



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 177.490.2014-4

Recurso EBG/CRF Nº 361/2016

Embargante: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

Autuante(s): MÔNICA G. S. MIGUEL, MARCELO C. DE LIRA E JOSÉ BARBOSA DE SOUZA FILHO.

Relator(a): CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. CONFIGURAÇÃO EM PARTE. SUPRIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO FUSTIGADA. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de contradição e obscuridade na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, encontram em parte fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, restando, por esse fato, a via do acolhimento dos embargos de declaração para sanar um dos defeitos suscitados, atribuindo efeitos parcialmente modificativos no aresto embargado.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos *embargos declaratórios*, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para lhes atribuir efeitos infringentes e *reformular*, quanto aos valores, a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, mediante o Acórdão nº 313/2016 (fls. 343 a 345), que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000002197/2014-62, lavrado em 24/11/2014, contra BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE S.A., inscrita no CCICMS sob nº 16.125.591-4, devidamente qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no valor de R\$ 24.738.674,47 (vinte e quatro milhões, setecentos e trinta e oito mil, seiscentos e setenta e quatro reais e quarenta e sete centavos), sendo R\$ 12.732.261,35 (doze milhões, setecentos e trinta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e trinta e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 78, I, II e III, 72, § 1º, II, 74 c/c o art. 75, § 1º, c/c o art. 106, além dos arts. 391, § 6º 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\$ 12.006.413,12 (doze milhões, seis mil, quatrocentos e treze reais e doze centavos), fundamentada no art. 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei estadual nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo cancelo, por irregular, o montante de R\$ 1.546.920,20 (um milhão, quinhentos e quarenta e seis mil, novecentos e vinte reais e vinte centavos), constituído de R\$ 229.073,86 (duzentos e vinte e nove mil, setenta e três reais e oitenta e seis centavos), de ICMS, R\$ 229.073,86 (duzentos e vinte e nove mil, setenta e três reais e oitenta e seis centavos), de multa por infração, e R\$ 1.088.772,48 (um milhão, oitenta e oito mil, setecentos e setenta e dois reais e quarenta e oito centavos), correspondente à multa de recidiva..

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de maio de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUE LIMA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Submeto a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, os Embargos de Declaração opostos tempestivamente e motivados por discordância ao Acórdão nº 313/2016.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002197/2014-62 (fls. 3 a 8),

lavrado em 24/11/2014, a autuada foi acusada de prática das infrações abaixo relatadas, juntamente com as respectivas notas explicativas:

1 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL – 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

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 e automação 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 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - em virtude de o contribuinte ter aproveitado créditos fiscais oriundos de operações não tributadas pelo imposto estadual (art. 82, I do RICMS/PB aprov. Pelo Dec. Nº 18.930/97, art. 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96 – 100%)

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 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.

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.

Tais irregularidades, de acordo com as referidas acusações, aconteceram durante os exercícios de 2010, 2011 e 2012, e motivaram o lançamento do ICMS, no valor total de R\$ 12.961.334,21, bem como da penalidade pecuniária, na quantia de R\$ 12.235.485,98, adicionada de multa por 1 (uma) reincidência, na importância de R\$ 1.088.772,48, totalizando o crédito tributário o valor de R\$ 26.285.592,67, e tiveram a devida apreciação, mediante análise do Recurso Voluntário CRF nº 288/2015, nesta Corte “ad quem” que aprovou, à unanimidade, o voto desta relatoria, exarado às fls. 313 a 342, e deu origem ao acórdão embargado, que concluiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do lançamento de ofício, ao declarar como devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 25.196.820,19**, constituído de R\$ **12.961.334,21** de ICMS, por infração aos artigos 78, I, II e III, 72, § 1º, II, 74 c/c o art. 75, § 1º e 106, além dos arts. 391, § 6º e 82, I, 52, 54, § 2º, I e II, arts. 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d”, arts. 158, I e 160, I, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e de R\$ **12.235.485,98** de multa por infração, nos termos do art. 82, IV e V, “a” e “h” da Lei nº 6.379/96, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/2013.

Eis a ementa do acórdão combatido:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INDEVIDO. PRELIMINARES. REJEITADAS. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. UTILIZAÇÃO NA PADARIA E NO SUPERMERCADO. LAUDO TÉCNICO. ENTRADAS DE ATIVO IMOBILIZADO. NÃO OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE. ENTRADAS DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA E

AUTOMAÇÃO 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. CONFIRMAÇÃO. INDICAR COMO ISENTAS NOS DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDAS OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. CARACTERIZAÇÃO. PENALIDADE. REINCIDENCIA NÃO CONFIGURADA. AJUSTES PROMOVIDOS DE OFÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

1 - 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. 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.

2 - O aproveitamento de créditos fiscais sem observância dos parâmetros da legislação de regência configura infração, razão por que caracteriza-se 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; ICMS Normal destacado em documento fiscal oriundo de operação sujeita à Substituição Tributária, na qual ocorre o encerramento da fase de tributação; ICMS originário de operações não tributadas pelo imposto.

3 – Reconhecimento da legitimidade das exações fiscais relacionadas a uma parte do lançamento de ofício, configurado mediante o recolhimento de valores dos respectivos créditos tributários. Manutenção das respectivas acusações.

4 – Irregularidade na falta de débito do ICMS nos documento fiscais emitidos, ante o fato de o contribuinte considerar como isentas operações sujeitas o imposto, e também na venda de mercadorias sem emissão da correspondente documentação fiscal.

5 – Regularidade na aplicação da penalidade prevista em lei, exceto no que toca aos valores aplicados pela Fiscalização a título de reincidência do contribuinte, visto que no período indicado no auto infracional este era primário no cometimento do ilícito fiscal objeto da penalidade majorada, para os efeitos da legislação de regência.

Notificada na data de 18/10/2015 sobre o decisum proferido nesta instância (Aviso de Recebimento, de fl. 350), a autuada tempestivamente interpôs os Embargos de Declaração em exame, às fls. 352 a 360, alegando a existência de contradição na adoção de diplomas legais invocados para justificar a exclusão da atividade de padaria, exercida em hipermercado, do processo de industrialização e, por consequência, julgar irregular a apropriação de créditos de energia elétrica utilizada nesse setor, porquanto, a seu ver, (a) sob pena de se promover verdadeira antinomia, situação repudiada no Estado Jurídico de Direito, o conceito de industrialização constante no RIPI não pode ser utilizado como fundamento decisório para excluir desse procedimento a atividade de padaria exercida em

hipermercado, porquanto o ICMS possui normas próprias (Carta Magna, CTN, LC nº 87/96, legislação vigente no Estado da Paraíba, RICMS/PB), que não remetem tal conceituação à que regula o IPI; (b) a Instrução Normativa nº 1.071/2010 RFB, que considera a panificação em supermercados como pertencente ao setor comercial ou de serviços, e não de industrialização, cria uma ficção jurídica para aplicação do FUNDO de Previdência e Assistência Social para fins de incidência de fatores previdenciários, de modo que, tanto essa Instrução como o RIPI não podem ser importados, para o RICMS/PB, sem que haja previsão expressa de subsidiariedade quanto aos conceitos jurídicos.

Acresce, ainda, a caracterização de contradição e obscuridade no decisório embargado, quando este manteria o auto infracional sob o argumento de que: a) o procedimento que deu embasamento à denúncia se alicerça nos dados da EFD da então recorrente, visto que, as eu ver, essa conclusão representaria fuga à verdade material, uma vez que a Fiscalização se limitou a comparar a quantidade de mercadorias que adentrou o estabelecimento com os códigos de entrada, sem se aperceber que boa parte dessa mercadorias adquiridas em peças inteiras são posteriormente fracionadas e nessas condições vendidas no estabelecimento, a exemplo de boi inteiro vendido em cortes, após retirados os ossos e pelancas, e peças inteiras de queijo e presunto que, posteriormente modificadas, recebem outros códigos; b) a embargante omitiria vendas de mercadorias cuja aquisição se fez para uso e consumo, quais sejam, Camisão Térmico – EPI, Pallets e Caixas Plásticas.

A título de informação, aduz que em todos os itens em referência há perdas e modificação do peso no processo de fatiamento, retirada de ossos e de pelancas.

Com esses argumentos, requer o provimento dos embargos declaratórios, para que sejam sanadas as contradições e as obscuridades do acórdão e anular o crédito tributário por erro de fato quanto à matéria tributada.

Está relatado.

VOTO

Cuida-se de Embargos Declaratórios que têm por objeto solucionar contradição e obscuridade que existiria no aresto objurgado, as quais residiriam nos aspectos constantes no relato supra.

Com efeito, constituem pressupostos de admissibilidade dos embargos de declaração a omissão, além da obscuridade e da contradição na decisão embargada (art. 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010 e art. 1.022, I e II, do CPC, que também estabelece cabimento para corrigir erro material (inciso III do art. 1.022).

Isto considerando, observo que, no que concerne aos argumentos trazidos pela embargante, sobre as razões de decidir o deslinde da questão dos créditos indevidos oriundos e aquisições de energia elétrica utilizada nas atividades de panificação e de congelamento exercidas no estabelecimento, rechaço in limine a tese de contradição, por esta manejada sob o fundamento de que os diplomas legais (RIPI e IN/RFB nº 1.071/2010) invocados para justificar a exclusão da atividade de padaria, exercida em hipermercado, do processo de industrialização, caracterizaria utilização de verdadeira antinomia, repudiada no Estado Jurídico de Direito, em face das razões constantes no relatório supra.

A bem ver, as atividades consideradas pelo RICMS/PB como sendo industrialização são as mesmas estabelecidas no RIPI. Vejamos a dicção da norma regulamentar estadual:

RICMS/PB:

“Art. 4º. O imposto não incide sobre:

(...)

§ 8º. Considera-se industrialização qualquer operação de que resulte alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento, apresentação ou aperfeiçoamento do produto”.

Para se conferir a veracidade dessa assertiva é bastante proceder a leitura atenta nos decisórios exarados no STJ - REsp 1117139/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/2/2010 e AgRg no REsp 1143495/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/4/2010, DJe 29/4/2010 – e transcritos no aresto paradigmático, às fls. 323 – 330, que trazem o conceito de industrialização contido no RIPI.

Note-se, ainda, que os decisórios do STJ, mencionados no voto que deu origem ao acórdão refutado, foram prolatados sobre questionamento que versava sobre o creditamento do ICMS na aquisição de energia elétrica consumida no estabelecimento comercial (supermercado),

especificamente nas atividades de panificação e congelamento de alimentos, e concluíram pela impossibilidade da apropriação dos valores a título de créditos do ICMS pago na aquisição da mercadoria (energia elétrica).

Quanto à Instrução Normativa nº 1.071/2010-RFB, sua citação se prestou apenas para demonstrar que até mesmo nesse diploma legal, que trata de tributo de natureza distinta (visto que versa sobre normas gerais de tributação previdenciária e arrecadação de contribuições sociais destinadas à Previdência Social e às destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil -RFB), a definição de industrialização guarda uniformidade com a estabelecida no RIPI, este, sim, invocado como embasamento à definição de industrialização, dado ao fato que suas atividades assim consideradas neste diploma legal, como sendo industrialização, são as mesmas previstas no RICMS/PB, conforme explicitado anteriormente.

Portanto, diante do cabimento da analogia utilizada no aresto objurgado, não encontra fundamento o argumento sobre a existência de antinomia entre as normas invocadas como fundamento do decisório embargado.

Quanto ao argumento sobre a existência de contradição e obscuridade no decisório que concluiu pela regularidade da acusação de omissão de saídas detectada no Levantamento Quantitativo de Mercadorias, tendo em vista que, segundo a embargante, o procedimento que deu embasamento à denúncia, e se alicerça nos dados da EFD, não somente se limitou a comparar a quantidade de mercadorias que adentrou o estabelecimento com os códigos de entrada, sem se aperceber que boa parte dessas mercadorias adquiridas em peças inteiras são posteriormente fracionadas e assim vendidas (a exemplo de boi inteiro vendido em cortes, após retirados os ossos e pelancas, e peças inteiras de queijo e presunto que, posteriormente modificadas, recebem outros códigos), como também incluiria mercadorias cuja aquisição se fez para uso e consumo (Camisão Térmico – EPI, Pallets e Caixas Plásticas).

Relativamente ao primeiro fundamento da alegação da embargante sobre contradição e obscuridade no decisório rejeitado, qual seja, o de que o procedimento fiscal baseado na EFD não teria se apercebido que boa parte das mercadorias adentradas no estabelecimento era adquirida em peças inteiras que eram posteriormente vendidas de forma fracionada, rechaço veementemente o argumento.

Com efeito, ao abordar a questão da obrigatoriedade da observância do Decreto nº 30.478/2009, que dispõe sobre a adoção da EFD, neste Estado, como o meio utilizado para os registros fiscais do contribuinte, o voto paradigmático se manifestou sobre a necessidade de adequação da escrituração fiscal às normas que a orientam, conforme fragmento que transcrevo:

“Antes, porém, de analisar os elementos trazidos aos autos por ambas as partes, necessário mais uma vez enfatizar que 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.

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

“Art. 1º (...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

b)

c)

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, 205 e 220.

O código 200 corresponde à identificação do item.

Por sua vez, o código 205 é destinado a itens que receberam alteração apenas na sua descrição, a exemplo do item “Coca Cola It 350ml/2 PROMO” e “Coca Cola It 350ml / 2 FILMC”, constante na EFD em referência, o que está de acordo com o Guia Prático acima citado, visto que este orienta que o referido código se destina aos itens que recebem alteração somente na sua descrição, sem que haja descaracterização deste, ou seja, criação de um novo item, tal como efetuado pela recorrente.

Por fim, o código 220 se refere ao fator de conversão utilizado quando se necessita converter medidas, caso em que a EFD precisa indicar em tabela a conversão de medidas utilizada pelo contribuinte, providência esta acertadamente tomada pela recorrente, quando efetuou essa indicação na sua escrituração.”

Diante do que, é inevitável concluir que nos casos em que o contribuinte adota um controle distinto como critério apto a lhe proporcionar o acompanhamento sobre a movimentação das mercadorias no seu estabelecimento, essa providência não o desobriga do cumprimento das exigências estabelecidas nas normas que regulam a utilização da EFD, nos moldes nelas previsto, dado ao atributo de prova a prol do contribuinte, que grava a escrituração fiscal, seja esta realizada por meio digital, nos casos em que este é o meio legalmente exigido, ou mesmo em livros em papel.

Relativamente ao segundo fundamento apresentado para justificar o argumento sobre o decisório refutado, qual seja, o de que o procedimento fiscalizatório incluiria mercadorias cuja aquisição não se fez para revenda, mas, sim, para uso e consumo (Camisão Térmico – EPI, Pallets e Caixas

Plásticas), confiro razão à embargante.

Efetivamente, na planilha do Levantamento Quantitativo de mercadorias (mídia DVD), juntada aos autos entre as fl. 20 e 21, foram considerados produtos destinados ao uso/consumo da embargante, impróprios, pois, para compor o Levantamento Quantitativo, dado ao fato de que o objeto dessa técnica de auditoria fiscal consiste na movimentação das mercadorias adquiridas para revenda.

Os produtos indevidamente alocados no Quantitativo em referência consistem de: Camisões Térmicos – EPI (utilizados por funcionários no exercício de atividades em câmeras frigoríficas), Pallets de Madeira (aplicados na movimentação de cargas), e Caixas Plásticas (utilizadas para o transporte de frutas, verduras e outros produtos).

Portanto, apesar de este fato não ter sido abordado mediante o recurso voluntário, impõe-se corrigir a obscuridade ventilada pela embargante, promovendo-se a exclusão de ofício dos itens acima mencionados, em obediência ao Princípio da Verdade Material.

Isto considerando, promovo a exclusão dos seguintes produtos:

Exercício de 2010

Produtos	ICMS
1-000005300215 CAIXA PLASTICA CINZA CE-23 HORTI	25.699,58
1-000005300185 CAIXA PLASTICA CINZA CE-15 HORTI	930,59
1-000005300215 PALLET MAD PBR B 266	94.063,96
1-000005300266 PALLET MADEIRA PBR B-210	12.881,80
1-000005300291 BIN PLASTICO P/MELANCIA HORTI	917,28
1-000005300355 PALLET MADEIRA PBR B-267	10.588,08
1-000005300391 PALLET MADEIRA PBR B-268	1.788,44

1-000005300398	PALLET CHEP AZUL	21.165,74
1-000005300401	PALLET CHEP AZUL	1.361,56
1-000005300436	CAIXA PLASTICA BRANCA CE-17 HORTI	231,49
1-000005300452	CAIXA PLASTICA BRANCA CE-25 HORTI	9.488,91
1-000005300533	PALLET MADEIRA PBR B-267	394,93
1-000005300681	CAMISAO TERMICO 180X 88X115	49.560,50
TOTAL		229.072,86

Diante de tais considerações, afasto do crédito tributário originalmente lançado o valor de R\$ 458.145,72 (R\$ 229.072,86 de ICMS + R\$ 229.072,86 de multa por infração) de 2012, restando devido o crédito tributário correspondente a vendas sem emissão de nota fiscal, detectadas mediante o Levantamento Quantitativo/2010, consoante os seguintes valores:

ICMS (R\$)	M. por Infração (R\$)	Total (R\$)
7.662.571,35.	7.662.571,35.	15.325.142,70

Com essas correções, considero sanada a obscuridade e contradição do aresto paradigmático.

Nestes termos,

VOTO pelo recebimento dos *embargos declaratórios*, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu *parcial provimento*, para lhes atribuir efeitos infringentes e *reformular*, quanto aos valores, a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, mediante o Acórdão nº 313/2016 (fls. 343 a 345), que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000002197/2014-62, lavrado em 24/11/2014, contra BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NODESTE S.A., inscrita no CCICMS sob nº 16.125.591-4, devidamente

qualificada nos autos, e declarar devido o crédito tributário no valor de R\$ 24.343.652,52 (vinte e quatro milhões, trezentos e quarenta e três mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 12.732.261,35 (doze milhões, setecentos e trinta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e trinta e cinco centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 78, I, II e III, 72, § 1º, II, 74 c/c o art. 75, § 1º, c/c o art. 106, além dos arts. 391, § 6º 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\$ 11.611.391,17 (onze milhões, seiscentos e onze mil, trezentos e noventa e um reais e dezessete centavos), fundamentada no art. 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei estadual nº 6.379/96, alterada pela Lei Estadual nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo cancelo, por irregular, o montante de R\$ 1.546.938,20 (um milhão, quinhentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e oito reais e vinte centavos), constituído de R\$ 229.073,86 (duzentos e vinte e nove mil, setenta e três reais e oitenta e seis centavos), de ICMS, R\$ 229.073,86 (duzentos e vinte e nove mil, setenta e três reais e oitenta e seis centavos), de multa por infração, e R\$ 1.088.772,48 (um milhão, oitenta e oito mil, setecentos e setenta e dois reais e quarenta e oito centavos), correspondente à multa de recidiva.

DEMONSTRATIVO DOS VALORES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO

Descrição da Infração	Início	Fim	ICMS	Multa	Reincidência	Total
Falta de Recolh do ICMS	01/01/2010	31/01/2010	52.821,92	52.821,92	0,00	105.6
Falta de Recolh do ICMS	01/02/2010	28/02/2010	58.586,32	58.586,32	0,00	117.1
Falta de Recolh do ICMS	01/03/2010	31/03/2010	47.819,74	47.819,74	0,00	95.63
Falta de Recolh do ICMS	01/04/2010	30/04/2010	57.938,12	57.938,12	0,00	115.8
Falta de Recolh do ICMS	01/05/2010	31/05/2010	54.526,47	54.526,47	0,00	109.0
Falta de	01/06/2010	30/06/2010			0,00	115.7

Recolh do ICMS			57.864,11	57.864,11		
Falta de Recolh do ICMS	01/07/2010	31/07/2010	20.159,23	20.159,23	0,00	40.31
Falta de Recolh do ICMS	01/08/2010	31/08/2010	24.529,87	24.529,87	0,00	49.05
Falta de Recolh do ICMS	01/09/2010	30/09/2010	37.000,31	37.000,31	0,00	74.00
Falta de Recolh do ICMS	01/10/2010	31/10/2010	52.693,71	52.693,71	0,00	105.3
Falta de Recolh do ICMS	01/11/2010	30/11/2010	57.392,27	57.392,27	0,00	114.7
Falta de Recolh do ICMS	01/12/2010	31/12/2010	348.137,54	348.137,54	0,00	696.2
Falta de Recolh do ICMS	01/01/2011	31/01/2011	25.633,69	25.633,69	0,00	51.26
Falta de Recolh do ICMS	01/02/2011	28/02/2011	25.391,16	25.391,16	0,00	50.78
Falta de Recolh do ICMS	01/03/2011	31/03/2011	23.614,91	23.614,91	0,00	47.22
Falta de Recolh do ICMS	01/04/2011	30/04/2011	25.212,28	25.212,28	0,00	50.42

Falta de Recolh do ICMS	01/05/2011	31/05/2011	24.113,71	24.113,71	0,00	48.22
Falta de Recolh do ICMS	01/06/2011	30/06/2011	25.411,25	25.411,25	0,00	50.82
Falta de Recolh do ICMS	01/07/2011	31/07/2011	24.744,92	24.744,92	0,00	49.48
Falta de Recolh do ICMS	01/08/2011	31/08/2011	23.287,38	23.287,38	0,00	46.57
Falta de Recolh do ICMS	01/09/2011	30/09/2011	23.569,06	23.569,06	0,00	47.13
Falta de Recolh do ICMS	01/10/2011	31/10/2011	24.852,17	24.852,17	0,00	49.70
Falta de Recolh do ICMS	01/11/2011	30/11/2011	25.791,06	25.791,06	0,00	51.58
Falta de Recolh do ICMS	01/12/2011	31/12/2011	432.153,10	432.153,10	0,00	864.3
Falta de Recolh do ICMS	01/01/2012	31/01/2012	27.282,31	27.282,31	0,00	54.56
Falta de Recolh do ICMS	01/02/2012	28/12/2012	25.921,74	25.921,74	0,00	51.84
Falta de Recolh do ICMS	01/03/2012	31/03/2012	23.874,07	23.874,07	0,00	47.74

Falta de Recolh do ICMS	01/04/2012	30/04/2012	24.675,92	24.675,92	0,00	49.35
Falta de Recolh do ICMS	01/05/2012	31/05/2012	941,31	941,31	0,00	1.882
Falta de Recolh do ICMS	01/06/2012	30/06/2012	23.006,62	23.006,62	0,00	46.01
Falta de Recolh do ICMS	01/07/2012	30/07/2012	8.476,39	8.476,39	0,00	16.95
Falta de Recolh do ICMS	01/08/2012	31/08/2012	13.477,21	13.477,21	0,00	26.95
Falta de Recolh do ICMS	01/09/2012	30/09/2012	16.984,91	16.984,91	0,00	33.96
Falta de Recolh do ICMS	01/10/2012	31/10/2012	7.969,28	7.969,28	0,00	15.93
Falta de Recolh do ICMS	01/11/2012	30/11/2012	25.421,01	25.421,01	0,00	50.84
Falta de Recolh do ICMS	01/12/2012	31/12/2012	395.021,95	395.021,95	0,00	395.0
Ind isentas oper/prest tributadas	01/01/2010	31/01/2010	681.122,11	510.841,58	0,00	1.191
Ind isentas	01/02/2010	28/2/2010	647.830,46	485.872,85	0,00	1.133

oper/prest tributadas						
Ind isentas oper/prest tributadas	01/03/2010	31/03/2010	639.632,59	479.724,44	0,00	1.119
Ind isentas oper/prest tributadas	01/04/2010	30/04/2010	629.073,86	471.805,40	0,00	1.100
Ind isentas oper/prest tributadas	01/05/2010	31/05/2010	9.109,16	6.831,87	0,00	15.94
Ind isentas oper/prest tributadas	01/06/2010	30/06/2010	6.768,59	5.076,44	0,00	11.84
Ind isentas oper/prest tributadas	01/07/2010	31/07/2010	8.464,46	6.348,34	0,00	14.81
Ind isentas oper/prest tributadas	01/08/2010	31/08/2010	21.376,03	16.032,02	0,00	37.40
Ind isentas oper/prest tributadas	01/09/2010	30/09/2010	28.706,34	21.529,76	0,00	50.23
Ind isentas oper/prest tributadas	01/10/2010	31/10/2010	28.313,81	21.235,36	0,00	49.54
Ind isentas oper/prest tributadas	01/11/2010	30/11/2010	3.177,47	2.383,10	0,00	5.560
Ind isentas oper/prest tributadas	01/12/2010	31/12/2010	6.569,91	4.927,43	0,00	11.49

Ind isentas oper/prest tributadas	01/01/2011	31/01/2011	3.731,18	2.798,39	0,00	6.529
Ind isentas oper/prest tributadas	01/02/2011	28/02/2011	6.458,12	4.843,59	0,00	11.30
Ind isentas oper/prest tributadas	01/03/2011	31/03/2011	6.942,02	5.206,52	0,00	12.14
Ind isentas oper/prest tributadas	01/04/2011	30/04/2011	9.181,59	6.886,19	0,00	16.06
Ind isentas oper/prest tributadas	01/05/2011	31/05/2011	4.099,40	3.074,55	0,00	7.173
Ind isentas oper/prest tributadas	jul/11	31/07/2011	9.035,57	6.776,68	0,00	15.81
Ind isentas oper/prest tributadas	ago/11	31/08/2011	10.389,31	7.791,98	0,00	18.18
Ind isentas oper/prest tributadas	set/11	30/09/2011	10.059,34	7.544,51	0,00	17.60
Ind isentas oper/prest tributadas	out/11	31/10/2011	7.886,39	5.914,79	0,00	13.80
Ind isentas oper/prest tributadas	nov/11	30/11/2011	7.516,15	5.637,11	0,00	13.15
Ind isentas oper/prest tributadas	dez/11	31/12/2011	7.309,63	5.482,22	0,00	12.79

Ind isentas oper/prest tributadas	jan/12	31/01/2012	7.969,07	5.976,80	0,00	16.93
Ind isentas oper/prest tributadas	fev/12	28/02/2012	7.151,42	5.363,57	0,00	15.19
Ind isentas oper/prest tributadas	mar/12	31/03/2012	10.315,96	7.736,97	0,00	21.92
Ind isentas oper/prest tributadas	abr/12	30/04/2012	13.113,48	9.835,11	0,00	27.86
Ind isentas oper/prest tributadas	mai/12	31/05/2012	8.485,85	6.364,39	0,00	18.03
Ind isentas oper/prest tributadas	jun/12	30/06/2012	8.131,69	6.098,77	0,00	17.27
Ind isentas oper/prest tributadas	jul/12	31/07/2012	10.323,93	7.742,95	0,00	21.93
Ind isentas oper/prest tributadas	ago/12	30/8/2012	8.772,08	6.579,06	0,00	18.64
Ind isentas oper/prest tributadas	set/12	30/09/2012	6.142,04	4.606,53	0,00	13.05
Ind isentas oper/prest tributadas	out/12	31/10/2012	8.388,94	6.291,71	0,00	17.82
Ind isentas	nov/12	30/11/2012		7.091,83		20.09

oper/prest tributadas			9.455,77		0,00	
Ind isentas oper/prest tributadas	dez/12	31/12/2012	9.817,83	7.363,37	0,00	20.86
Vendas sem emissão doc fiscal	jan/10	31/10/2010	7.662.571,35	7.662.571,35	0,00	15.32
Totais			12.732.261,35	11.611.391,17	0,00	24.34

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de maio de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA
Conselheira Relatora