenta e um centavos), sendo **R\$ 796.868,16** (setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) **de ICMS**, **R\$ 796.868,16** (setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) **a título de multa por infração** e **R\$ 398.434,09** (trezentos e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e nove centavos) **a título de multa recidiva**.

Foram apontados como infringidos os artigos descritos na tabela a seguir, sendo proposta multa com fulcro no seguinte dispositivo:

Acusação	Infração Cometida/Diploma Legal – Dispositivos	Penalidade Proposta/Diploma Legal – Dispositivos
FALTA DE RECOLHIMENTO	Art. 106 c/c art. 85, III, ambos do	Art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96



DO IMPOSTO ESTADUAL	RICMS/PB	
---------------------	----------	--

Instruem a peça inicial às fls. 4 a 14, o Memorial Descritivo do auto de infração, as planilhas elaboradas pela fiscalização e mídia digital (CD-ROM).

A autuada foi cientificada em 22/12/2015, na própria peça acusatória às fls. 03, apresentando, em 21/01/2016, tempestivamente, peça reclamatória (fls. 22 a 45), por meio de advogado devidamente habilitado nos autos.

Em sua defesa, que relatamos em apertada síntese, a empresa autuada apresenta as seguintes alegações:

- Que a autoridade autuante utilizou-se de metodologia sem fundamento legal para presumir o imposto supostamente devido, nem apresentou provas do ilícito denunciado, o que ensejaria a nulidade do auto de infração em epígrafe;
- A necessidade de refazimento da escrita fiscal da empresa autuada;
- Alega que não infringiu as determinações do art. 85, III, pois existe a possibilidade de as mercadorias saírem, como o caso das saídas por transferência, com preço inferior à aquisição;
- Defende que a venda de produto por preço inferior ao da entrada não constitui hipótese de vedação ao crédito fiscal;
- Alega o direito ao crédito em decorrência da sistemática da não cumulatividade;
- Entende que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória.

Ao final, a autuada requer a improcedência ou a nulidade do auto de infração, ainda, que seja considerado o art. 112 do CTN e protesta por todos os meios de provas, perícia e diligência fiscal.

Com a informação de Termo de Antecedentes Fiscais, conforme fls. 71 e 72, os autos foram conclusos (fl. 79) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal (fls. 82 a 88), nos termos da seguinte ementa:

PRELIMINARES REJEITADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO ABAIXO DO PREÇO DE AQUISIÇÃO. INOBSERVÂNCIA DA APROPRIAÇÃO PROPORCIONAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. MULTA RECIDIVA AFASTADA.



Não acatamento de preliminares em função do Auto de Infração ter sido lavrado de acordo com os ditames legais, sem prejuízo ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, estando ausentes os casos de nulidade previstos na legislação tributária vigente.

A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição obriga o contribuinte a efetuar o estorno dos créditos na proporção da redução verificada, em obediência ao Princípio da Não Cumulatividade do ICMS.

Apesar de o contribuinte apresentar Antecedentes Fiscais, não se configurou a incidência da multa recidiva nos termos do artigo 39 da Lei nº 10.094/2013.

**AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

Com os ajustes, o crédito tributário restou constituído no montante de R\$ 1.593.736,32, sendo R\$ 796.868,16 de ICMS e R\$ 796.868,16 de multa por infração.

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

Interposto recurso de ofício, a autuada foi cientificada da decisão em 14/06/2019, conforme fl. 91, tendo interposto, em 16/07/2019, por intermédio de advogado legalmente habilitado, recurso voluntário (fls. 98/149), oportunidade em que inicia a peça recursal observando a tempestividade do recurso e fazendo uma breve exposição dos fatos, para, em seguida, apresentar suas razões, destacando os seguintes pontos:

## 1. PRELIMINARMENTE

1.1. Suscita a nulidade do auto de infração em razão de cerceamento de defesa, em virtude de o auto de infração não apresentar documentos que assegurem juízo de valor e certeza jurídica aos valores apurados;

1.2. Que falta liquidez e certeza ao crédito tributário, em virtude de dados genéricos de estoque inicial e final, realizar cálculos matemáticos não aplicáveis ao caso concreto, deixar de indicar os valores de aquisição, do crédito tomado e as importâncias das saídas realizadas e ainda falta de refazimento da escrita fiscal, pugnando-se pela nulidade do auto de infração;

1.3. Argui a decadência de todo o levantamento realizado referente ao exercício de 2007 posto que a ciência do primeiro lançamento fiscal ocorreu em 11/10.2012;



1.4. Que as multas aplicadas revelam caráter confiscatório, violando preceito constitucional, requerendo sua redução para patamares razoáveis;

1.5. Requer a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

## 2. NO MÉRITO

2.1. Advoga que nas operações de transferências de mercadorias, o art. 13, §4º da Lei nº 87/96 dispõe que a saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente;

2.2. Saliente que a venda de produto por preço inferior ao da entrada não constitui hipótese de vedação ao crédito fiscal;

2.3. Cita a impossibilidade de cobrança de juros de mora e correção monetária em patamares superiores à lei federal;

2.4. Ressalta, para a aplicação de interpretação mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN.

Por fim, a recorrente requer a nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração, sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada ou ainda que a norma jurídica seja interpretada da forma mais favorável à Recorrente.

Protesta por todos os meios de prova, inclusive a juntada posterior de documentos.

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. 99, o presente processo foi remetido 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 os recursos de ofício e voluntário interpostos contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002244/2015-59, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que foi apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

A matéria em apreciação versa sobre a denúncia de “falta de recolhimento do ICMS, em razão do contribuinte deixar de efetuar o estorno do crédito relativo às operações de vendas de mercadorias com base de cálculo inferior ao das entradas, em desacordo com o art. 85, III, do RICMS/PB”, tudo devidamente detalhado conforme demonstrativos de auditoria às fls. 4 a 12 e mídia digital às fls. 13/14 dos autos.

Antes de incursionar sobre a presente contenda, abro um parênteses para esclarecer que o julgamento do presente Auto de Infração, deu-se em virtude de ter sido lavrado auto de infração precedente (Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002270/2012-34), sendo o mesmo, apenas com relação à acusação de crédito indevido (crédito maior que o permitido), nas operações de saídas de mercadorias com base de cálculo inferior as de entradas e com mercadorias isentas e/ou sujeitas à substituição tributária julgado nulo por vício formal por decisão unânime do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, sendo na oportunidade lavrado o Acórdão nº 426/2015.

Realizados os esclarecimentos acima, e antes de qualquer análise do mérito da questão, faz-se necessário o enfrentamento das prejudiciais de mérito suscitadas pela recorrente.

## **1.- Das Preliminares Suscitadas**

### **1.1.- Da Nulidade Por Cerceamento de Defesa**

A defendente alega ter tido o seu direito de defesa cerceado, em virtude de o auto de infração não apresentar documentos que assegurem juízo de valor e certeza jurídica aos valores apurados.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que o lançamento fiscal guarda inteira consonância com as determinações do art. 142 do CTN, descrevendo com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, bem como atende aos requisitos formais da legislação, nos termos dos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT)

Como se pode extrair dos autos, as provas produzidas pelos auditores fiscais são robustas, detalhadas e suficientemente claras para garantir, à defesa,



condições plenas para identificar os elementos que serviram de esteio para a acusação descrita no Auto de Infração.

É de surpreender a alegação de nulidade do lançamento de ofício, justo porque são de clareza meridiana que todos os elementos inseridos no auto de infração, estão presentes e prontos a fornecer ao acusado todas as condições para o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, de forma que é de se estranhar as alegações feitas pelo acusado.

Pelas razões acima, não há como prosperar a tese de cerceamento de defesa.

### 1.2.- Da Nulidade Por Falta de Certeza e Liquidez do Crédito Tributário

Sobre as alegações de ausência de certeza e liquidez do crédito tributário, verifica-se nos autos que a fiscalização acostou planilha, conforme CD ROM encartado aos autos (fl. 14), onde estão claramente identificados os produtos comercializadas abaixo do Custo de Aquisição, bem como apresenta o levantamento da Conta Corrente do ICMS dos exercícios denunciados (fls. 09, 10 e 11) – material coligido da base de dados desta Secretaria (Sistema ATF) e dos livros fiscais do contribuinte, sendo suficiente para materializar a acusação.

A propósito do CD ROM da folha 14, constata-se que nele encontram-se pormenorizadas as seguintes informações: período do fato gerador, código do produto, alíquota de entrada, descrição do produto, valor do Estoque Inicial com ICMS, valor de entrada, valor BC de entrada, % de entrada, valor de saída, valor da BC de saída, valor do estoque final com ICMS, BC a cobrar e ICMS indevido – material suficiente para substancializar a denúncia, conferindo certeza e liquidez ao crédito tributário apurado.

Ressalte-se ainda que os valores levantados pela fiscalização tiveram origem nas declarações da própria recorrente, em especial os registros 54, 75 e 60, sendo apurado vendas com valores inferiores ao custo de aquisição com o estorno do crédito correspondente.

Não devendo prosperar, portanto, o presente pedido de nulidade.

### 1.3.- Da Decadência do Exercício de 2007

Alega a recorrente que o exercício de 2007 já havia sido alcançado pela decadência quando da lavratura do primeiro auto de infração (nº 93300008.09.00002270/2012-34), cuja ciência ocorreu em 11/10/2012.



De início, oportuno esclarecer que estamos diante de levantamento de mercadoria vendida abaixo do preço de custo, que engloba o exercício fiscal fechado, onde os fatos geradores eclodiram em dezembro de 2007, conforme restou demonstrado quando da reconstituição da conta corrente do ICMS à fl. 09 dos autos.

Acerca do caso em tela, não há divergência entre fisco e contribuinte de que a decadência deve ser considerada à luz do art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista a existência de declarações prestadas pela autuada e pagamento parcial do tributo, conforme atesta a Reconstituição da Conta Corrente do ICMS (fls. 9 – 11).

Isto posto, considerando que o lançamento de ofício cuja eficácia se verifica com sua regular ciência promovida ao sujeito passivo, e que, no caso, essa notificação se concretizou em 11/10/2012, fato este confirmado pela própria autuada, e considerando, ademais, que os fatos geradores eclodiram em dezembro/2007, não há que se falar em decadência do crédito tributário do exercício de 2007, porquanto sua constituição se deu dentro do prazo de cinco anos, visto que a autoridade fiscal tinha até dezembro/2012 para efetuar a constituição do crédito tributário ora em debate.

Cabe, ainda, rememorar que o presente auto de infração trata de refazimento de feito fiscal em consequência de nulidade por vício de forma de lançamento anterior, portanto, o prazo decadencial passa a ser contado da data da decisão definitiva que tornou nulo tal lançamento, conforme exegese do art. 173, II do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Assim, em tendo ocorrido a ciência da decisão definitiva em 22/09/2015 (ciência do Acórdão nº 426/2015), e em sendo o novo Auto de Infração levado à ciência da autuada em 22/12/2015 – não há de se aventar que tenha ocorrido a decadência.

#### 1.4.- Do Caráter Confiscatório da Multa Aplicada

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja afastada e/ou reduzida a penalidade aplicada, argumentando que é desproporcional, desarrazoada e confiscatória, cabe ressaltar que foge à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos dos arts. 55 e 72-A, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcritos:

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.

Além do dispositivo supra, acrescento o disposto na Súmula nº 3 desta Corte Administrativa, ratificada pela Portaria nº 311/2019/SEFAZ, de 18 de Novembro de 2019:

SÚMULA 03 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
- A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

### 1.5.- Do Pedido Para Realização de Perícia Técnica

Antes de adentrar nas questões meritórias, indefiro o pedido de perícia, pois a legislação tributária deste Estado, no âmbito da justiça administrativa, não prevê a produção de prova pericial.

No que diz respeito ao pedido de diligência fiscal, entendo ser esta desnecessária frente aos elementos carreados aos autos.

No caso vertente, concluímos pela desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação do caso. Os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador fiscal, tornando inócua a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide, conforme restará demonstrado ao final.

Portanto, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13<sup>1</sup>, indefiro o pedido de realização de diligência.

## 2.- DO MÉRITO

### **Acusação - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS**

---

<sup>1</sup>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.



Conforme explicitado na denúncia, a exação fiscal decorreu da falta de recolhimento do ICMS, em razão do contribuinte deixar de efetuar o estorno do crédito relativo às operações de vendas de mercadorias com base de cálculo inferior ao das entradas, em desacordo com o art. 85, III, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, observado o disposto no § 6º:

(...)

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Tal irregularidade evidenciou-se a partir da análise da Movimentação de Mercadorias, a qual apontou para a ocorrência de saídas de mercadorias com tributação normal com valores abaixo do custo de aquisição.

Neste sentido, a fiscalização, com base nas declarações fiscais e nos documentos fiscais de aquisição e de saídas, apurou a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS e **efetuou a reconstituição da conta gráfica do ICMS**, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009, abatendo os valores relativos aos créditos não estornados, conforme demonstrativos (fls. 9-12) e mídia digital (fl. 14).

Assim, constatada a falta de recolhimento do imposto, sujeita-se o contribuinte à penalidade prevista no art. 82, II “h”, da Lei nº 6.376/96, abaixo transcrito:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

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

Analisando as peças processuais, não vislumbro reparos a fazer na referida decisão, tendo em vista que a auditoria seguiu as determinações da legislação tributária, onde deve-se anular o crédito apropriado pelas entradas de mercadorias em valor proporcional às saídas efetuadas abaixo do preço de custo, em consonância com o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Quanto as alegações da defesa de que *i*) o lançamento encontra-se nulo por aplicação de metodologia inadequada e não prevista em lei, pois em determinados períodos os valores totais das saídas foram inferiores aos valores das entradas. Nesse ponto, pode-se dizer que não comprova que houve venda inferior ao custo e *ii*) que menciona o art. 13, § 4º da Lei 87/96 – que na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, razão não lhe assiste, pois deveria a autuada ter apresentado a correlação com as planilhas para confrontar as



que a Fiscalização trouxe aos autos em Mídia Digital à folha 14, ou seja, melhor teria sido que a reclamante houvesse enfrentado, de modo objetivo, a acusação, o que não o fez.

Com relação a afirmação de que a “venda de produto por preço inferior ao da entrada não constitui hipótese de vedação ao crédito fiscal”, tal afirmação é totalmente fora de contexto, pois sem dúvida, não é hipótese de vedação, mas sim de estorno do crédito anteriormente apropriado.

Insta lembrar que “vedação de crédito” e “estorno de crédito” são institutos distintos, pois atinam a momentos diversos – o primeiro, se impõe desde o instante das entradas das mercadorias no estabelecimento; o segundo, decorre de fato subsequente ao ingresso dos produtos na empresa (ex. saídas com valores inferiores às entradas).

Acerca do questionamento da cobrança de juros de mora e correção monetária em patamares superiores à lei federal, entendemos tratar-se de matéria estranha aos autos, pois não constam nos autos lançamentos de juros e correção monetária, ou seja, não tem qualquer correspondência com a matéria objeto da autuação.

Alega também a defesa o *in dubio pro* contribuinte, em referência ao art. 112 do CTN. Esse dispositivo discorre que em caso de dúvida a lei tributária que define infrações, ou comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, nos seguintes termos:

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.

No caso em deslinde, não houve dúvida sobre a capitulação legal dos fatos ocorridos, nem sobre a interpretação da lei punitiva, nem tampouco sobre as provas apresentadas, conforme exposto nas justificativas acima, portanto não se aplica o art. 112 do CTN ao caso dos autos.

De mais a mais, o fato é que, pelo mesmo motivo, o Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda já fora autuada em outra oportunidade por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00000014/2016-36, lavrado em 08/12/2016, tendo sido julgado, à unanimidade, parcialmente procedente pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, nos termos do Acórdão nº 125/2021, cuja ementa reproduzimos:



Processo nº 0085992016-0

Acórdão nº 125/2021

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

1ª Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

Advogado: IVO DE OLIVEIRA LIMA - OAB/PE 25.263

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO - GR1 SEFAZ – JOÃO PESSOA.

Autuantes: MARCELO CRUZ DE LIRA E MÔNICA GONÇALVES SOUZA MIGUEL.

Relatora: CONSº. RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR ÀS DE ENTRADAS. PRELIMINARES REJEITADAS. MULTA RECIDIVA AFASTADA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Deverá ser efetuado estorno do crédito fiscal, proporcional à redução, sempre que as saídas realizadas tenham base de cálculo inferior à operação de entrada.

- Afastada a multa por recidiva em razão de não constar infrações em períodos anteriores ao lançamento fiscal.

Por fim, quanto a multa por reincidência aplicada, que foi objeto de afastamento na primeira instância, entendo como correta a medida adotada pela diligente julgadora singular, posto que para os fatos geradores referentes aos períodos autuados não existia a configuração de infração idêntica, posto que o processo acima citado, somente veio a ser julgado em março de 2021.

Com essas considerações e sem reparos a fazer quanto à decisão de primeira instância, ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade por considerar que está em consonância com a legislação tributária em vigor.

Com estes fundamentos,



**VOTO** pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular e, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002244/2015-59**, lavrado em 02/12/2015, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, inscrição estadual nº 16.122.368-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 1.593.736,32** (um milhão, quinhentos e noventa e três mil, setecentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos), **sendo R\$ 796.868,16** (setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) **de ICMS**, por infringência aos artigos 106 e 85, III, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 796.868,16** (setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) **de multa por infração**, arrimada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 398.434,09** (trezentos e noventa e oito mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e nove centavos) de multa por reincidência.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de agosto de 2023.

Heitor Collett  
Conselheiro Relator