

PROCESSO n° 008599/2016-0

ACÓRDÃO N° 0125/2021

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

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

Advogado: IVO DE OLIVEIRA LIMA - OAB/PE 25.263

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

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

Relatora: CONS°. RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

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

- Deverá ser efetuado estorno do crédito fiscal, proporcional à redução, sempre que as saídas realizadas tenham base de cálculo inferior à operação de entrada.
- Afastada a multa por recidiva em razão de não constar infrações em períodos anteriores ao lançamento fiscal.

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 do relator pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00000014/2016-36, lavrado em 08/12/2016, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual n° 16.125.591-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 1.372.644,86 (um milhão trezentos e setenta e dois mil seiscentos e quarenta e quatro reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ 686.322,43 (seiscentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta e três centavos), de ICMS, nos termos dos artigo 106 e artigo 85, III, do RICMS/PB, e R\$ 686.322,43 (seiscentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta e três centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “h”, da Lei n° 6.379/96.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de março de 2021.

RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA
Conselheiro Relator



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LEONARDO DO EGITO PESSOA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO n° 008599/2016-0

RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO

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

1ª Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

2ª Recorrente: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

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

Advogado: IVO DE OLIVEIRA LIMA - OAB/PE 25.263

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

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

Relatora: CONS°. RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

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

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

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

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00000014/2016-36, lavrado em 08 de dezembro de 2016 contra a empresa, **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.**, inscrição estadual n° 16.125.591-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2008 e 31/12/2009, consta a seguinte denúncia:

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

NOTA EXPLICATIVA:

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

Foram dados como infringidos o artigo 106 e artigo 85, III, todos do RICMS-PB, sendo proposta a penalidade prevista no artigo 82, V, “h”, da Lei n° 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 1.715.806,08 (um milhão setecentos e quinze mil oitocentos e seis reais e oito centavos)**, sendo R\$ 686.322,43, de ICMS, e R\$ 686.322,43, de multa por infração, e R\$ 343.161,22, de multa por reincidência.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 19/3/2016, a Autuada apresentou reclamação, em 8/4/2016 (*fls. 24-48*).

Com informação de antecedentes fiscais, mas sem caracterizar reincidência, os autos foram conclusos, (*fl. 83*), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, fixando o crédito tributário em **R\$ 1.372.644,86 (um milhão trezentos e setenta e dois mil seiscentos e quarenta e quatro reais e oitenta e seis centavos)**, sendo R\$ 686.322,43, de ICMS, e R\$ 686.322,43, de multa por infração.

Da decisão proferida, recorreu de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013 (*fls. 85~93*).

Cientificada da decisão de primeira Instância, em 18/7/2019, no seu Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) (*fl.96*), a Autuada apresentou Recurso Voluntário, em 16/8/2019 (*fls. 97-143*).

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

- a) Em preliminar requer a nulidade do lançamento fiscal alegando: a) cerceamento de defesa em razão de o auto de infração não apresentar documentos que assegurem juízo de valor e certeza jurídica aos valores apurados; b) falta de liquidez e certeza do crédito tributário, por considerar dados genéricos de estoque inicial e final, realizar cálculos matemáticos não aplicáveis ao caso concreto, deixar de indicar os valores de aquisição, do crédito tomado e as importâncias das saídas realizadas, c) necessidade de refazimento da escrita fiscal para apuração da existência de débito tributário;
- b) No mérito, advoga que a venda de mercadoria por preço inferior ao da entrada não constitui hipótese de estorno de crédito fiscal e que a auditoria não considerou a existência de um mesmo produto com códigos diversos e o desmembramento do produto em outros códigos;
- c) Insurge-se contra a multa aplicada, taxando-a de exorbitante e confiscatória, advogando sua redução ao patamar entre 20% e 30%;
- d) Cita a impossibilidade de cobrança de juros de mora e correção monetária em patamares superiores à lei federal;
- e) Ressalta para a aplicação de interpretação mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN;
- f) Conclui, requerendo: a) o reconhecimento e a decretação da nulidade ou improcedência do lançamento 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, de ofício e voluntário contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000014/2016-36, lavrado em 8/1/2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

1. PRELIMINARES

Inicialmente, 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 artigos 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Sobre as alegações de cerceamento de defesa, verifica-se nos autos que a fiscalização acostou planilha, conforme CD ROM encartado aos autos (*fl. 15*), onde estão claramente identificados os produtos, com respectivos valores dos estoques de início e final de cada exercício considerado, as movimentações que balizaram o presente lançamento fiscal.

Acrescente-se que tais valores tiveram origem nas declarações da própria Recorrente, em especial os registros 54, 75 e 60, sendo apuradas vendas com valores inferiores ao custo de aquisição com o entorno do crédito correspondente.

Pelas razões anteriormente expostas, decido por afastar os preliminares suscitadas pela Recorrente em sua peça recursal.

Cabe, ainda, ressaltar que o julgador singular, acertadamente, não acolheu a arguição de extinção do crédito tributário pela decadência, tendo em vista que o presente auto de infração trata de refazimento de feito fiscal em consequência de nulidade de lançamento anterior, portanto, o prazo decadencial passa a ser contado da data da decisão definitiva que tornou nulo tal lançamento, conforme exegese do artigo 173, II do CTN:

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

(...)

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

Assim, considerando que o Recurso que anulou o lançamento anterior ocorreu em 29/09/2015, e a ciência do presente auto de infração se deu em 19/03/2016, não resta configurada a decadência, entendimento este respaldado também na decisão da instância prima.

2. MÉRITO

2.1 Falta de Recolhimento do Imposto Estadual

No mérito, a acusação trata de falta de recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte deixar de efetuar do estorno do crédito relativo às operações de vendas de mercadorias com base de cálculo inferior ao das entradas, em desacordo com o artigo 85, III, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

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

(...)

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

Neste sentido, a fiscalização, com base nos registros nos livros fiscais e nos equipamentos ECF, efetuou a reconstituição da conta gráfica do ICMS, nos exercícios de 2008 e 2009, abatendo os valores relativos aos créditos não estornados, conforme demonstrativos (*fls. 4-13*) e mídia digital (*fl. 15*).

Em primeira instância, o julgador singular manteve a acusação, tendo excluído o montante referente à multa por reincidência.

Analisando as peças processuais, não vislumbro reparos a fazer na referida decisão, tendo em vista que a auditoria seguiu as determinações da legislação tributária, que visa coibir a acumulação desarrazoada de créditos fiscais em consonância com o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Tal entendimento está em consonância com a decisão proferida no Recurso nº 29.366 - RJ (2009/0074529-8), de relatoria do Ministro Luiz Fux, conforme ementa abaixo:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.366 - RJ (2009/0074529-8) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE: FRISA FRIGORÍFICO RIO DOCE S/A ADVOGADO: CLAUDIA HORTA DE QUEIROZ RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROCURADOR: WALDEMAR DECCACHE E OUTRO(S) EMENTA TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. 1. O benefício fiscal da redução da base de cálculo equivale à isenção parcial, sendo devido o estorno proporcional do crédito de ICMS, nos termos do art. 155, § 2º, II, "b", da CF, por isso que referida prática tributária não viola o princípio da não-cumulatividade.

Destacamos os seguintes trechos do voto:

"o benefício fiscal da redução da base de cálculo equivale à isenção parcial, sendo devido o estorno proporcional do crédito do ICMS".

"o estorno proporcional do crédito de ICMS decorrente de operações anteriores evita, justamente, o enriquecimento ilícito do contribuinte em detrimento do erário".

"o recolhimento de alíquota inferior, quando da saída das mercadorias, e a manutenção do crédito pelo tributo pago a maior, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio".

"somente terá lugar na mesma proporção, de forma equânime com o desembolso que tiver de ser efetuado pelo contribuinte na outra fase da cadeia mercantil".

"Não havendo desembolso ou, ainda, havendo desembolso a menor, não há lugar para a manutenção de eventual crédito precedente em sua proporção primitiva",

"a aplicação restritiva do princípio da não cumulatividade em matéria de ICMS, por meio da qual a existência do crédito somente se justifica pelo pressuposto do pagamento (débito), na exata proporção do tributo recolhido na outra fase da cadeia mercantil, afigura-se escorreita".

No tocante às ponderações de que não foi considerada a existência de um mesmo produto com códigos diversos e o desmembramento do produto em outros códigos, deve-se destacar que a certeza e fidedignidade das informações assentadas nos registros fiscais são de inteira responsabilidade do contribuinte, portanto, desde que atenda às disposições regulamentares, faz prova para quem dela se aproveita.

No tocante à penalidade, a fiscalização corretamente aplicou o percentual de 100% (cem por cento), previsto no artigo 82, V, "h", abaixo transcrito:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

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

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 artigo 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.).

Por último, o julgador singular agiu acertadamente em excluir a multa por reincidência tendo em vista não constar do Termo de Antecedentes Fiscais (*fls. 16-17*) infrações anteriores aos exercícios de 2008 e 2009.

Dessa forma, ratifico os termos da decisão monocrática, que se procedeu em conformidade com a legislação tributária e as provas dos autos, decidindo por acompanhar na íntegra a decisão exarada pelo ilustre julgador.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovimento* de ambos para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000014/2016-36, lavrado em 08/12/2016, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.125.591-4, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 1.372.644,86 (um milhão trezentos e setenta e dois mil seiscentos e quarenta e quatro reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ 686.322,43 (seiscentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta e três centavos), de ICMS, nos termos dos artigos 106 e artigo 85, III, do RICMS/PB, e R\$ 686.322,43 (seiscentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta e três centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

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

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência em 22 de março de 2021.

Rodrigo de Queiroz Nóbrega
Conselheiro R