Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 186.343.2014-6
Recurso VOL/CRF Nº 383/2016
Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
Preparadora: RECEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.
Autuante(s): MARCELO CRUZ DE LIRA E MÔNICA GONÇALVES S. MIGUEL.
Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

PRELIMINARES. NULIDADE. REJEITADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. UTILIZAÇÃO NA PADARIA E NO SUPERMERCADO. ENTRADAS DE ATIVO IMOBILIZADO. CREDITAMENTO MAIOR QUE O DEVIDO. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE. ENTRADAS DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA SEM OBSERVANCIA DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. OPERAÇÃO SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM APROVEITAMENTO DO ICMS NORMAL DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS. INDICAR COMO ISENTAS NOS DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDAS OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. CARACTERIZAÇÃO PARCIAL. PENALIDADE. REINCIDENCIA NÃO CONFIGURADA. AJUSTES PROMOVIDOS DE OFÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO#EMENTA DESCRIÇÃO.

- Os fatos descritos na peça basilar tem como suporte as informações e Escrituração Fiscal Digital, da própria recorrente, a quem competia retificá-las espontaneamente, no caso de alguma desconformidade, o que não se vislumbra nos autos. A recorrente não promoveu a identificação da mercadoria que considerou isenta, que ensejou na exigência do imposto devido e não recolhido. Portanto, diante do suporte probatório, não tem lugar a nulidade dos respectivos lançamentos de ofício, ao propósito manifestado pela recorrente. Rejeita-se, pois, a preliminar de cerceamento do direito de defesa, suscitada a esse fundamento de fato.
- O aproveitamento de créditos fiscais sem observância dos parâmetros da legislação de regência configura infração, razão por que se caracteriza irregular o creditamento do ICMS na aquisição de energia elétrica destinada às atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis, exercidas em estabelecimento supermercadista, visto não se configurarem atividades de industrialização, bem como é irregular o aproveitamento de créditos fiscais referentes a ativo fixo sem observância da proporcionalidade estatuída na forma da legislação do ICMS, e, ainda, os créditos de ICMS destacados em documento fiscal de operação com produtos de informática e automação em valor maior que o permitido pela legislação de regência; os créditos de ICMS Normal destacado em documento fiscal oriundo de operação sujeita à Substituição Tributária, na qual ocorre o encerramento da fase de tributação; e, por fim, o creditamento de ICMS originário de operações não tributadas pelo imposto.
– Reconhecimento da legitimidade das exações fiscais relacionadas a uma parte do lançamento de ofício, configurado mediante o recolhimento de valores dos respectivos créditos tributários.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

– Irregularidade na falta de débito do ICMS nos documentos fiscais emitidos, ante o fato de o contribuinte considerar como isentas operações sujeitas ao imposto.
- No Levantamento Quantitativo de Mercadorias, que permitiu a identificação de vendas sem emissão de documentação fiscal, a presença de produtos destinados ao consumo do sujeito passivo, e não a sua comercialização, causaram a derrocada de parte da acusação, por ocasião de suas devidas exclusões.
– Regularidade na aplicação da penalidade prevista em lei, exceto no tocante a uma parte dos valores aplicados pela Fiscalização a título de reincidência do contribuinte, visto que durante o período indicado no auto infracional este era primário no cometimento do ilícito fiscal objeto da penalidade majorada.
- Inocorrência de situação prevista em lei para ser aplicado o benefício da dúvida na forma prevista pelo art. 112 do CTN.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.00002437/2014-29, de fls. 3 a 9, lavrado em 16/12/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrita no CCICMS sob nº 16.052.930-1, devidamente qualificada nos autos, e declarar como devido o crédito tributário no montante de R$ 9.528.718,69 (nove milhões, quinhentos e vinte e oito mil, setecentos e dezoito reais e sessenta e nove centavos), sendo R$ 4.907.552,63 (quatro milhões, novecentos e sete mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta e três centavos) de ICMS, por infração aos artigos 78, I, II e III, 72, § 1º, II, 74 c/c o art. 75, § 1º, c/c o art. 106, além dos arts. 391, § 6 e 82, I, 52, 54, § 2º, I e II, arts. 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e I, arts. 158, I e 160, I, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R$ 4.621.166,06 (quatro milhões, seiscentos e vinte e um mil, cento e sessenta e seis reais e seis centavos), nos termos do art. 82, IV e V, “a” e “h” da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo, por indevido, o montante de R$ 621.065,70 (seiscentos e vinte e um mil, sessenta e cinco reais e setenta centavos), sendo R$ 95.742,84 (noventa e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), de ICMS, R$ 95.742,84 (noventa e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, e R$ 429.580,02 (quatrocentos e vinte e nove mil, quinhentos e oitenta reais e dois centavos), correspondente à multa de recidiva, pelas razões acima expendidas.

Observe-se a existência de pagamentos relacionados ao auto infracional em tela, consoante informação no sistema ATF, desta Secretaria de Estado da Receita, e cópias de comprovantes de pagamento juntados pelo contribuinte às fls. 86 a 157.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de março de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, DOMÊNICA COUTIMHO DE SOUZA FURTADO e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário**,** interposto contra a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002437/2014-29 (fls. 3 a 9), lavrado em 16 de dezembro de 2014, onde a autuada, BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., nos autos identificada, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

1 - 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:

1.1- ATIVO FIXO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 apuração do imposto em cada período. art. 78, I, II e III do RICMS/PB aprovado pelo Dec. Nº 18.930/97, art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96 – 100%.

1.2 - ENERGIA ELÉTRICA

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), relativo(s) à entrada de energia elétrica consumida pelo estabelecimento, em hipótese não prevista na legislação fiscal, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual. art. 72, § 1º, II do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. Nº 18.930/97, art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96 – 100%.

1.3 - PRODUTOS DE INFORMÁTICA

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual, em relação à entrada de produtos de informática sujeitos ao mandamento do art. 33, IX do RICMS/PB, sem a observância da redução de base de cálculo. Art. 74 c/c o art. 75, § 1º do RICMS/PB aprov. Pelo Dec. Nº 18.930/97, art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96 – 100%.

1.4 - OPERAÇÃO SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte ter aproveitado indevidamente como crédito fiscal, o ICMS normal destacado em documento(s) fiscal(is), oriunda de operação sujeita ao Regime de Substituição Tributária, cuja fase de tributação já estava encerrada (art. 391, § 6º do RICMS/PB, aprov. pelo Dec. Nº 18.930/97, art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96 – 100%).

1.5 – MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO ISENTAS:

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, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 – art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96; 100%

SEGUEM PLANILHAS EXPLICATIVAS EM MÍDIA DIGITAL QUE SÃO PARTES INTEGRANTES DESTE AUTO DE INFRAÇÃO.

2 - INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

nos(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo isenta(s) de ICMS.

Nota Explicativa:

Indicar como isentas as mercadorias sujeitas à tributação. Seguem planilhas explicativas em mídia digital que são partes integrantes deste auto de infração.

3 - 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 – Período de 2010 - onde foi detectado venda de mercadorias tributáveis sem a emissão de documento fiscal. Seguem planilhas explicativas em mídia digital que são partes integrantes deste auto de infração.

De acordo com a referida peça acusatória, as irregularidades acima aconteceram no durante os exercícios de 2010, 2011 e 2012.

Por também considerarem infringido o art. 106 c/c os arts. 52, 54, e § 2º, I e II, arts. 2º e 3º, 60, I “b” e III, “d” e I, bem como os arts. 158, I e 160, I, todos do RICMS/PB, os autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R$ 5.003.295,47, ao mesmo tempo em que sugeriram a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R$ 4.716.908,90, nos termos dos arts. 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Aos valores da penalidade supra foi sugerido a aplicação de 1 (uma) recidiva, no importe de R$ 429.580,02, correspondente à aplicação do percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da multa infracional.

Documentos instrutórios constam às fls. 10 a 16: Ordem de Serviço Normal, Demonstrativo do Estorno de Crédito Indevido Por Procedimento (exercícios de 2010, 2011 e 2012), Garantia de Integridade de Arquivos Eletrônicos/Declaração, e DVD-R (mídia digital, contendo os seguintes arquivos: PROD-INFORMÁTICA-CREDINDEV; PROD-ISENTOS-CREDINDEV; PROD-ISENTOS-

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

DEBITO; QUANTITATIVO 2010) .

Cientificada pessoalmente do resultado da ação fiscal, conforme atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor, em 19/12/2014, a autuada apresentou defesa tempestiva, na data de 15/1/2015 (fls. 18 a 49), fazendo-se representar por advogado habilitado nos autos, segundo os instrumentos procuratórios, de fls. 51 a 54, mediante o qual requer a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício em tela, ou, alternativamente, a redução ou afastamento da multa infracional neste sugerida e, para esses fins, alega as razões de sua discordância das acusações fiscais, mediante preliminares e questões de mérito, bem como pedido de perícia.

Junta aos autos à fl. 79, uma mídia DVD, contendo laudos técnicos da MAS Planejamento Empresarial LTDA, sobre o consumo de energia elétrica no estabelecimento da recorrente, e da ABRAS 2011, a respeito das perdas existentes em sua atividade.

Após a prestação de informação sobre a existência de antecedentes fiscais (fl. 80), e a juntada de comprovantes de pagamento parcial do auto de infração em epígrafe, fls. 84 a 157, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela PROCEDÊNCIA do auto infracional, conforme sentença de fls. 159 a 179, em que proferiu a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL - INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - DENÚNCIAS COMPROVADAS - QUITAÇÃO PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE NÃO ACATADA - PEDIDO DE DILIGÊNCIA – INDEFERIMENTO - MULTA POR INFRAÇÃO - APLICAÇÃO DA LEI Nº 6.379/96 - MULTA RECIDIVA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.

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

Reconhecimento, por parte da Autuada, dos créditos relativos às operações relacionadas às seguintes situações:

- Ativo fixo: crédito em montante superior ao permitido e inobservância da sistemática correta para apuração do imposto;

- Produtos de informática: crédito a maior (o contribuinte não observou a redução de base de cálculo do imposto);

- Substituição tributária: aproveitamento de crédito em operações cuja fase de tributação já havia sido encerrada;

- Operações não tributadas: creditamento de ICMS referente a operações não tributadas pelo imposto estadual.

No caso dos créditos referentes a entrada de energia elétrica, o STJ já se manifestou pela

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

inexistência de processo de industrialização nas operações praticadas por supermercados, vedando, portanto, o aproveitamento destes créditos.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - AUSÊNCIA DE DÉBITO DO ICMS- ISENÇÃO CONDICIONAL - NÃO CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO.

As isenções condicionais assumem caráter contratual, somente produzindo efeitos a partir do cumprimento da condição. Quando esta condição é fato superveniente a saída de produtos, incumbe ao contribuinte deixar de registrar o débito pelas saídas, não podendo se valer dele se não ficar satisfeita a situação prevista em lei como necessária e suficiente a caracterizar a isenção, cuja condição é deduzir das notas fiscais respectivas o valor do imposto não incidente na operação. In casu, o argumento sobre o qual se baseou a defesa, não possui vínculo com a infração em análise.

VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL “LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – Efeito.

O exame fiscal que se denomina levantamento quantitativo materializa uma operação aritmética a que somente se pode opor, à guisa de embargo, a equívoca alocação de quantidade, qualidade e valores ou a incorreta maneira de proceder a montagem dos elementos. Mesmo assim, os defeitos mencionados se mostram passíveis de correição nos próprios autos, quando os elementos se mostram capazes de oferecer conclusões escorreitas, alterando-lhes o quantum tributável, sem, contudo, modificar ou elidir a questão de direito. Nos autos não ocorreu qualquer correção a ser procedida.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Seguindo os trâmites processuais, à autuada foi efetuada a regular ciência do *decisum* singular (conforme atesta o AR, de fl. 182 e a notificação, de fl. 181), a qual recorre tempestivamente a esta Corte de Julgamento (peça recursal de fls. 184 a 214), alegando, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

1. Em preliminar, alega cerceamento ao direito de defesa, clamando pela nulidade da autuação, em relação a acusação de a recorrente indicar como isentas operações tributáveis, afirmando que os autuantes, ao indicarem os itens que apresentam suposto erro na tributação, fez constar um item denominado “Seção de Preço” e, sobre esse produto aplicou a alíquota de 17%, sem qualquer indicação de qual mercadoria se trata e qual o embasamento para sua tributação, o que, a seu ver, caracteriza omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento em prejuízo ao seu direito de defesa e constitui motivo para reforma da decisão singular;

2. a fiscalização não teria observado os requisitos de validade do respectivo lançamento, previstos no RICMS/PB, e no art. 142 do CTN, porque teria apresentado um débito fiscal sem o conhecimento de quais produtos autuados geraram o lançamento fiscal, além de não ter apresentado a descrição clara da infração, sem os documentos correlatos e sem a indicação da legislação infringida;

3. suscita a legitimidade dos créditos de energia elétrica consumida no processo de industrialização, aos fundamentos de que é notório que o estabelecimento utiliza energia elétrica para conservação e industrialização de produtos por ela comercializados;

4. que a primeira instância de julgamento teria se limitado a dizer que o STJ não reconhece o

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

direito ao crédito do ICMS sobre energia elétrica, deixando de observar que a legislação estadual prevê expressamente o direito ao crédito fiscal sempre que houver industrialização;

5. que a decisão do STJ não pode ser fundamento para tornar válida a autuação, quando tal matéria ainda está sendo analisada pelo STF;

6. que as regras estabelecidas na legislação do IPI, aplicada pela instância prima, não pode ser aplicada isoladamente, desconectada do ordenamento jurídico como um todo, não podendo ser negado que tais processos constituem atividades industriais;

7. argumenta ainda que a norma do IPI considera padaria como atividade industrial, apenas a exclui da incidência deste imposto;

8. compara o seu alegado ao pão elaborado pela Plusvita, que se trata da mesma mercadoria oriunda de sua padaria, mas que a norma do IPI decidiu beneficiar apenas o setor de padarias, e não a indústria de pães;

9. que o RICMS/PB não limita processo de industrialização, não podendo o intérprete fazê-lo, sob pena de estar legislando sem que haja norma;

10. a legislação determina que há direito a crédito de energia elétrica no estabelecimento quando consumida no processo de industrialização, sendo esse o sentido da norma, pois o processo de industrialização não constitui privilégio do estabelecimento industrial, podendo este exercer atividade comercial em suplemento ao portfólio de bens fabricados, assim como o estabelecimento comercial poderá exercer atividade/processo industrial, a exemplo da padaria no supermercado;

11. o creditamento do imposto não está vinculado à natureza do estabelecimento, mas ao processo industrial, do contrário haveria atropelo ao preceito constitucional da isonomia (art. 5, caput, c/c o art. 150, II) e ao princípio, também constitucional, da livre concorrência (art. 170, IV), pois a vedação dos créditos de energia elétrica representa custo adicional ao estabelecimento que não poderá concorrer com outras padarias que creditam o ICMS incidente nas mencionadas aquisições;

12. o direito ao crédito da energia elétrica no processo industrial é permitido por força do art. 155, II, & 2, I da CF/1988, c/c os arts. 20 e 33, II, “b”, da LC n 87/96;

13. quanto a acusação advinda do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, alega que os autuantes teriam deixado de observar que uma mesma mercadoria poderia ser identificada por mais de uma denominação, com vários subgrupos;

14. que também teriam levado em consideração a existência de aquisições realizadas em atacado (caixas, fardos, sacos, etc.) em que a revenda ocorre em unidade (quilo, garrafas, latas, etc.), e, em razão de promoções temporárias, um mesmo produto pode ser classificado em mais de um código;

15. enfatiza que não vende carne dianteiro c/ osso em caixa, e sim suas subdivisões em vários códigos, cujos produtos são em forma de picanha, palheta, dorso, peito, costela, etc, bem como não há saídas de linguiça toscana em caixa, e sim em bandejas, a verejo;

16. lista o desmembramento da mercadoria “dianteiro com osso peça kg” em 25 novos códigos;

17. Que teria sido considerado no Levantamento Quantitaivo de Mercadorias produtos adquiridos, porém não comercializados;

18. não teriam sido levadas em conta as perdas normais no processo de comercialização,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

armazenagem, expedição e distribuição, comprovadas por meio do relatório da ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados, apresentada na impugnação;

19. reforça o pedido de diligência para que seja realizada perícia técnica no sentido de demonstrar a realidade dos fatos e a elucidação da diversidade de códigos nas operações de vendas utilizados no Levantamento Quantitativo/2010, e consideração das perdas normais de mercadorias.

20. que a multa aplicada teria sido desproporcional e de caráter confiscatório, citando jurisprudências a respeito da matéria, e cita o artigo 112 do CTN, que em caso dúvida deveria ter sido aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte;

21. ao final, requer a nulidade/improcedência do auto de infração guerreado.

Remetidos os autos a esta Casa, estes foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e decisão.

Está relatado.

VOTO

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, em conformidade com as acusações contidas na peça vestibular em epígrafe, acima relatadas, que consistiu de práticas ilegais cuja análise passo efetuar conforme a sequência das acusações nela postas.

Importa ainda declarar que o recurso apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido apresentado dentro do prazo previsto no art. 77 do mesmo diploma legal.

Antes de adentrar o mérito da causa, importa observar que a peça basilar preenche os requisitos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, e adotados na legislação que neste Estado regula o Processo Administrativo Tributário (Lei n° 10.094/2013, art. 41 e seus incisos).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Quanto ao item “Seção de Preço”, alegado pelo contribuinte que teria havido cerceamento ao seu direito de defesa, levado a efeito em uma parte da planilha correspondente ao procedimento de apuração da falta que dá suporte à acusação de vendas de mercadorias tributáveis como se fossem isentas, entendo que a providência da Fiscalização, relativamente ao citado item, não tem o efeito de infligir ao lançamento de ofício efetuado com base nessa técnica de auditoria fiscal qualquer mácula capaz de atrair nulidade ao feito fiscal. Entretanto, é imprescindível a análise do fato por ocasião do deslinde das questões do mérito da causa, adiante promovido.

Em relação ao pedido de perícia, a legislação tributária deste Estado, no âmbito da justiça administrativa, não prevê a produção de prova pericial. Entendendo-se como que o pedido seja de diligência fiscal, entendo ser esta desnecessária frente aos elementos carreados aos autos, que são suficientes para elucidação da presente contenda e para formação do convencimento deste relator. Portanto, comungando com o entendimento da juíza “a quo”, indefiro o pedido de perícia pretendida pela recorrente.

MÉRITO

Destaque-se, inicialmente, que a recorrente afirma em documento juntado às fls. 84 e 85, que promoveu o pagamento dos créditos tributários referentes às acusações de créditos fiscais, acostando cópias dos comprovantes de recolhimentos às fls. 86 a 157, que têm por objeto:

a) em relação a primeira acusação por “falta de recolhimento do imposto estadual”:

- ativo fixo (aproveitamento de crédito fiscal em montante superior ao devido);

- produtos de informática (créditos fiscais efetuados em valores maiores do que o permitido);

- mercadorias sujeitas ao Regime da Substituição Tributária do ICMS (apropriação de créditos de ICMS Normal destacado em documentos fiscais que acobertam operações adstritas ao citado de regime de apuração do imposto, cuja fase de tributação já havia sido encerrada);

- aproveitamento de créditos fiscais relacionados a operações não tributadas pelo ICMS.

b) em relação a segunda infração, por “indicar como isentas do ICMS, operações com mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual”, exceto os lançamentos que se refere a produtos genéricos.

Considerando que a providência da recorrente, relativamente ao lançamento de ofício correspondente, denota reconhecimento da legitimidade da exação relacionada às mencionadas acusações, evidenciando partes não litigiosas do presente processo, nos termos do art. 69, da Lei nº 10.094/13[1], passo ao exame das delações objeto da insurgência recursal.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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, à fl. 13, nos autos.

É certo que a Carta Magna de 1988 estabeleceu 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.

A sistemática evita a 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 tese recursal busca âncora de sustentação de que o crédito tomado se trata de insumos, consumidos nos setores produtivos da empresa (padaria e congelados), tendo a recorrente se manifestado pela legitimidade no aproveitamento desses créditos, conforme estabelecem os artigos 52 e 72, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 e Fisco.

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

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;

Nesta toada, valendo-se de um Laudo Técnico, fornecido pela empresa EMS PLANEJAMENTO EMPRESARIAL LTDA. (mídia DVD juntada à fl. 79), onde é apresentado um índice de aproveitamento de energia elétrica no setor industrial de 14,36 e 85,64% nas demais “atividades de apoio e/ou administrativas”, a recorrente espera obter tratamento igualitário ao da atividade industrial que permite o aproveitamento dos créditos advindos de aquisição de energia elétrica, quando utilizados no processo produtivo.

De pronto, entendo como inadequada a classificação da atividade de conservação de alimentos, feita em câmaras frigoríficas e similares, como sendo um processo industrial, pois aí não se verifica qualquer transformação.

Assim, considero que a energia elétrica utilizada nessa atividade não configura qualquer atividade industrial para fruição do benefício previsto na legislação, constituindo-se em mero consumo, cujo direito à utilização dos créditos somente se dará em 1º/1/2020, como prevê o art. 72, §1º, I, do RICMS/PB abaixo transcrito:

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):

I - ***somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020****;* ***(g.n.)****.*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No mais, também, é indubitável 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,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

no varejo, aos consumidores.

Por conseguinte, 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 comercias, consoante as decisões que transcrevo a seguir:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 inexiste direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial****.*

2. A Lei Complementar 87/96, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento (artigo 20, caput).

3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que se segue: "Art. 33. (...) Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte: (...) II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;" (redação original) "II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;" (inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000) "d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;" (alínea com a redação dada pela Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002) "d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;" (redação dada pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006) (....)"

4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar 87/96, preceituava que a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).

5. Deveras, com o advento da Lei Complementar 102/2000 (entrada em vigor em 1º.08.2000), a entrada de energia elétrica no estabelecimento somente ensejaria direito de crédito: (i) quando objeto de operação de saída de energia elétrica (alínea "a"); (ii) quando consumida no processo de industrialização (alínea "b"); (iii) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior (alínea "c"); e (iv) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses (alínea "d").

6. A Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002 (vigência a partir de 17.12.2002), no que concerne às hipóteses diversas das previstas nas alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, do artigo 33, da Lei Kandir, dispôs que haveria direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2007.

7. Por fim, a Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006 (entrada em vigor em 13.12.2006), determinou que o aludido direito de creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento (em hipóteses outras que as elencadas nas alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, do artigo 33, da LC 87/96) surge somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

8. Consectariamente, 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.

9. In casu, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.08.2004, que considerou indevido o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis.

10. Deveras, o objeto social da empresa, ora recorrente, consiste na "comercialização de produtos manufaturados, semimanufaturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros", tendo sido confirmado, pelo Tribunal de origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização", ex vi do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96, foi consagrada pela Primeira Seção, no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.08.2008, DJe 15.09.2008).

12. O parágrafo único, do artigo 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que "produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária".

15. As características e modalidades de industrialização restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto 4.544/2002, verbis: "Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único): I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados."

16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais consta: "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" (artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Regulamento do IPI).

17. O regulamento do IPI, em seu artigo 6º, incisos I e II, esclarece que embalagem de apresentação não se confunde com o acondicionamento para transporte do produto.

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****.*

19. A atividade de congelamento de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.

20. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 588.954/SC, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "ICMS. Creditamento de serviços de energia elétrica utilizado no processo produtivo. Princípio da não-cumulatividade. Supermercado.

Atividade industrial de alimentos. Panificação e congelamento."

21. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

22. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

23. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

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"****.*

25. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98).

26. A manutenção do julgado monocrático pelo órgão colegiado, em sede de agravo interno, com a encampação dos fundamentos exarados pelo relator, torna prejudicada a controvérsia acerca da regular aplicação do caput, do artigo 557, do Código de Processo Civil (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.155.697/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 13.10.2009; AgRg no Ag 807.013/GO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 03.09.2009; REsp 772.447/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 27.11.2008; AgRg no REsp 389.936/SC, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008, DJe 09.10.2008; e REsp 1.038.501/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 12.05.2008).

27. A apontada violação dos artigos 130 e 131, do CPC, não resta configurada, quando o Tribunal de origem, prestigiando o princípio do livre convencimento motivado do julgador, considera desnecessária a produção de prova, sob o 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".

28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/02/2010)

PROCESSO CIVIL. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. (SUPERMERCADO). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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****." (REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/02/2010) 2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1117139/RJ, pacificou o entendimento acerca da matéria, em aresto assim ementado: 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 inexiste direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.

2. A Lei Complementar 87/96, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento (artigo 20, caput).

3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que se segue: "Art. 33. (...) Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte: (...) II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;" (redação original) "II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;" (inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000) "d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;" (alínea com a redação dada pela Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002) "d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;" (redação dada pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006) (....)" 4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar 87/96, preceituava que a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).

5. Deveras, com o advento da Lei Complementar 102/2000 (entrada em vigor em 1º.08.2000), a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

entrada de energia elétrica no estabelecimento somente ensejaria direito de crédito: (i) quando objeto de operação de saída de energia elétrica (alínea "a"); (ii) quando consumida no processo de industrialização (alínea "b"); (iii) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior (alínea "c"); e (iv) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses (alínea "d").

6. A Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002 (vigência a partir de 17.12.2002), no que concerne às hipóteses diversas das previstas nas alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, do artigo 33, da Lei Kandir, dispôs que haveria direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2007.

7. Por fim, a Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006 (entrada em vigor em 13.12.2006), determinou que o aludido direito de creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento (em hipóteses outras que as elencadas nas alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, do artigo 33, da LC 87/96) surge somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

8. Consectariamente, 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.

9. In casu, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.08.2004, que considerou indevido o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis.

10. Deveras, o objeto social da empresa, ora recorrente, consiste na "comercialização de produtos manufaturados, semimanufaturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros", tendo sido confirmado, pelo Tribunal de origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização", ex vi do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96, foi consagrada pela Primeira Seção, no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.08.2008, DJe 15.09.2008).

12. O parágrafo único, do artigo 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que "produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária".

15. As características e modalidades de industrialização restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto 4.544/2002, verbis: "Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único): I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados." 16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais consta: "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" (artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Regulamento do IPI).

17. O regulamento do IPI, em seu artigo 6º, incisos I e II, esclarece que embalagem de apresentação não se confunde com o acondicionamento para transporte do produto.

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.

19. A atividade de congelamento de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.

(...) 28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/02/2010) 3. Agravo regimental desprovido, com a condenação do agravante ao pagamento de 1% (um por cento) a título de multa, pelo seu caráter procrastinatório (art. 538, parágrafo único, do CPC), em face da impugnação de questão meritória, esta submetida à luz do artigo 543-C (mutatis mutandis, Questão de Ordem no REsp 1.025.220/RS apreciada pela Primeira Seção - aplicação de Multa - art. 557, § 2º do CPC).

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

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

“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.

A legislação só admite o creditamento na aquisição de energia elétrica para o processo de industrialização e, tal confirmação está bem delineada nas hipóteses legais do RICMS/PB:

“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**;

Art. 82. **Não implicará crédito do imposto**:

[...]

III - a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

a) para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto quando se tratar de saída para o exterior;”

Diante dessas considerações, resta-me, apenas, confirmar a regularidade da exação fiscal, não havendo sombra de dúvida quando a manutenção imprópria de crédito fiscal pelo estabelecimento da recorrente.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO – Exercícios de 2010, 2011 e 2012.

Trata-se de mercadorias sujeitas à tributação, cujas vendas teriam sido tratadas como se fossem isentas do ICMS, tendo em vista o fato de os documentos fiscais relativos a essas operações tributadas as terem indicado como se fossem isentas.

Com relação a essa acusação, sobre a qual a recorrente solicita a nulidade do lançamento de ofício, ao fundamento da existência de erro decorrente do fato de alguns produtos, constantes na planilha fiscal que consigna as mercadorias/produtos objeto da operação tributada e consideradas pela recorrente como isentas, não terem sido identificados como deveriam, mas, sim, com uma referência genérica denominada “Seção de Preço”, na verdade não há o que reparar no respectivo lançamento de ofício.

Com efeito, considerando que a Fiscalização promoveu a apuração da situação fiscal da recorrente com base nos registros constantes na sua EFD, esta, sim, deveria trazer a identificação da mercadoria vendida como isenta, a fim de demonstrar a regularidade da operação, afinal, tratando-se de isenção objetiva, i.e., aquela que incide sobretudo sobre o produto, é imprescindível que a EFD o identifique nos seus registros, sob pena de se considerar a operação tributada.

Destarte, não é demais lembrar a norma jurídica de isenção objetiva estabelece uma inversão na fenomenologia jurídica aplicável às isenções subjetivas. Isto porque o efeito da isenção objetiva incide sobre o beneficiário apenas de forma reflexa. Nesse sentido a lição de José Souto Maior Borges, segundo a qual “não sendo instituídas por considerações pessoais [as isenções objetivas] tem como alvo direto e imediatamente certos bens, atos ou situações e só indireta e mediatamente alcança as pessoas beneficiadas. Isto porque a relação tributária é sempre pessoal.” (Op. Cit., 1ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1969, p. 257/258).

Considerando que a regra é a tributação, enquanto a isenção é a exceção, por consequência o sujeito passivo deve demonstrar a circunstância e/ou o objeto motivadores do direito à isenção fiscal.

A imprescindibilidade de o sujeito passivo promover a identificação da mercadoria objeto da operação que considerou isenta advém, inclusive, do fato de que a isenção objetiva pode cumulativamente ser condicionada. Afinal, a isenção deve ser interpretada conforme a literalidade da lei isentiva (interpretação do art. 111, II, do CTN).

No caso, ao não identificar na sua EFD a mercadoria objeto das operações de vendas que considerou isentas nas operações que promoveu, a recorrente, deixou de demonstrar que essas

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

operações estavam de fato dispensadas do pagamento do ICMS sobre elas incidente.

Portanto, nesse quesito, cumpre-me apenas declarar a regularidade do correspondente lançamento de ofício.

VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – Levantamento Quantitativo – Exercício de 2010.

Trata-se de procedimento usualmente adotado pelo Fisco paraibano, no desempenho da sua atividade precípua, denominado de Levantamento Quantitativo de Mercadorias, que consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, relativos a intervalo de tempo delimitado, e, assim, detectar a existência ou não de diferença tributável, interpretada como sendo vendas ou aquisições de mercadorias com receitas provenientes de omissão de saídas pretéritas tributáveis.

O fato demonstrado na enunciação da acusação, vendas sem emissão de notas fiscais, subsume-se às disposições do art. 158, I e 160, I, ambos, 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

O lançamento indiciário decorrente do emprego dessa técnica de auditagem tem o efeito de transferir para o sujeito passivo, que é o portador da documentação fiscal que o sustenta, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir o feito fiscal, visto que, somente a comprovação de erros na contagem e/ou de cálculo, além do pagamento do imposto, é capaz de modificar ou elidir o resultado do quantitativo de mercadorias.

Alega a recorrente, que os auditores teriam deixado de observar a existência de mercadorias que poderiam ter sido classificadas com determinado código nas aquisições, e suas saídas divididas em

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

subgrupos com outras denominações e outros códigos, além de discorrer que havia mercadorias adquiridas em atacado (caixas, fardos, sacos e outros), e vendidas em outras unidades no varejo (quilo, garrafas, latas, etc.).

Com efeito, conforme destacado pela instância prima, os dados coletados decorrem de informações prestadas pelo próprio contribuinte através da sua 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.

Ressalte-se que a EFD foi instituída neste Estado mediante o Decreto nº 30.478, de 28/7/2009, recepcionando, pois, a legislação federal vigente, cujo art. 1º, § 1º, dispõe que:

“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”.

De onde se infere que é do contribuinte a responsabilidade pela certeza e fidedignidade das informações assentadas na sua EFD, cuja obrigatoriedade de sua declaração foi a partir de 1º/1/2010.

O Levantamento Quantitativo de Mercadorias se encontra em mídia DVD anexo à fl. 15, e nele o contribuinte não aponta especificamente quais foram os produtos ou itens considerados pela fiscalização, em que os códigos registrados nas entradas não condiziam com os das respectivas saídas, exceto ao se referir ao produto “carne dianteiro com osso peça kg” (fl. 201). Alega o contribuinte que subdivide tal produto em outros 25 diferentes códigos, demonstrado às fls. 202 e 203, que seria a razão de não ser registrada a saída, que repercutiu na omissão de vendas denunciada.

No entanto, debruçando-me no Levantamento Quantitativo ora em debate, não observo nenhum dos itens elencados pela recorrente, que pudessem estar relacionados com a entrada de carne dianteiro com osso, a exemplo do cupim bovino e da carne moída congelada, pois constam suas devidas entradas, superiores às respectivas saídas, que repercutiram na omissão de vendas em relação a cada produto, que considero, assim, correta a avaliação fiscal dos itens constantes na EFD da recorrente.

Sobre o código dos itens objeto da atividade econômica do contribuinte, o Guia Prático da Escrituração Fiscal Digital assim dispõe:

“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).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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) Não é permitida a reutilização de código que tenha sido atribuído para qualquer produto anteriormente;

c) O código de item/produto a ser informado no Inventário deverá ser aquele utilizado no mês inventariado;

d) *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, observa-se que esta utilizou os registros 200, com os registros 205 e 220 em diversos produtos. Portanto considero fidedigno o Levantamento Quantitativo apurado pela fiscalização, ante os argumentos infrutíferos da recorrente, que não apontaram no citado demonstrativo, as alegadas divergências em relação aos códigos dos produtos comercializados.

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, em que 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).

Tais medidas assecuratórias do direito da recorrente não se mostram presentes nos autos, diante do que, perde substancia o Laudo da ABRAS 2011, apresentado em mídia DVD, juntado à fl. 79, mediante o qual a recorrente procura desqualificar o resultado do Levantamento Quantitativo em foco, não havendo, neste quesito, motivação para improceder o lançamento de ofício.

No entanto, debruçando-me novamente na planilha do Levantamento Quantitativo de Mercadorias (mídia DVD), juntada aos autos à fl. 15, verifico que foram considerados produtos que não são objeto de venda pela autuada, e sim de seu próprio consumo e/ou ativo fixo, não podendo estes servirem de base para a aplicação da técnica de auditoria ora em análise, Levantamento Quantitativo, cujo resultado foi de vendas sem emissão de documentos fiscais. São eles: pallets de madeira, que auxiliam na movimentação das cargas, sacolas plásticas, que são fornecidas aos clientes gratuitamente para locomoção de seus produtos comercializados, camisão térmico,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

utilizados pelos seus funcionários em câmeras frigoríficas, e caixas plásticas, usadas no transporte de frutas e verduras.

Portanto, apesar deste fato não ter sido abordado em sede de recurso voluntário, devo excluir de ofício os dados inerentes aos produtos acima mencionados do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, em obediência ao Principio da Verdade Material, cujos resultados a serem afastados abaixo transcrevo:

Exercício de 2010

Produtos	B C	ICMS
1-000005300037 CAIXA PLASTICA CINZA CE-23 HORTI	22.438,32	3.814,51
1-000005300185 CAIXA PLASTICA CINZA CE-15 HORTI	622,05	105,75
1-000005300215 PALLET MAD PBR B 266	221.639,84	37.678,77
1-000005300266 PALLET MADEIRA PBR B-210	20.543,33	3.492,37
1-000005300291 BIN PLASTICO P/MELANCIA HORTI	2.035,67	346,06
1-000005300355 PALLET MADEIRA PBR B-267	31.519,63	5.358,34
1-000005300371 PALLET MADEIRA PBR B-268	15.112,69	2.569,16
1-000005300398 PALLET CHEP AZUL	48.604,08	8.262,69
1-000005300401 PALLET CHEP AZUL	2.601,05	442,18

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

1-000005300436 CAIXA PLASTICA BRANCA CE-17 HORTI	63,34	10,77
1-000005300444 CAIXA PLASTICA BRANCA CE-23 HORTI	321,77	54,70
1-000005300452 CAIXA PLASTICA BRANCA CE-25 HORTI	15.058,61	2.559,96
1-000005300681 CAMISAO TERMICO 180X 88X115	169.606,16	28.833,05
3-000005504333 SACOLA HP - BP 36X50 C/2000	13.026,65	2.214,53
TOTAL	563.193,19	**95.742,84**

Portanto, diante de tais considerações, afasto o crédito tributário de R$ 191.485,70 (R$ 95.742,84de ICMS + R$ 95.742,84de multa) em relação ao exercício de 2010.

PENALIDADE PECUNIÁRIA

Por último, adentro as razões de oposição à penalidade sugerida no auto infracional.

Com esse escopo, verifico que os fazendários propuseram a multa por infração com base em dispositivos da Lei nº 10.008/2013, em relação aos quais a tese de confisco mediante a qual a recorrente pretende o afastamento ou a redução não possui força para prosperar, visto que o agente administrativo, categoria onde se insere este órgão de julgamento, está adstrito ao princípio da legalidade administrativa. Portanto, somente pode agir nos limites da lei.

Quanto à aplicação da multa por reincidência, prevista no art. 87 da Lei nº 6.379/96[2], esta foi decorrente da informação de que o sujeito passivo possuía antecedentes fiscais. Contudo, para que seja considerada reincidência para efeito da majoração da multa inicialmente aplicada, é imperioso

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

que a infração, ora em questão, tenha sido ao mesmo dispositivo legal, desde que ocorrido dentro do período de cinco anos contados do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, no artigo 39 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.

Pois bem. A fiscalização tomou por base o Processo nº 0192722013-0, citado no Termo de Antecedentes Fiscais à fl. 80, em que consta a data de pagamento em 8/4/2013, posterior aos períodos em que ocorreram os fatos geradores do presente contencioso.

Com efeito, os fatos geradores que repercutiram na infração em epígrafe ocorreram em datas anteriores ao pagamento, bem como da decisão definitiva do Processo nº 0192722013-0, a partir da qual para novas infrações surgidas ao mesmo dispositivo legal se aplicaria a multa por reincidência.

É de bom alvitre destacar, conforme exegese do texto normativo supra, que a circunstância delineadora da reincidência não é a nova autuação, mas, sim, o cometimento da ilicitude posterior ao evento que conferiu a certeza da sua prática, configurando-se, pois, a condição de primário em relação ao Auto de Infração em tela.

Portanto, discordando da decisão monocrática, há a necessidade de exclusão da majoração da multa aplicada por reincidência, tendo em vista que esta não se caracterizou, uma vez que a decisão definitiva do processo antecedente, bem como o pagamento realizado do lançamento da infração correlata, efetivou-se em momento posterior às datas dos fatos geradores descritos na exordial, de forma que altero a decisão *a quo*, que entendeu como devida a multa recidiva.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que a multa proposta pelos autuantes se apresenta desproporcional e confiscatória, há de se destacar que tanto os Fazendários como os Órgãos Julgadores Administrativos estão adstrito ao que dispõe a lei que trata da matéria, em obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade. Ressalto que o referido efeito confiscatório diz respeito a tributo, segundo o artigo 150, IV da atual Carta Magna, e não às multas, que têm por objetivo desestimular o cometimento de infração à lei.

Ressalto ainda que, por absoluta falta de competência legal aos órgãos julgadores administrativos, é defeso deixar de aplicar uma determinação legal ao fundamento da inconstitucionalidade desta (Aplicação do art. 55, I e II da Lei nº 10.094/2013).

A penalidade aplicada à infração denunciada na exordial tem na lei o seu fundamento e, portanto o atributo da legitimidade da sua aplicação ao infrator, uma vez configurada a conduta típica e antijurídica nela prevista, como ocorre no caso vertente.

Por fim, quanto à aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida, não cabe na presente contenda, haja vista que não houve dúvidas que pudessem interferir nesta decisão, uma vez que a matéria de acusação e de defesa, bem como as provas apresentadas, foram suficientes para o deslinde desta demanda, conforme a análise supra.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Diante das considerações supra, cumpre-me promover os ajustes necessários, a fim de adequar os fatos às normas da legislação de regência, de forma que o crédito tributário devido para a se constituir dos valores abaixo demonstrados:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	INÍCIO	FIM	ICMS	MULTA	RECIDIVA	CRE
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2010	31/01/2010	17.722,94	17.722,94	-	35.4
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2010	31/01/2010	11.377,12	11.377,12	-	22.7
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2010	28/02/2010	17.590,42	17.590,42	-	35.1
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2010	28/02/2010	11.149,27	11.149,27	-	22.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2010	31/03/2010	17.090,13	17.090,13	-	34.1

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2010	31/03/2010	10.897,43	10.897,43	-	21.7
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/04/2010	30/04/2010	12.870,02	12.870,02	-	25.7
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/04/2010	30/04/2010	11.517,56	11.517,56	-	23.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2010	31/05/2010	16.889,98	16.889,98	-	33.7
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2010	31/05/2010	10.793,63	10.793,63	-	21.5
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2010	30/06/2010	13.564,15	13.564,15	-	27.1
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2010	30/06/2010	11.137,83	11.137,83	-	22.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/07/2010	31/07/2010	7.880,54	7.880,54	-	15.7
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/08/2010	31/08/2010	8.278,22	8.278,22	-	16.5

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2010	30/11/2010	12.196,91	12.196,91	-	24.3
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2010	30/11/2010	10.962,59	10.962,59	-	21.9
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2010	31/12/2010	121.002,40	121.002,40	-	242
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2010	31/12/2010	11.028,05	11.028,05	-	22.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2011	31/01/2011	3.769,77	3.769,77	-	7.53
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2011	31/01/2011	11.149,94	11.149,94	-	22.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2011	28/02/2011	7.530,77	7.530,77	-	15.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2011	28/02/2011	10.128,32	10.128,32	-	20.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2011	31/03/2011	3.779,98	3.779,98	-	7.55

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2011	31/03/2011	9.524,82	9.524,82	-	19.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/04/2011	30/04/2011	7.470,90	7.470,90	-	14.9
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/04/2011	30/04/2011	10.018,04	10.018,04	-	20.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2011	31/05/2011	3.834,28	3.834,28	-	7.66
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2011	31/05/2011	9.297,24	9.297,24	-	18.5
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2011	30/06/2011	3.805,38	3.805,38	-	7.61
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2011	30/06/2011	9.591,94	9.591,94	-	19.1
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/07/2011	31/07/2011	3.780,83	3.780,83	-	7.56
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/07/2011	31/07/2011	9.137,32	9.137,32	-	18.2

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/08/2011	31/08/2011	3.915,70	3.915,70	-	7.83
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/08/2011	31/08/2011	9.695,68	9.695,68	-	19.3
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2011	31/10/2011	5.103,44	5.103,44	-	10.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2011	31/10/2011	10.645,66	10.645,66	-	21.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2011	31/12/2011	183.578,25	183.578,25	-	367
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2011	31/12/2011	10.757,85	10.757,85	-	21.5
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2011	30/11/2011	4.585,62	4.585,62	-	9.17
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2011	30/11/2011	10.792,97	10.792,97	-	21.5
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2012	31/01/2012	5.356,30	5.356,30	-	10.7

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2012	31/01/2012	11.051,24	11.051,24	-	22.1
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2012	28/02/2012	5.349,51	5.349,51	-	10.6
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2012	28/02/2012	10.022,10	10.022,10	-	20.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2012	31/03/2012	5.128,36	5.128,36	-	10.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2012	31/03/2012	9.802,83	9.802,83	-	19.6
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/04/2012	30/04/2012	5.194,71	5.194,71	-	10.3
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/04/2012	30/04/2012	10.492,83	10.492,83	-	20.9
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2012	31/05/2012	4.413,05	4.413,05	-	8.82
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2012	31/05/2012	10.224,02	10.224,02	-	20.4

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2012	30/06/2012	3.818,96	3.818,96	-	7.63
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/07/2012	31/07/2012	5.469,70	5.469,70	-	10.9
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/08/2012	31/08/2012	4.515,43	4.515,43	-	9.03
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/08/2012	31/08/2012	20.349,83	20.349,83	-	40.6
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2012	30/09/2012	5.653,82	5.653,82	-	11.3
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2012	30/09/2012	9.861,76	9.861,76	-	19.7
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2012	31/10/2012	3.669,20	3.669,20	-	7.33
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2012	31/10/2012	10.077,79	10.077,79	-	20.1
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2012	30/11/2012	3.799,54	3.799,54	-	7.59

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2012	31/12/2012	165.187,44	165.187,44	-	330
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2012	31/12/2012	10.457,27	10.457,27	-	20.9
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2011	30/09/2011	5.105,22	5.105,22	-	10.2
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2011	30/09/2011	9.835,38	9.835,38	-	19.6
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2010	30/09/2010	12.521,85	12.521,85	-	25.0
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2010	30/09/2010	10.061,70	10.061,70	-	20.1
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2010	30/10/2010	18.422,69	18.422,69	-	36.8
FALTA DE RE COLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2010	30/10/2010	10.552,50	10.552,50	-	21.1
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/01/2010	31/01/2010	235.101,66	176.326,25	-	411

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/02/2010	28/02/2010	268.102,23	201.076,67	-	469
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/03/2010	31/03/2010	259.431,94	194.573,96	-	454
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/04/2010	30/04/2010	235.993,04	176.994,78	-	412
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/05/2010	31/05/2010	1.880,31	1.410,23	-	3.29
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/06/2010	30/06/2010	3.194,97	2.396,23	-	5.59
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/07/2010	31/07/2010	4.720,56	3.540,42	-	8.26
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/08/2010	31/08/2010	7.889,63	5.917,22	-	13.8
INDICAR C/ ISENTAS DO	01/09/2010	30/09/2010	10.629,27	7.971,95	-	18.6

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.						
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/10/2010	31/10/2010	12.153,21	9.114,91	-	21.2
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/11/2010	30/11/2010	2.449,37	1.837,03	-	4.28
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/12/2010	31/12/2010	3.085,83	2.314,37	-	5.40
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/01/2011	31/01/2011	2.729,08	2.046,81	-	4.77
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/02/2011	28/02/2011	4.948,95	3.711,71	-	8.66
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/03/2011	31/03/2011	5.798,30	4.348,73	-	10.1
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/04/2011	30/04/2011	10.669,30	8.001,98	-	18.6

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/05/2011	31/05/2011	2.118,78	1.589,09	-	3.70
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/06/2011	30/06/2011	1.577,46	1.183,10	-	2.76
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/07/2011	31/07/2011	4.441,13	3.330,85	-	7.77
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/08/2011	31/08/2011	4.802,41	3.601,81	-	8.40
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/09/2011	30/09/2011	4.248,55	3.186,41	-	7.43
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/10/2011	31/10/2011	3.453,19	2.589,89	-	6.04
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/11/2011	30/11/2011	3.310,85	2.483,14	-	5.79
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC.	01/12/2011	31/12/2011	3.299,69	2.474,77	-	5.77

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

TRIB.						
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/01/2012	31/01/2012	4.339,83	3.254,87	-	7.59
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/02/2012	28/02/2012	5.016,44	3.762,33	-	8.77
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/03/2012	31/03/2012	6.281,36	4.711,02	-	10.9
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/04/2012	30/04/2012	7.383,88	5.537,91	-	12.9
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/05/2012	31/05/2012	3.848,63	2.886,47	-	6.73
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/06/2012	30/06/2012	3.795,97	2.846,98	-	6.64
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/07/2012	31/07/2012	3.536,01	2.652,01	-	6.18
INDICAR C/	01/09/2012	30/09/2012	2.016,86	1.512,65	-	3.52

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.						
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/10/2012	31/10/2012	3.485,71	2.614,28	-	6.09
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/12/2012	31/12/2012	3.026,68	2.270,01	-	5.29
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/11/2012	30/11/2012	3.653,32	2.739,99	-	6.39
INDICAR C/ ISENTAS DO ICMS, OPER. C/ MERC. TRIB.	01/08/2012	31/08/2012	3.131,99	2.348,99	-	5.48
VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL	01/01/2010	31/12/2010	2.699.767,32	2.699.767,32	-	5.39
TOTAL			**4.907.552,63**	**4.621.166,06**	**-**	**9.52**

Diante de todo exposto,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

VOTO - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.00002437/2014-29, de fls. 3 a 9, lavrado em 16/12/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrita no CCICMS sob nº 16.052.930-1, devidamente qualificada nos autos, e declarar como devido o crédito tributário no montante de R$ 9.528.718,69 (nove milhões, quinhentos e vinte e oito mil, setecentos e dezoito reais e sessenta e nove centavos), sendo R$ 4.907.552,63 (quatro milhões, novecentos e sete mil, quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta e três centavos) de ICMS, por infração aos artigos 78, I, II e III, 72, § 1º, II, 74 c/c o art. 75, § 1º, c/c o art. 106, além dos arts. 391, § 6 e 82, I, 52, 54, § 2º, I e II, arts. 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e I, arts. 158, I e 160, I, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no valor de R$ 4.621.166,06 (quatro milhões, seiscentos e vinte e um mil, cento e sessenta e seis reais e seis centavos), nos termos do art. 82, IV e V, “a” e “h” da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo, por indevido, o montante de R$ 621.065,70 (seiscentos e vinte e um mil, sessenta e cinco reais e setenta centavos), sendo R$ 95.742,84 (noventa e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), de ICMS, R$ 95.742,84 (noventa e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e oitenta e quatro centavos), de multa por infração, e R$ 429.580,02 (quatrocentos e vinte e nove mil, quinhentos e oitenta reais e dois centavos), correspondente à multa de recidiva, pelas razões acima expendidas.

Observe-se a existência de pagamentos relacionados ao auto infracional em tela, consoante informação no sistema ATF, desta Secretaria de Estado da Receita, e cópias de comprovantes de pagamento juntados pelo contribuinte às fls. 86 a 157.

---

[1] **Art. 69.** A impugnação que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário e, em caso de não recolhida até o término do respectivo prazo, à vista ou parceladamente, será lançada em Divida Ativa, observado ainda o disposto no art. 33 desta Lei.

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

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de março de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

Phoca PDF