

PROCESSO Nº 0649112018-0

ACÓRDÃO Nº 0082/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: LOJAS AMERICANAS S.A.

2ª Recorrente: LOJAS AMERICANA S.A.

Advogada: Sr.ª CATHERINE VELASCO LIBERAL, inscrita na OAB/RJ sob o nº 224.675 e outros.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuantes: JURANDI ANDRÉ PEREIRA MARINHO E SANDRO ROGÉRIO DE SOUZA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA - INDEFERIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITOS AO IMPOSTO ESTADUAL. PROVAS ELIDENTES - DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. FALTA DE PROVAS - DENÚNCIA NÃO COMPROVADA - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador, mostrando-se inócuo o procedimento requerido para o deslinde da lide.

Pedido indeferido com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13.

- Indicar nos documentos fiscais mercadorias normalmente tributáveis como não tributadas (isentas e/ou substituição tributária) é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. Provas apresentadas pela recorrente confirmaram a regularidade das operações relacionadas pela auditoria, o que fez sucumbir integralmente o crédito tributário originalmente lançado.

- Não lançar, nos livros próprios, operações de saída de mercadorias tributáveis, tem repercussão direta no recolhimento do ICMS de cada período de apuração. In casu, a fiscalização não apresentou provas materiais que acobertassem a denúncia inserta na exordial, levando a improcedência da acusação

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

A C O R D A M 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 desprovimento do primeiro e pelo provimento do segundo para, reformar a decisão monocrática e julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000666/2018-32, lavrado em 30 de abril de 2018 contra a empresa LOJAS AMERICANAS S.A., inscrição estadual nº 16.206.919-7, já devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

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

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 17 de fevereiro de 2022.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 0649112018-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: LOJAS AMERICANAS S.A.

2ª Recorrente: LOJAS AMERICANA S.A.

Advogada: Catherine Velasco Liberal, inscrita na OAB/RJ sob o nº 224.675 e outros.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuantes: JURANDI ANDRÉ PEREIRA MARINHO E SANDRO ROGÉRIO DE SOUZA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA - INDEFERIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITOS AO IMPOSTO ESTADUAL. PROVAS ELIDENTES - DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. FALTA DE PROVAS - DENÚNCIA NÃO COMPROVADA - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador, mostrando-se inócuo o procedimento requerido para o deslinde da lide.

Pedido indeferido com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13.

- Indicar nos documentos fiscais mercadorias normalmente tributáveis como não tributadas (isentas e/ou substituição tributária) é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. Provas apresentadas pela recorrente confirmaram a regularidade das operações relacionadas pela auditoria, o que fez sucumbir integralmente o crédito tributário originalmente lançado.

- Não lançar, nos livros próprios, operações de saída de mercadorias tributáveis, tem repercussão direta no recolhimento do ICMS de cada período de apuração. In casu, a fiscalização não apresentou provas materiais que acobertassem a denúncia inserta na exordial, levando a improcedência da acusação

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos voluntário e de ofício interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000666/2018-32 (fls. 3-6), lavrado em 30 de abril de 2018 contra a empresa LOJAS AMERICANAS S.A, inscrição estadual nº 16.206.919-7.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0195 – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(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 não tributada(s) pelo ICMS.

Nota Explicativa: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, FACE À AUSÊNCIA DE DÉBITO(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 NÃO TRIBUTADA(S) PELO ICMS. FOI EFETUADO AUDITORIA DO ECF, E CONSTATADO QUE EMPRESA EM QUESTÃO FATUROU ITENS TRIBUTÁVEIS COM ISENTA E OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NOS EXERCÍCIOS DE 2013 A 2015.

0028 - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/ OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros Registro de Saídas e Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Nota Explicativa: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, TENDO EM VISTA O CONTRIBUINTE, CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, DEIXOU DE LANÇAR NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDAS E DE APURAÇÃO DO ICMS, OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS, CONFORME DOCUMENTAÇÃO FISCAL. CONSTATADO ATRAVÉS DO CONFRONTO DA MEMÓRIA FISCAL COM MAPA RESUMO INFORMADO NA EFD, NOS EXERCÍCIOS DE 2013 A 2015, CONFORME, PLANILHAS DEMONSTRATIVAS ANEXAS AOS EVENTOS.

Em decorrência destes fatos, os representantes fazendários, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 106 c/c os artigos 52; 54; 2º; 3º; art. 60, I, “b” e III, “d” e “l”; art. 277 c/c art. 60, I e II, todos do RICMS/PB, lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 357.751,49 (trezentos e cinquenta e sete mil, setecentos e cinquenta e um reais e quarenta e nove centavos), sendo R\$ 223.167,50 (duzentos e vinte e três mil, cento e sessenta e sete reais e cinquenta centavos) de ICMS e R\$ 134.583,99 (cento e trinta e quatro mil, quinhentos e oitenta e três reais e noventa e nove centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, inciso II, alínea “b” e inciso IV, da Lei nº 6.379/96.

Com a inicial foram acostados os documentos de fls. 7 a 92.

Cientificada da lavratura do Auto de Infração, por via postal, com Aviso de Recepção (AR) em 23/5/2018 (fls. 93), a Autuada apresenta peça reclamatória, por Advogados constituídos, protocolada em 30/5/2018, posta às fls. 95/112, com base nos seguintes fundamentos:

- a) Tempestividade da impugnação, porque interposta no prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 113, da Lei 6.379/96;
- b) Deve ser reconhecida a nulidade do auto de infração, porque não foi cumprido o prazo máximo de 60 (sessenta dias) estabelecido no art. 642, §3º do RICMS/PB para os trabalhos de fiscalização normais, e não há no auto de infração indícios de que houve a prorrogação do prazo da fiscalização de 30 (trinta) dias previsto na Portaria nº 9/2017/GSE;
- c) Da decadência do direito do Fisco em constituir o crédito tributário em relação aos meses de janeiro a abril de 2013, visto que transcorreu o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 150, §4º do CTN;
- d) Da impossibilidade de exigência de ICMS normal sobre mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme constatado nos itens trazidos aos autos nas fls. 105;
- e) Do equívoco da Fiscalização nas operações com vale-presente diante da impossibilidade de exigência de ICMS visto que vale-presente não é mercadoria, conforme planilha anexa - Doc. 4;
- f) No item 2 do Auto de Infração houve erro material, quando da transposição de valores de saída efetivamente registrados no Mapa Resumo ECF para a planilha fiscal das fls. 52, pois foi indicado o valor de R\$ 7.783,38 em vez de R\$ 768.804,28.

Ao final, requer a Impugnante a declaração de decadência de parte do crédito tributário, a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Protesta ainda a Impugnante, provar o alegado com todos os meios de prova, especialmente documental superveniente e pela realização de Diligência Fiscal.

Documentos acostados pela Defesa às fls. 112/125, incluindo mídia CD-R.

Sem informação de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (fls. 126) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que baixou os autos em diligência para que os auditores fiscais responsáveis pela autuação “*verificassem a existência do produto fralda descartável e também de vale presentes no levantamento fiscal realizado, que se confirmado, devem ser excluídos da denúncia*”.

Em resposta a Diligência Fiscal realizada, os Agentes Tributários informaram que foram excluídos do relatório de fiscalização os produtos constantes da informação fiscal, no caso fraude descartável e vale presente (fl. 134 a 136).

Retornando à instância prima, o julgador singular decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADA. DECADÊNCIA. ACOLHIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA PARCIALMENTE. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. DENÚNCIA NÃO CONFIRMADA.

1. Nulidade por vício formal rejeitada em razão da possibilidade de prorrogação dos prazos de realização da ordem de serviço normal, na forma da legislação estadual, podendo se considerar tais prazos com a natureza de prazos impróprios, bem como porque não houve cerceamento da defesa do contribuinte pela razão apresentada, dentro do princípio “pas nullité sans grief”, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se houver demonstração de efetivo prejuízo para a parte, ex vi do art. 15 da Lei 10.094/2013.

2. Acolhida a preliminar de decadência, pois o Auto de Infração se consolidou em 23/5/2018, com a ciência da autuada, logo, a infração relativa a fatos geradores ocorridos de janeiro de 2013 até o mês de abril de 2013, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, § 4º, do CTN e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013.

3. Comprovada a denúncia de falta de recolhimento do imposto estadual em face da ausência de débito do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis como sendo isenta ou sujeitas ao regime da substituição tributária. *In casu*, considerando o acolhimento das alegações da Impugnante de os levantamentos da fiscalização conter erroneamente mercadorias legalmente sujeitas à substituição tributária, bem operações de saídas de vale-presentes, cuja natureza é de pagamento antecipado, houve a sucumbência de parte do crédito tributário dessa denúncia fiscal.

4. Ao deixar de lançar nos livros registro de saídas e de apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, o contribuinte incorre na obrigação legal de recolher o imposto devido. Todavia, é necessária a demonstração inequívoca de que a diferença encontrada no confronto da Memória Fiscal com o Mapa Resumo do ECF se refere a vendas de mercadorias tributáveis, decorrente da emissão de documento fiscal não registrado na EFD, ou registrado a menor. Como não foram especificados os documentos fiscais não escriturados ou escriturados a menor, julgo pela improcedência da denúncia fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em observância ao disposto no artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de sua decisão.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima via DTE em 3 de maio de 2021 (fls. 150) e inconformada com os termos da sentença que fixou o crédito tributário em R\$ 65.368,91 (sessenta e cinco mil, trezentos e sessenta e oito reais e noventa e um centavos), a autuada, por intermédio de advogado legalmente habilitado, interpôs em 2 de junho de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 156 a 163), no qual demonstra a tempestividade do recurso apresentado, faz um breve resumo sobre a decisão recorrida, reprisa os argumentos apresentados na impugnação e acrescenta que:

1. Dentre a lista de produtos enquadrados à substituição tributária, apenas a alegação referentes as operações com fraldas foram excluídas. Acontece que, nem todas as operações com fraldas foram excluídas e as operações com as demais mercadorias relacionadas na planilha “Doc. 03” da impugnação também devem ser excluídas do levantamento fiscal, porquanto sujeitas ao regime da ST;
2. Que houve falha na decisão singular, pois não obstante tenha sido apresentada planilha contendo a indicação de diversos outros produtos enquadrados à ST, o Ilmo. Julgador monocrático não abordou o ponto, decidindo pela manutenção da exigência fiscal sob o fundamento de não ter havido uma contestação pela defesa. A título de exemplo, veja-se o caso das operações com “Cup Noodles”, um tipo de macarrão instantâneo acondicionado em um pote;
3. Em razão das falhas acima descritas, requer-se novamente a juntada da planilha elaborada pela Recorrente, denominada “Mercadorias sujeitas a ST” (Doc. 02), que traz a indicação dos produtos e das normas legais que fundamentam a sua sujeição ao referido regime de tributação, legitimando o cancelamento da exigência fiscal de ICMS consubstanciada no presente lançamento;
4. Em homenagem ao Princípio da Verdade Material, requer a realização de eventual diligência que se faça necessária ao deslinde da causa.

Diante das considerações apresentadas, a recorrente requer seja dado provimento ao presente Recurso, para que seja cancelada integralmente a exigência fiscal.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Com pedido de sustentação oral, requerido via e-mail após publicação da pauta de julgamento (fls. 188), foi emitida solicitação de parecer (fls. 171/172), com expedição do mesmo pelo assessor jurídico da Casa, doutor Sérgio Roberto Félix Lima (fls. 190/193).

Eis o relatório.

VOTO

Em exame, recursos de ofício e voluntário, interpostos nos moldes dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que considerou parcialmente procedente o auto de infração lavrado contra a empresa em epígrafe, exigindo o crédito tributário acima descrito em razão da falta de recolhimento do ICMS, em virtude de haver a autuada indicado, como sujeitas à substituição tributária e/ou isentas, operações com mercadorias tributadas integralmente pelo ICMS no período de janeiro de 2013 a janeiro de

2015 e não registrar, nos livros próprios, operações de saídas realizadas nos meses de dezembro/2013 e dezembro/2014.

Em preâmbulo, necessário declarar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/2013.

Antes de qualquer análise do mérito da questão, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, seja por vício material, seja por vício formal.

No tocante a arguição de decadência, me acosto à decisão prolatada na primeira instância que decidiu pela decadência dos créditos tributários dos meses de janeiro a abril de 2013 apenas com relação a primeira acusação, com a seguinte fundamentação:

“Dessa forma, acolhendo a alegação da defesa, declaro extinto o crédito tributário apurado referente ao lançamento de janeiro a abril de 2013, no tocante à infração de INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.”

Também nos cabe analisar o pedido de diligência requerido pela Autuada em seu recurso (fls. 162/163), cujo objetivo seria demonstrar a inexistência de irregularidades apontadas em seu desfavor.

O artigo 59 da Lei nº 10.094/13 assim dispõe:

Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.

(...)

Os questionamentos trazidos à baila pela Recorrente referem-se, unicamente à análise probatória, onde no meu sentir vejo ser desnecessária a realização de diligência requerida na parte final da peça recursal, visto que a suplicante evidencia pleno conhecimento dos fatos apurados, diante das alegações trazidas no bojo do processo acerca da infração constatada. Além disso, todos os pontos reclamados estão dispostos nos autos, sendo suficientes para a elucidação da querela fiscal sem prejuízo ao amplo direito de defesa e contraditório.

Dessa forma, existem nos autos, elementos suficientes para a formação do convencimento desta relatoria, o que torna inócuo o procedimento requerido para o deslinde da lide, motivo pelo qual, nos termos do artigo 61 da Lei nº 10.094/13¹, indefiro o pedido do contribuinte.

¹Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada. (g. n.)

Enfrentadas as questões preliminares, passamos ao mérito, donde faremos de forma individualizada por acusação.

- DO MÉRITO

Acusação 01: Indicar como Não Tributadas pelo Icms, Mercadorias Sujeitas ao Imposto Estadual

A acusação em tela refere-se à falta de recolhimento do ICMS, verificada através de auditoria realizada nos equipamentos ECF do contribuinte, no qual se constataram registros fiscais de operações com mercadorias sujeitas ao ICMS nas saídas por vendas, porém armazenadas ou lançadas com indicação de se tratarem de ISENTAS E/OU SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, o que levou a propositura da exação fiscal.

Pois bem, não precisa de maiores considerações epistemológicas a respeito do tributo para se chegar à conclusão de que, não havendo débito pelas saídas nas operações de vendas das referidas mercadorias vai, inexoravelmente, resultar em falta de recolhimento do tributo ou o recolhimento a menor. Disso não se pode extrair qualquer dúvida.

Ao agir dessa maneira, o contribuinte cometeu atos que implicam em plena divergência com vários artigos do Regulamento do ICMS em vigor no estado da Paraíba, assim como os que foram consignados no auto de infração:

Art. 2º O imposto incide sobre:

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

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

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 o Fisco.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - imposto devido, o resultante da aplicação da alíquota cabível sobre a base de cálculo de cada operação ou prestação sujeita à cobrança do imposto;

[...]

Art. 54. O valor do imposto a recolher corresponde à diferença, em cada período de apuração, entre o imposto devido sobre as operações ou prestações tributadas e o cobrado relativamente às anteriores.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

[...]

b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;

[...]

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

[...]

d) o valor total do débito do imposto;

[...]

l) o valor do imposto a recolher;

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

[...]

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

Por sua vez, a penalidade aplicada na inicial teve por fundamento o art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008, de 05.06.2013:

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

Nova redação dada ao inciso IV do art. 82 pelo inciso XI do art. 1º da Lei nº 10.008/13 - DOE de 06.06.13 – REPUBLICADA POR INCORREÇÃO NO DOE DE 08.06.13. OBS: EFEITOS A PARTIR DE 01.09.13

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:

Pois bem. Remetidos os autos em diligência pelo julgador singular, a fiscalização retirou da denúncia apenas o produto fralda descartável e os vale presentes, por entender que a impugnante apenas se defendeu quanto a estes pontos, reduzindo o crédito tributário total constituído no valor de R\$ 161.001,16 para o valor de R\$ 65.368,91.

Em seu recurso perante este órgão colegiado, compareceu a recorrente suscitando a improcedência da infração, arguindo que ainda se perduravam diversas incongruências na planilha apresentada nos autos pela fiscalização, mesmo após a diligência realizada, porquanto terem sido mantidas na denúncia mercadorias que efetivamente se sujeitam ao regime da substituição tributária, tudo devidamente demonstrado na planilha elaborada pela Recorrente, denominada “Mercadorias sujeitas a ST” (Doc. 02), que traz a indicação dos produtos e das normas legais que fundamentam a sua sujeição ao referido

regime de tributação, legitimando o cancelamento da exigência fiscal de ICMS consubstanciada no presente lançamento.

Pois bem, diante dos fatos narrados e após a devida análise da prova material aportada na mídia digital (PENDRIVE – fls. 169), mais especificamente no arquivo denominado “Mercadorias sujeitas a ST”, esta relatoria identificou elementos materiais que atestam as razões alegadas pela recorrente, visto ser cristalina que as operações comerciais registradas na Memória Fiscal dos ECF como F1 se tratam de mercadorias sujeitas ao regime de SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Nesse sentido, verifico a existência de equívoco na análise da auditoria fiscal, situação que desqualifica a tese acusatória apurada pela fiscalização, diante da identificação robusta, detalhada e suficientemente clara de todas as operações fiscais nos registros efetuados no ECF na função F1 em todos os períodos auditados, situação que se reveste em prova material convincente nos mais de 3.000 registros analisados na mídia digital, onde trago, em forma sintética, a fim de demonstrar que todos os produtos estão sujeitos a sistemática da substituição tributária.

<u>Produtos</u>	<u>Anexo 05 do RICMS/PB</u>	<u>Item do Anexo 05</u>
Fraldas descartáveis	Sim	15
Salgadinhos derivados de farinha de trigo (baconzitos, pingo de ouro, stiksy e outros)	Sim	08
Macarrão instantâneo (cup noodles e outros)	Sim	07
Biscoitos e derivados de fartinha de trigo (barra de cereais, waffles, chocolates c/ biscoito, pão de mel e outros)	Sim	07
Ataduras e Curativos (bandaid, esparadrapo e outros)	Sim	15
Mamadeira, escova de dente, creme dental, fio dental	Sim	15
Isotônicos (gatorade e outros)	Sim	05
Sidra	Sim	29
Travesseiros	Sim - Dec. 34709/13	Anexo único
Banheiras, espelhos de vidro, excluídos os de uso automotivo	Sim - Dec. 33808/13	Anexo único
Duchas, tomada, plugue e outros conectores	Sim - Dec. 33809/13	Anexo único
Discos, CD, DVD, Fita Magnética (para reprodução de som, imagem e jogos eletrônicos)	Sim	06
Aparelhos de barbear	Sim	10
Hidratantes corporais	Sim	09

Neste norte, verifica-se a inconsistência da denúncia diante da verdade material estampada nos registros acima, onde o erro quanto ao procedimento de fiscalização, por si só, já é motivo suficiente e necessário para improceder à acusação.

Assim, com a devida vênia, discordo da decisão de primeira instância no tocante a presente acusação, entendendo pela improcedência da mesma.

Acusação 02: Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas de Mercadorias e/ou as Prestações de Serviços Realizadas

A fiscalização entendeu, conforme esclarecido em Nota Explicativa, tratar-se de imposto não recolhido, por falta de escrituração de suas operações de saídas, o que repercutiria na apuração correta do ICMS devido, fundamentando a acusação com fulcro no art. 60, I e III c/c art. 277 e ainda art. 106, todos do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

Art. 277. O Registro de Saídas, modelo 2 ou 2-A, Anexos 28 e 29, destina-se à escrituração do movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, e de prestações de serviços de transporte e de comunicação.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;
- b) o valor de outros débitos;
- c) o valor dos estornos de créditos;
- d) o valor total do débito do imposto;
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos;
- h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;
- l) o valor do imposto a recolher;
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

A primeira instância entendeu pela improcedência da acusação em tela, sob o fundamento de que não foram especificados os documentos fiscais não escriturados ou escriturados a menor, sendo assim, não há elementos suficientes para demonstrar a ocorrência do fato gerador.

Pois bem. O caso que ora se nos apresenta para julgamento não carece de maiores delongas.

A instrução de um auto de infração é uma das partes mais importantes do processo administrativo tributário, senão a mais importante, pois é o “ponta pé” inicial do procedimento administrativo, é a constituição do crédito tributário, momento oportuno para detalhar, especificar e provar as infrações imputadas ao sujeito passivo, em não sendo possível subsumir as provas, os fatos alegados e a norma regulamentadora, incorremos na incerteza e iliquidez do crédito tributário, devendo este, ser sempre certo e cristalino, não podendo restar nenhuma dúvida sobre sua validade.

Assim, não havendo identificação dos documentos fiscais de saídas de mercadorias que não foram escriturados, não há como manter a acusação pela incerteza e iliquidez do crédito tributário denunciado, de forma que acompanho a decisão *a quo* pela improcedência da acusação.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do primeiro e pelo provimento do segundo para, reformar a decisão monocrática e julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000666/2018-32, lavrado em 30 de abril de 2018 contra a empresa LOJAS AMERICANAS S.A., inscrição estadual nº 16.206.919-7, já devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 17 de fevereiro de 2022.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator