

PROCESSO Nº 1677132017-0

ACÓRDÃO Nº 0320/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP

Recorrida: SÃO JOSÉ COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA ME

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

Autuante: JOSE FRANCISCO DE BRITO

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Indicar nos documentos fiscais como não tributadas e/ou isentas mercadorias tributáveis é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. "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 da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo *desprovidimento* para manter a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002545/2017-44, lavrado em 23/10/2017, contra a empresa SÃO JOSE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.133.082-7, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

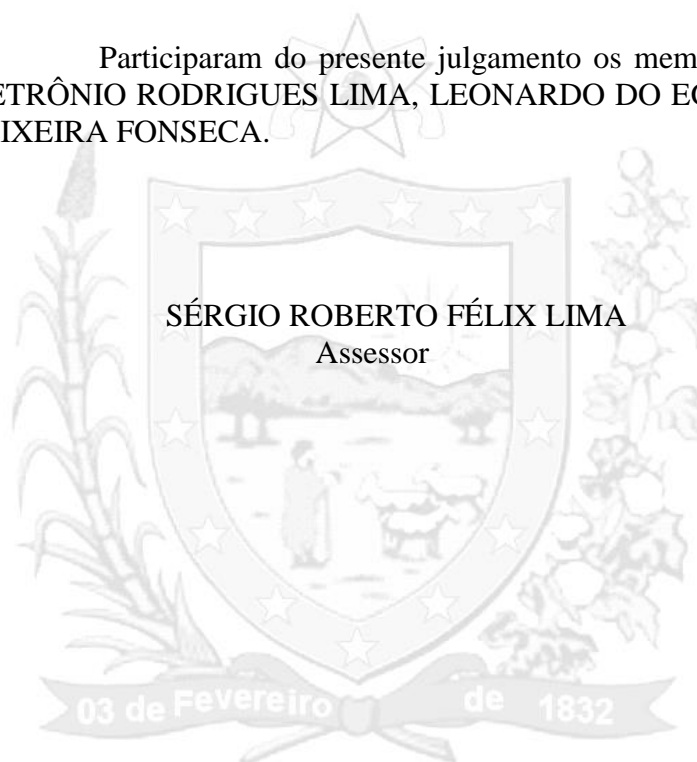
P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 20 de junho de 2022.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, LEONARDO DO EGITO PESSOA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.



PROCESSO Nº 1677132017-0
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Recorrida: SÃO JOSÉ COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA ME
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA.
Autuante: JOSE FRANCISCO DE BRITO
Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Indicar nos documentos fiscais como não tributadas e/ou isentas mercadorias tributáveis é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. "In casu", a fiscalização não apresentou provas materiais que acobertassem a denúncia inserta na exordial, levando a improcedência da acusação.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso de ofício*, interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002545/2017-44, lavrado em 23 de outubro de 2017, em desfavor da empresa, SÃO JOSE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA ME, inscrição estadual nº 16.133.082-7, no qual consta a seguinte acusação, *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 tributadas pelo ICMS.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 89.064,86 (oitenta e nove mil, sessenta e quatro reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ 50.894,19 (cinquenta mil, oitocentos e noventa e quatro reais e dezenove centavos), de ICMS, por infringência ao art. 106, arts. 52, 54, art. 2º, art. 3º,

art. 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS/PB, e R\$ 38.170,67 (trinta e oito mil, cento e setenta reais e sessenta e sete centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Documentos probatórios e planilhas fiscais instruem o processo às fls. 9-12.

Devidamente cientificada de forma pessoal em 21/02/2018, de forma pessoal, a autuada apresentou impugnação tempestiva, protocolada em 08/03/2018, contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 20/25), em que apresenta os seguintes argumentos:

- i) Que a fiscalização não anexou aos autos nenhuma prova material da infração, ou seja, a especificação de cada Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, que gerou a falta denunciada, a identificação de cada Cupom Fiscal emitido, emitido, bem como as mercadorias tributáveis com seus respectivos valores;
- ii) Só foram anexadas planilhas denominadas de “Mercadorias Normais Lançadas como Isentas/Substituição”, fazendo referência apenas aos períodos fiscalizados, a base de cálculo do ICMS, valores e multas devidas, sendo insuficientes para demonstrar de forma clara e concreta o fato dado como infringente, ocasionando a reclamante cerceamento ao direito de defesa e do contraditório, assegurados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal;

Por fim, requer seja o auto de infração julgado improcedente, sendo considerados todos os argumentos e provas acostadas ao processo.

Foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, e distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela *improcedência* do Auto de Infração em tela, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, conforme ementa abaixo transcrita:

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA ORIGEM DOS LANÇAMENTOS. ILIQUIDEZ E INCERTEZA. DENÚNCIA NÃO COMPROVADA.

- Restou comprovada a falta de liquidez e certeza do crédito tributário calculado na acusação de que 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. O fato infringente descrito careceu de prova material, fato evidenciado na incapacidade de análise dos procedimentos fiscais elaborados, tendo em vista a falta de especificação ou de identificação das operações fiscais e a origem dos dados apurados, sucumbindo, assim, o lançamento realizado.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância singular por DTe, com ciência em 02/02/2021, fl. 46, a autuada não mais se manifestou nos autos.

Em ato contínuo, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Eis o Relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de ofício contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002545/2017-44, lavrado em 23/10/2017, contra a empresa SÃO JOSE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA ME, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Quanto à questão meritória, em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar a motivação da sentença recorrida, proferida pela instância *a quo*, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões de decidir desta Corte Administrativa acerca do recurso de ofício.

Razões Meritórias

ACUSAÇÃO: INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.

A acusação em tela foi inerente aos períodos de junho de 2013 a fevereiro de 2016, conforme a peça acusatória, com fundamentos nos seguintes dispositivos normativos do RICMS/PB, além do seu art. 106:

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;

II - imposto anteriormente cobrado, a importância calculada nos termos do inciso anterior e destacada em documento fiscal hábil;

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:

a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;

b) o valor de outros débitos;

Como medida punitiva para a conduta infracional identificada, foi aplicada a penalidade insculpida no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96:

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;

Em primeira instância, acatando os argumentos postos na Reclamação, o julgador monocrático julgou improcedente esta acusação, tendo em vista que o procedimento fiscal não se encontra lastreado em documentos e/ou cupons fiscais vinculados e identificados, não havendo pilar de sustentação de prova material convincente, dada a falta de provas materiais.

Pois bem. 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.

De fato, como bem observado pela instância monocrática, a acusação em comento não possui qualquer lastro probatório capaz de lhe conferir liquidez e certeza quando ao crédito tributário inicialmente apurado.

Assim, entendo não haver dúvidas quanto à existência de um erro insanável por parte da fiscalização, ao instruir o processo quanto à demonstração das provas imprescindíveis para a constituição do crédito tributário, de forma que acompanho a decisão *a quo* pela improcedência da acusação.

Casos similares já foram objetos de decisão por esta Corte, na mesma linha de entendimento, a exemplo dos Acórdãos nº 490/2020 e nº 083/2022, respectivamente. Vejamos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - **INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - FALTA DE PROVAS - ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL - IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.**

- A descrição da infração que se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa enseja reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.

- **Acusação que não produz instrução probatória suficiente acarreta a improcedência da acusação, por falta de certeza e liquidez do crédito tributário, impossibilitando a defesa do contribuinte na determinação da matéria tributável.** (g.n.)

ACÓRDÃO 490/2020

Relator (voto vista - vencedor): CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (ESTOQUE - DECRETO Nº34.709/2013). IRREGULARIDADE CONSTATADA. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. EQUÍVOCO NO PROCEDIMENTO FISCAL PARA APURAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE VÍCIO MATERIAL. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DAS INDICAÇÕES DOS DOCUMENTOS FISCAIS DENUNCIADOS. INCERTEZA E ILIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO. PRODUTOS INCLUÍDOS NO

ANEXO 13 DO RICMS/PB. DIREITO AO BENEFÍCIO FISCAL. INFRAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. REFORMADA DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O comando insculpido no artigo 8º do Decreto nº 34.709/13 impõe aos contribuintes do ICMS do Estado da Paraíba o dever de apurar e recolher o imposto sobre o estoque de produtos relacionados no Anexo Único do referido normativo.

- Padece de nulidade por vício material o lançamento realizado com base em procedimento fiscal que apresenta incorreção quanto aos critérios e conceitos jurídicos. “In casu”, restou caracterizado que o cálculo da proporcionalidade do montante de crédito tributário a ser estornado foi realizado equivocadamente.

- Indicar nos documentos fiscais como não tributadas e/ou isentas mercadorias tributáveis é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. Suas identificações por meio das numerações dos documentos fiscais denunciados são elementos essenciais para materializar o ilícito tributário e garantir ao contribuinte o direito à ampla defesa e ao contraditório. “In casu”, a ausência de tais elementos fez sucumbir a acusação, diante da iliquidez e incerteza do crédito o crédito tributário inicialmente lançado. (Grifei)

- A falta de recolhimento do ICMS em virtude de redução indevida de base de cálculo se evidencia improcedente quando comprovado que os itens denunciados pela auditoria estão, de fato, enquadrados no Anexo 13 do RICMS/PB, que dá direito ao aludido benefício fiscal.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* para manter a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002545/2017-44, lavrado em 23/10/2017, contra a empresa SÃO JOSE COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.133.082-7, devidamente qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 20 de junho de 2022.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira relatora