



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº1492402015-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

1ªRecorrida:BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ªRecorrente:BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

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

Relatora:CONS.ªMAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. PRELIMINARES REJEITADAS. AJUSTES. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS VOLUNTÁRIO E HIERÁRQUICOS DESPROVIDOS.

As diferenças apuradas em levantamento quantitativo de mercadorias, caso em que as quantidades de mercadorias disponíveis para a venda são superiores às quantidades das saídas de mercadorias adicionadas ao estoque final, denotam a ocorrência de saídas de mercadorias sem documentação fiscal, compelindo o contribuinte ao pagamento do imposto devido, na forma da legislação vigente. Ajustes realizados na instância singular, excluíram do levantamento quantitativo os valores referentes a produtos de uso e/ou consumo do estabelecimento.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e o voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001869/2015-01, lavrado em 19/10/2015, contra a empresa, BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.160.756-0, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 575.946,90 (quinhentos e setenta e cinco mil, novecentos e quarenta e seis reais e noventa centavos), sendo R\$ 287.973,45 (duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta e cinco centavos), de ICMS, nos termos dos arts. 158, I, e 160, I, todos do RICMS/PB, e R\$ 287.973,45 (duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantém cancelado o valor de R\$ 80.645,18 (oitenta mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e dezoito centavos), sendo R\$ 40.322,59 (quarenta mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 40.322,59 (quarenta mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos), de multa por infração.

P.R.I
Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de junho de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, MARILENE PONTES PEREIRA (SUPLENTE), FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE) e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001869/2015-01, lavrado em 19/10/2015, contra a empresa, BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.160.756-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2011 e 31/12/2012, constam as seguintes denúncias:

- 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:

LEVANTAMENTO DE VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS ATRAVÉS DO

CÁLCULO DO QUANTITATIVO REFERENTE AOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I e 160, I, todos do RICMS-PB, sendo proposta a penalidade prevista no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 656.592,08, sendo R\$ 328.296,04, de ICMS, e R\$ 328.296,04, de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 27/10/2015, a autuada apresentou reclamação, em 26/11/2015 (fls. 15-33).

Com informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (fl. 65), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 575.946,90, sendo R\$ 287.973,45, de ICMS, e R\$ 287.973,45, de multa por infração, tendo recorrido hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, §1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (fls. 67-79).

Cientificada da decisão de Primeira Instância, em 10/7/2018, por via postal, AR (fl.82), a autuada apresentou recurso voluntário, em 8/8/2018 (fls. 84-111).

No seu recurso, após uma síntese dos fatos, expõe as seguintes razões:

- i) Em preliminar, argui a nulidade do feito fiscal alegando: a) não ter sido cientificada da Ordem de Serviço nem da prorrogação de seu prazo, ficando impedida de verificar o seu objeto e o cumprimento do prazo para a sua conclusão, além de não ter sido registrado nos livros fiscais o Termo de Início; b) cerceamento do direito de defesa pela não comprovação da infração em face de descumprimento de dispositivo expresso em Lei, em especial, os arts. 3º e 28 da Lei nº 10.094/2013, citando que não foram apresentadas as correspondentes Notas Fiscais para verificar a materialidade da indicação, sobretudo quando se trata de infração por falta de registro de nota fiscal de entrada;
- ii) No mérito, afirma que os produtos são identificados por códigos divididos em subgrupos e que muitas vezes as mercadorias são retalhadas, acarretando diferença entre as unidades utilizadas na aquisição e na venda, fato não considerado pela fiscalização;
- iii) Aponta para a ocorrência de perdas normais da atividade, ressaltando a inexistência de fato gerador nesses casos;
- iv) Insurge-se contra a multa aplicada, taxando-a de exorbitante e confiscatória, advogando sua redução ao patamar entre 20% e 30%;
- v) Ressalta para a aplicação de interpretação mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN;

vi) Conclui, requerendo: a) o reconhecimento e a decretação da improcedência da exigência fiscal; b) Sucessivamente, a redução ou afastamento da penalidade aplicada; c) a interpretação da norma jurídica mais favorável à recorrente (art. 112 do CTN); d) a produção de todos os meios de provas admitidos em especial a juntada de documentos e a realização de perícia no sentido de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos *hierárquico* e *voluntário* contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001869/2015-01, lavrado em 19/10/2015, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminares

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

Sobre as alegações da recorrente de que não foi cientificada da Ordem de Serviço, nem da prorrogação de seu prazo, há de se esclarecer que o Código Tributário Nacional – CTN, no seu art. 196, prevê a lavratura de termo para que se documente o início do procedimento, vejamos o dispositivo:

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.

Por sua vez, o art. 37 da Lei nº 10.094/2013 (lei do PAT) elenca o termo de início de fiscalização como uma das condições para que se considere iniciado o procedimento fiscal, como se segue:

Art. 37. Considerar-se-á iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações à legislação tributária:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

Com efeito, o termo de início de fiscalização delimita o início do procedimento fiscal, onde o contribuinte é conclamado a apresentar os livros e documentos que serão analisados pela auditoria, estabelecendo, ainda, o marco a partir do qual não é mais possível se utilizar dos benefícios da espontaneidade, conferidos pelo art. 675 do RICMS/PB.

Art. 675. Os que, antes de qualquer procedimento fiscal, procurarem, espontaneamente, a repartição fazendária de seu domicílio para sanar irregularidades, não sofrerão penalidades, salvo, quando se tratar de falta de lançamento ou de recolhimento do imposto, caso em que ficarão sujeitos aos juros e à multa de mora de que trata o art. 114 deste Regulamento.

Assim, a ciência do termo de início de fiscalização retira do contribuinte a possibilidade de confessar os tributos não declarados, por meio do pagamento do principal e juros de mora, afastando sua responsabilidade por infrações fiscais.

No entanto, a falta de lavratura do Termo de Início não resulta na nulidade ao lançamento fiscal, caso não resulte prejuízo à defesa do contribuinte, à possibilidade.

No caso em exame, o lançamento tributário atendeu aos requisitos da legislação tributária, sendo dada a devida ciência ao sujeito passivo que compareceu espontaneamente nas duas esferas administrativa, onde demonstrou total discernimento do que estava sendo acusado, tendo apresentado livremente suas provas e razões, que foram devidamente apreciadas na instância

singular e agora, em segunda instância administrativa, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Nesta linha, destacamos o seguinte trecho da ementa do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

TRF – 3. APELAÇÃO CÍVEL AC 00058572120034036105 SP.

TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. LAVRATURA POR SERVIDOR HABILITADO. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. 1. A sentença não padece de nulidade caso não aborde questões estranhas à lide. 2. O Termo de Início de Fiscalização documenta o início do procedimento, conforme art. 196 do CTN e art. 7º do Decreto 70.235/72, a inobservância dos dispositivos não constitui nulidade se disso não ocorreu prejuízo para o sujeito passivo da obrigação, conforme doutrina.

A respeito da arguição de nulidade do feito fiscal, por cerceamento de defesa, pela não apresentação das Notas Fiscais, onde a recorrente alega que inviabilizou a verificação da materialidade da infração, veremos que tais alusões não hão de prosperar.

Neste sentido, a recorrente não atentou para o fato de que a infração incorrida trata de vendas de mercadorias sem documentação fiscal, não havendo, portanto, que se falar em emissão de Nota Fiscal, onde a materialidade foi apurada através de levantamento quantitativo, consubstanciando-se pela diferença verificada entre os termos (EI + Compras) e (Saídas + EF).

Da mesma forma, não vislumbro razões para atender as pretensões da Recorrente para a realização de diligência fiscal, já que os documentos necessários para solução da lide se encontram anexados ao presente processo administrativo tributário.

Afasto, portanto, a preliminar e passo à análise do mérito.

Vendas de Mercadorias sem Documentação Fiscal

(Levantamento Quantitativo)

A denúncia trata de vendas sem emissão de documentação fiscal, apurada

através de levantamento quantitativo de mercadorias, nos exercícios de 2011 e 2012, conforme demonstrado em planilha (*fl. 07*) e mídia digital encartada (*entre fls. 08-09*), sendo imputados os arts. 158, I e 160, I 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;

Como se sabe, o levantamento quantitativo 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.

A técnica consiste em se confrontar, em cada exercício fechado, as mercadorias disponíveis para vendas (EI + C) com a soma das saídas mais o estoque final (S + EF), devendo ser satisfeita a equação $EI + C = S + EF$. As eventuais diferenças denotam irregularidade, sujeitando o contribuinte ao pagamento do imposto, na forma da legislação tributária.

No caso, foi constatado que as disponibilidades, expressadas pelas compras do contribuinte, no período considerado, mais o estoque inicial do período (EI + C), suplantaram a soma das saídas realizadas mais o estoque final (S + EF), denotando a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

No seu recurso, a recorrente aponta desconformidades no quantitativo levado a efeito no procedimento fiscal, em virtude de erro nos códigos dos produtos 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, declara que não foi considerado que muitas vezes as mercadorias são retalhadas, acarretando diferença entre as unidades utilizadas na aquisição, nem a ocorrência de perdas normais da atividade, advogando, nesses casos, a inoportunidade de fato gerador do ICMS.

Antes de tudo, há que se considerar que os dados coletados pela fiscalização decorrem de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo, através da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, que veio a substituir, por força normativa, a documentação representada em meio físico (papel).

Ademais as argumentações trazidas pela recorrente são bastante genéricas, pois não aponta, precisamente, os casos em que as quantidades dos produtos foram tomadas erroneamente.

Neste sentido, o Decreto nº 30.478/2009, que estabeleceu a obrigatoriedade da adoção da EFD neste Estado, recepcionando 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”.

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:”*

(Grifos não constantes 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).

Em tempo, ressalte-se que a julgadora singular, corretamente, afastou da exação tributária os valores referentes a produtos não destinados à comercialização, pallets e camisa térmico (fl. 77).

No tocante à penalidade, a fiscalização simplesmente aplicou o percentual de 100% (cem por cento), conforme prevê o art. 82, V, “a”, abaixo transcrito:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

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.

Quanto ao argumento da recorrente de que a penalidade é de cunho confiscatório, cabe esclarecer que foge da alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Ademais, cabe considerar a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, que graduou multa punitiva, em 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

*“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, **assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%**, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”. (g.n.).*

Dessa forma, ratifico os termos da decisão monocrática, que se procedeu em conformidade com a legislação tributária e as provas dos autos.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e o voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter integralmente a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001869/2015-01, lavrado em 19/10/2015, contra a empresa, BOMPREGO

SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.160.756-0, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 575.946,90 (quinhentos e setenta e cinco mil, novecentos e quarenta e seis reais e noventa centavos), sendo R\$ 287.973,45 (duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta e cinco centavos), de ICMS, nos termos dos arts. 158, I, e 160, I, todos do RICMS/PB, e R\$ 287.973,45 (duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de R\$ 80.645,18 (oitenta mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e dezoito centavos), sendo R\$ 40.322,59 (quarenta mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 40.322,59 (quarenta mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos), de multa por infração.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de junho de 2018..

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora