Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 1863382014-5
TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO
Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP
Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA TERCEIRA REGIÃO DA SER
Autuante: MARCELO CRUZ DE LIRA, MONICA GONCALVES SOUZA MIGUEL
Relatora: CONS.ª MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INDEVIDO. ATIVO FIXO. PRODUTOS DE INFORMÁTICA. MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO PELO PAGAMENTO. ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO PROCESSO PRODUTIVO. MANTIDA. PADARIA E SUPERMERCADO. LAUDO TÉCNICO. DECISÃO JUDICIAL. INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. AJUSTES. DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA NÃO CONFIGURADA. RECIDIVA AFASTADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os fatos descritos na peça basilar têm como suporte as informações constantes da Escrituração Fiscal Digital, da própria recorrente, a quem competia retificá-las espontaneamente, no caso de alguma desconformidade, o que não se vislumbra nos autos.

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 do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para alterar os valores da sentença monocrática, que julgour parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002266/2014-38, lavrado em 17/11/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADO DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.158.503-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 1.235.011,93 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, onze reais e noventa e três centavos), sendo R$ 637.971,49 (seiscentos e trinta e sete mil, novecentos e setenta e um reais e quarenta e nove centavos) de ICMS, por infração aos artigos 106 c/c arts. 78, I, II, III, 72, §1º, II, 74, 75, 391, §6º; art. 52, 54 e §2º, I e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” e I; art. 158, I e art. 160, I; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R$ 597.040,47 (quinhentos e noventa e sete mil, quarenta reais e quarenta e sete

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei n° 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o valor de R$ 112.119,99 (cento e doze mil, cento e dezenove reais e noventa e nove centavos), sendo R$ 25.361,66 (vinte e cinco mil, trezentos e sessenta e um reais e sessenta e seis centavos), de ICMS e R$ 25.361,66 (vinte e cinco mil, trezentos e sessenta e um reais e sessenta e seis centavo), de multa por infração e R$ 61.396,64 (sessenta e um mil, trezentos e noventa e seis reais e sessenta e quatro centavos), de recidiva.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de março de 2019.

MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Relatório

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002266/2014-38, lavrado em 28/11/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADO DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.158.503-5, com ciência pessoal, em 27/11/2014, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1/1/2010 e 31/12/2012, constam as seguintes denúncias:

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

Nota Explicativa:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

ATIVO FIXO FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE TER APROVEITADO O CRÉDITO FISCAL, CONCERNENTE À AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO EM MONTANTE SUPERIOR AO DEVIDO, TENDO EM VISTA A INOBSERVÂNCIA DA CORRETA FORMA PARA A APURAÇÃO DO IMPOSTO EM CADA PERÍODO.

ART.78, I, II E III, DO RICMS/PB APROV. PELO DEC. 18.930/97

ART. 82, V, “H” DA LEI Nº 6.379/96 100%.

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, APROV. PELO DEC. 18.930/97

ART. 82, V, “H”, DA LEI Nº 6.379/96 100%.

PRODUTOS DE INFORMÁTICA.

CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE DO ICMS DESTACADO EM DOCUMENTO(S) FISCAL(IS) EM VALOR MAIOR 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 A REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.

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

ART. 82, V, “H”, DA LEI Nº 6.379/96 100%.

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, II, DO RICMS/PB, APROV. PELO DEC. 18.930/97

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ART. 82, V, “H”, DA LEI Nº 6.379/96.

100%

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

ART. 82, I, DO RICMS, APROV. PELO DEC. 18.930/97, ART. 82, V, “H” DA LEI Nº6.379/96 100%.

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

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

Nota Explicativa:

INDICAR NAS VENDAS COMO ISENTAS AS MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.

022 – 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 AS PLANILHAS EXPLICATIVAS EM MIDIA DIGITAL QUE SÃO PARTES INTEGRANTES DESTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Foram dados como infringidos os artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e §2º, I e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” e I; art. 158, I e art. 160, I; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição das penalidades previstas no artigo 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei n° 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R$ 1.347.131,92, sendo R$ 663.333,15, de ICMS, R$ 622.402,13, de multa por infração, e R$ 61.396,64, de multa por recidiva.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 19/12/2014, a autuada apresentou reclamação, em 15/1/2015 *(fls. 19-50)*.

Com informação de constarem antecedentes fiscais *(fl. 81)*, os autos foram conclusos *(fl. 82)* e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano *(fl. 83)*.

Juntado aos autos expediente da empresa, comunicando o recolhimento de parcela do auto de infração, referente à utilização de créditos indevidos na aquisição de bens para o ativo fixo, de produtos de informática, mercadorias sujeitas à substituição e de operações não tributadas *(fls. 85-86)*.

Decisão da julgadora singular pela *parcial procedência* do feito fiscal, com fixação do crédito tributário, em R$ 1.286.741,78, composto de R$ 663.333,15, de ICMS, R$ 621.624,46, de multa por infração e R$ 1.784,17, de multa recidiva, dispensando o recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, §1º, I, da Lei nº 10.094/2013 *(fls. 146-177)*.

Sem constar documento comprovando a efetivação da ciência, a autuada, através de advogado, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 4/7/2018 *(fls. 184-207)*.

Na peça recursal, após uma alusão à tempestividade do recurso e uma breve exposição dos fatos, apresenta suas razões atacando os seguintes pontos:

1. Em preliminar, argui a nulidade do auto de infração, alegando: a) descumprimento de exigência legal, i) por exaurimento do prazo de 60 (sessenta dias) para conclusão dos trabalhos de fiscalização, destacando o art. 642, §3º do RICMS/PB; ii) por não ter sido realizada a intimação pessoal do contribuinte, na forma do art. 11 da Lei nº 10.094/2013; iii) por não ter sido lavrado em Livro Fiscal os termos de fiscalização, consoante, art. 196 do CTN; b) cerceamento do direito de defesa em razão de o autuante ter aplicado a alíquota de 17% (dezessete por cento) na acusação de indicar como isentas mercadorias sujeitas ao imposto estadual, sem indicar a mercadoria e o embasamento para sua tributação.

2. No mérito, a) Manifesta-se pela legitimidade do aproveitamento dos créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica utilizada nos setores de padaria, frios, açougue, cozinha, etc., alegando se tratarem de processos industriais; b) diz que os produtos comestíveis, em geral, são comprados em pedaços inteiros e vendidos em pequenas quantidades, com outro código, por se tratar de produto diferente;

3. Afirma que a planilha da fiscalização faz concluir que a empresa está sendo autuada por omitir vendas a) de carne dianteiro c/ osso (boi inteiro), b) de mercadorias que não são objeto de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

mercancia (camisão térmico, pallets, container, caixas plásticas, etc), c) de produtos que foram modificados e receberam outros códigos (queijo, presunto);

4. Declara a existência de perdas normais na atividade que não foram consideradas pela fiscalização, que alegou a falta de emissão de nota fiscal para a regularização da existência;

5. Insurge-se contra a aplicação da multa taxando-a de desarrazoada e confiscatória, por não se comprovar o intuito de fraude e pela exorbitância de seus valores;

6. Aduz que a legislação deve ser interpretada levando em consideração o princípio *in dubio* pro contribuinte;

7. Por fim, requer o reconhecimento e a declaração de nulidade e/ou a improcedência da exigência fiscal.

8. Sucessivamente, pede a redução da multa aplicada ou o seu afastamento, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002111/2014-00, lavrado em 17/11/2014, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos preambularmente como tempestivo o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 721 do RICMS-PB.

Preliminar

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal observou os requisitos da legislação, identificando perfeitamente o sujeito passivo e descrevendo com clareza a matéria tributável, o montante do imposto devido, a penalidade proposta e as respectivas cominações legais, conforme prescreve o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Da mesma forma, estão delineadas na inicial as formalidades prescritas nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), *verbis*:

Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Ademais, a autuada foi devidamente cientificada do auto de infração, tendo apresentado defesa em ambas as esferas administrativas, onde teve a oportunidade de exibir todos seus argumentos e provas, demonstrando perfeito entendimento do que estava sendo acusada, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao seu direito de defesa.

No tocante à alegação da recorrente de que o lançamento fiscal teria extrapolado o prazo previsto na legislação para conclusão dos trabalhos de fiscalização, de fato o art. 642, §3º do RICMS/PB estabelece que os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos no prazo de 60 (sessenta dias), podendo ser prorrogáveis, por igual período, a critério das Gerências Operacionais, em face da complexidade dos serviços, conforme abaixo reproduzido:

Art. 642. A fiscalização lavrará termo destinado a documentar o dia e a hora do início do procedimento, bem como os atos e termos necessários à demonstração do resultado da ação fiscal.

§ 3º Os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos em até 60 (sessenta) dias, prazo este prorrogável por igual período, desde que as circunstâncias ou complexidade dos serviços o justifiquem, a critério das Gerências Operacionais subordinadas à Gerência Executiva de Fiscalização.

No entanto, o prazo previsto no dispositivo acima mencionado se inclui na categoria dos prazos impróprios que, embora devam ser observados pelos servidores da administração pública, causando sanções administrativas aos que os descumprirem, não acarretam consequência processual, por serem destituídos de preclusividade.

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

Sobre o questionamento de que não foi realizada a intimação pessoal do contribuinte, na forma do art. 11 da Lei nº 10.094/2013, a legislação prevê a via postal como uma das formas de intimação,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

como nos leciona o próprio dispositivo citado pela recorrente, como se segue:

Art. 11. *Far-se-á a intimação:*

I - pessoalmente, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, com prova de recebimento;

Também não prospera a alusão da recorrente de que não foram lavrados em Livro Fiscal os termos de fiscalização, consoante, art. 196 do CTN.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Aqui, deve-se considerar que foi emitida a competente Ordem de Serviço e lavrado o auto de infração, o qual foi dada ciência pessoal ao contribuinte no dia 19/12/2014, às 11:00, não havendo a obrigatoriedade de se levar a termo nos Livros Fiscais.

cerceamento do direito de defesa em razão de o autuante ter aplicado a alíquota de 17% (dezessete por cento) na acusação de indicar como isentas mercadorias sujeitas ao imposto estadual, sem indicar a mercadoria e o embasamento para sua tributação.

Assim, considero acertada a decisão do julgador singular em indeferir o pedido da recorrente para produção de provas, em razão de sua irrelevância para o resultado pretendido, salientando que, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, poderia tê-la juntado ao processo, antes da apreciação do recurso voluntário.

MÉRITO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Falta de Recolhimento do Imposto Estadual

(Creditamento Indevido)

Nesta acusação a fiscalização autuou o contribuinte por Falta de Recolhimento do Imposto Estadual, após efetuar a reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012, onde glosou créditos fiscais aproveitados pela empresa em desacordo com a legislação estadual, conforme demonstrativos *(fls. 13-16)*.

Analisando as peças processuais, observa-se que a autuada recolheu, espontaneamente, os valores relativos às operações com produtos de informática, com mercadorias isentas e/ou sujeitas ao regime de substituição tributária e com mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos períodos em que houve apuração de saldo devedor na Conta Gráfica, tornando extinta a parcela do crédito tributário, referente a essas infrações, nesses períodos, conforme determina o art. 156, do CTN, *verbis*:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

Cabe ressaltar que a Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT) considera como não contenciosos os processos administrativos tributários cujos valores já tenham sido quitados pelo contribuinte, como prevê o seu art. 51 e §§, *verbis*:

Art. 51. *São Processos Administrativos Tributários não contenciosos os decorrentes de lançamentos constituídos por intermédio de:*

I - Auto de Infração com crédito tributário não impugnado no prazo regulamentar, ***quitado*** *ou parcelado na sua totalidade, observado o direito de interposição de recurso de agravo;* ***(g.n.)****.*

Neste sentido, fica o crédito tributário definitivamente constituído, no que se refere à parte não litigiosa, reconhecendo-se a condição de devedor do contribuinte, como estabelecido no art. 77, §1º, do mesmo Diploma Legal:

Art. 77.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

§ 1º *O recurso 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.*

§ 2º *Na hipótese do § 1º deste artigo, não sendo cumprida a exigência relativa à parte não questionada do crédito tributário, à vista ou parceladamente, no prazo estabelecido no "caput" deste artigo, deverá o órgão preparador encaminhar para registro em Dívida Ativa, sem prejuízo do disposto no art. 33 desta Lei.*

Assim, efetuado o pagamento, considera-se extinto o crédito tributário referente às operações acima mencionadas, pelo que passo a apreciar o mérito da denúncia restante, referente ao aproveitamento do crédito nas operações de aquisição de energia elétrica.

Créditos de Energia Elétrica

No tocante aos créditos de energia elétrica, a fiscalização autuou o contribuinte pelo aproveitamento indevido dos créditos fiscais, advindos das aquisições de energia elétrica, conforme demonstrativo *(fl. 16)*.

Neste sentido, constata-se, pelos "lançamentos" efetuados nos livros de Registro de Entradas e Apuração do ICMS, que a empresa compensou créditos do ICMS decorrentes das aquisições de energia elétrica para o consumo da empresa.

De sua parte, a recorrente argumenta que a energia elétrica se trata de insumo consumido nos setores produtivos da empresa (padaria e congelados), se manifestando pela legitimidade do aproveitamento desses créditos, citando dispositivos da legislação em vigor.

Com efeito, a legislação do ICMS, tomando como base a não cumulatividade do ICMS, prevê a compensação do imposto devido em cada operação com os valores recolhidos nas operações anteriores, conforme disciplinam os artigos 52 e 72 do RICMS/PB:

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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*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;

(…)

§ 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;

*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, (**g.n**.);*

Como se observa, a legislação concede o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais advindos das aquisições de energia elétrica quando utilizada no processo de industrialização da empresa.

Dando interpretação ao dispositivo acima citado, a recorrente defende a legitimidade do aproveitamento dos créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica utilizada nos setores de padaria, frios, açougue, cozinha, etc., alegando se tratarem de processos industriais.

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

Neste sentido o art. 4º, do Decreto nº 7.212/2010, que trata do IPI, vem a definir o que constitui a atividade industrial, *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 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei no 4.502, de 1964, art. 3o, parágrafo único):

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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).

No tocante à atividade de panificação, esta em muito se assemelha a um processo industrial, compreendendo seu processo básico as etapas de mistura, fermentação e assamento, onde os ingredientes misturados sofrem uma transformação radical nas suas características.

Todavia, em recentes decisões, o STJ tem adotado o entendimento considerando que as atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis em supermercados não configuram atividade de industrialização.

Neste sentido, transcrevo decisão no Recurso Especial nº 1.117.139 – RJ (2009/0099551-5), de relatoria do ministro Luiz Fux:

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1117139 RJ 2009/0099551-5

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.

No seu voto, assim se expressou o eminente magistrado: "*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*".

Nessa mesma linha, trilhou a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, aos responder questionamento de contribuinte, onde ressalto o seguinte trecho: "*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, por não configurarem atividades industriais para fruição do benefício previsto no art. 72, §1º, II, "b", do RICMS/PB, considero correto o procedimento da auditoria, em glosar os créditos, apropriados pela empresa, advindos das aquisições de energia elétrica para utilização no processo produtivo da empresa.

Indicar como Isentas do ICMS, Operações com Mercadorias

ou Prestações de Serviços Sujeitas ao Imposto Estadual.

O lançamento fiscal tem como causa o fato de o contribuinte ter declarado na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, operações de vendas de mercadorias, como isentas sem que benefício fiscal esteja previsto na legislação, ficando, assim, sujeita ao lançamento do imposto, na forma prevista no art. 2º do RICMS/PB:

Art. 2º O imposto incide sobre:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

No caso, tratando-se de operação interna, foi aplicada a alíquota de 17% (dezessete por cento), conforme determinava o art. 13, IV, do RICMS, com a redação vigente à época dos fatos:

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

IV - 17% (dezessete por cento), nas operações e prestações internas e na importação de bens e mercadorias do exterior;

Mantida na primeira instância, a recorrente vem alegar que a fiscalização não demonstrou de que mercadoria se trata e qual o embasamento para a sua tributação.

Neste sentido, cabe esclarecer que os valores apurados pela fiscalização, incluindo os itens tributados e as respectivas alíquotas, estão demonstrados no CD encartado ao presente processo *(fl. 18)*, que tomaram como base a Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte nos respectivos períodos.

Sem mais a considerar, ratifico os termos da decisão monocrática por guardar consonância com os preceitos da legislação em vigor e as provas dos autos.

Vendas sem Emissão de Documentação Fiscal

(Levantamento Quantitativo)

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

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

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias.

No caso em exame, a empresa foi autuada, no exercício de 2010, por Vendas sem Emissão de Documentação Fiscal, conforme demonstrativo constante do CD *(fl. 18)*, tendo comparecido aos autos arguindo a existência de incongruências nas informações prestadas em relação às operações realizadas, as quais consistiriam de erro nos códigos dos produtos levados a efeito no procedimento fiscal, visto que a entrada dos produtos seria escriturada como um código diferente do registrado na saída em função da diversidade na forma de revenda em comparação com a compra (atacado x varejo).

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

Ora, as argumentações da recorrente não encontram espaço para prosperar, tendo em vista que os dados coletados decorrem de informações prestadas pelo próprio contribuinte através da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD que, por força normativa, veio a substituir a documentação representada em meio físico (papel).

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

“Art. 1º (...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

§ 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".

Logo, é do contribuinte a responsabilidade pela certeza e fidedignidade das informações assentadas na sua EFD, afinal essas informações são, por ele, prestadas. E, desde que atenda às disposições regulamentares, faz prova para quem aproveita.

Reforce-se que 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:"

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(Grifos não constantes do original).

Pois bem, examinando os arquivos da EFD da recorrente, observou-se que as quantidades de mercadorias disponíveis para a revenda (EI + COMPRAS) superaram as vendas realizadas mais o estoque final (VENDAS + EF), inferindo-se a ocorrência de vendas sem o pagamento do imposto devido.

Ademais, não se verifica qualquer vinculação desses produtos a um novo subproduto objeto de desmembramento do original.

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

Isto considerando, não subsiste dúvidas quanto à regularidade do procedimento utilizado pela fiscalização, no entanto, assiste razão à recorrente quando afirma que não devem ser considerados no Levantamento Quantitativo os valores relativos aos produtos destinados ao consumo ou ativo do estabelecimento, pois não sendo objetos de revenda pela autuada, não devem ser computados na base de cálculo da técnica de auditoria ora em análise.

Assim, Procedo à exclusão da exigência fiscal dos valores relativos às movimentações com pallets e camisão térmico, conforme planilha abaixo:

Portanto, considerando o valor de R$ 365.603,96, apurado no auto de infração, subsiste a exigência de um ICMS no valor de R$ 340.242,30.

Da Multa Aplicada

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

No tocante às penalidades aplicadas, a fiscalização, corretamente, cominou os percentuais previstos no art. 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei n° 6.379/96, conforme as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/2013, como se segue:

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

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

(...)

V - de 100% (cem por cento):

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

(...)

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

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

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Quanto à aplicação da multa por reincidência, esta foi decorrente da informação de que o sujeito

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

passivo possuía antecedentes fiscais, conforme previsão do art. 87 da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

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 à mesma disposição legal, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, dentro de 05 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior.

Neste sentido, para que seja considerada reincidência para efeito da majoração da multa inicialmente aplicada, é imperioso 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 os Processos nº 005.013.2014-8 e 186.338.2014-5, citados no Termo de Antecedentes Fiscais *(fl. 81)*, com datas de pagamento em 20/2/2014 e 20/1/2015, respectivamente, portanto, em períodos posteriores aos dos fatos geradores do presente contencioso.

Assim, os fatos geradores que repercutiram na infração em epígrafe ocorreram em datas anteriores às do pagamento dos respectivos processos, a partir das quais para novas infrações surgidas ao mesmo dispositivo legal se aplicaria a regra da reincidência.

Neste sentido, 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, como preceitua o art. 39 da Lei nº 10.094/2013, acima mencionado.

Logo, em relação ao Auto de Infração em tela, configura-se ao sujeito passivo a condição de primário.

Ressalte-se que a julgadora singular equivocadamente considerou subsistente o valor de R$ 1.784,17, entendendo se referir à parte recolhida pelo contribuinte, na infração de Falta de Recolhimento do Imposto Estadual.

Dessa forma, considero subsistente o seguinte crédito tributário:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar os valores da sentença monocrática, que julgour *parcialmente procedente* o Auto de |Infração nº 93300008.09.00002266/2014-38, lavrado em 17/11/2014, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADO DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.158.503-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 1.235.011,93 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, onze reais e noventa e três centavos), sendo R$ 637.971,49 (seiscentos e trinta e sete mil, novecentos e setenta e um reais e quarenta e nove centavos) de ICMS, por infração aos artigos 106 c/c arts. 78, I, II, III, 72, §1º, II, 74, 75, 391, §6º; art. 52, 54 e §2º, I e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” e I; art. 158, I e art. 160, I; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R$ 597.040,47 (quinhentos e noventa e sete mil, quarenta reais e quarenta e sete centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, IV e V, “a” e “h”, da Lei n° 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo por indevido o valor de R$ 112.119,99 (cento e doze mil, cento e dezenove reais e noventa e nove centavos), sendo R$ 25.361,66 (vinte e cinco mil, trezentos e sessenta e um reais e sessenta e seis centavos), de ICMS e R$ 25.361,66 (vinte e cinco mil, trezentos e sessenta e um reais e sessenta e seis centavos), de multa por infração e R$ 61.396,64 (sessenta e um mil, trezentos e noventa e seis reais e sessenta e quatro centavos), de recidiva.

Convém ressaltar que o contribuinte efetuou o recolhimento de parte do crédito tributário, referente aos créditos indevidos relativos à entrada de produtos de informática, de mercadorias sujeitos à substituição tributária e de bens para o ativo fixo, apurados na acusação de Falta de Recolhimento do Imposto Estadual, conforme comprovantes (fls. 87-144).

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Macedo, em 31 de março de 2019.

MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

Conselheira Relatora

Phoca PDF