



PROCESSO Nº 1317302019-7

ACÓRDÃO Nº 284/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARCELO CRUZ DE LIRA E MÔNICA GONÇALVES SOUZA MIGUEL

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

CREDITO INDEVIDO - ATIVO IMOBILIZADO E ENERGIA ELÉTRICA - INDICAR COMO NÃO TRIBUTÁVEIS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - SENTENÇA MONOCRÁTICA OMISSA EM PARTE - VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO - NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO PREJUDICADO.

- A anulação de decisão de primeira instância que foi omissa quanto aos fundamentos de fato e de direito é medida que se impõe, em observância ao princípio da autotutela dos atos administrativos, como forma de garantir o duplo grau administrativo e, conseqüentemente, restabelecer o devido processo legal, princípio basilar do estado democrático de direito.

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, restando prejudicada a análise do mérito, uma vez que, em observância ao princípio do devido processo legal, julgo nula a decisão monocrática que decidiu pela parcial procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002699/2019-06, (fls. 03-08), lavrado em desfavor da empresa **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.**

Registro que, nos termos do art. 156, I do CTN, os lançamentos quitados devem ser considerados extintos, ou seja, encerram a necessidade de avaliação pela instância administrativa.



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

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de junho de 2023.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1317302019-7

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARCELO CRUZ DE LIRA E MÔNICA GONÇALVES SOUZA MIGUEL

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

CREDITO INDEVIDO - ATIVO IMOBILIZADO E ENERGIA ELÉTRICA - INDICAR COMO NÃO TRIBUTÁVEIS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - SENTENÇA MONOCRÁTICA OMISSA EM PARTE - VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO - NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO PREJUDICADO.

- A anulação de decisão de primeira instância que foi omissa quanto aos fundamentos de fato e de direito é medida que se impõe, em observância ao princípio da autotutela dos atos administrativos, como forma de garantir o duplo grau administrativo e, conseqüentemente, restabelecer o devido processo legal, princípio basilar do estado democrático de direito.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso de ofício interposto contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002699/2019-06, (fls. 03-08), lavrado em desfavor da empresa **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA**, inscrição estadual nº 16.058.987-8, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO - CIAP) >> O contribuinte reduziu o recolhimento do ICMS por ter aproveitado crédito fiscal, concernente à aquisição de ativo immobilizado, sem observância das formalidades impostas pela legislação.

Nota Explicativa: Tal irregularidade foi constatada pelo fato de o contribuinte em total desacordo com o art 78, do RICMS /PB, aprov pelo Dec nº 18.930/97, ter aproveitado indevidamente créditos fiscais de ICMS oriundos do Ativo Immobilizado - sem a apresentação informações no Bloco G da EFD. Tudo solidado em demonstrativo em anexo aos autos.



CRÉDITO INDEVIDO (ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTABELECIMENTO) >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual ao utilizar indevidamente crédito do ICMS, destacado em documento fiscal, relativo à entrada de energia elétrica consumida pelo estabelecimento, em hipótese não prevista na legislação fiscal.

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.>> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito do ICMS nos livros próprios, em virtude de ter indicado nos documentos fiscais operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços, como sendo não tributadas pelo ICMS.

Nota Explicativa: Tal irregularidade foi constatada pelo fato de o contribuinte em total desacordo com a legislação fiscal pertinente, deixou de se debitar do ICMS nas vendas de produtos tributáveis declarados como isentos ou não tributados.

Em decorrência destes fatos, o agente fazendário lançou de ofício crédito tributário total de **R\$ 2.422.655,93** (dois milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e noventa e três centavos), sendo **R\$ 1.157.749,34** (um milhão, cento e cinquenta e sete mil, setecentos e quarenta e nove reais e trinta e quatro centavos) de ICMS, indicados como transgredidos o art. 106, c/c com os art. 52, 54, e § 2º, 3º, e 60, I, “b”, e III, “d” e “l”; 78; 72, §1º, II, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 18.930/97, **R\$ 943.435,12** (novecentos e quarenta e três mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e doze centavos) de multa por infração, com fulcro no art. 82, IV e V, “h”, da Lei nº 6.379/96, e adicionado **R\$ 321.471,47** (trezentos e vinte e um mil, quatrocentos e setenta e um reais e quarenta e sete centavos) de multa recidiva no percentual de 50 % (cinquenta por cento), com fulcro no art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Após cientificada por via postal, em 10 de setembro de 2019, o sujeito passivo apresentou, tempestivamente, peça reclamatória em 9 de outubro de 2019 (fls. 29 a 67), por meio da qual, em síntese, afirma que:

- a) Preliminarmente, destaca a tempestividade da impugnação apresentada e pugna pela nulidade do lançamento fiscal por ausência dos elementos essenciais e necessários a sua validade, tais como: não apresentação da ordem de serviço, bem como sua prorrogação e notificação do prazo para conclusão da fiscalização, o que, na sua percepção, caracterizam ofensa ao contido no art. 196, parágrafo único, do Código Tributário Nacional - CTN, como também ao art. 642, § 3º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e art. 11 da Lei nº 10.094/96.
- b) Pugna pela extinção parcial do crédito tributário, com base no artigo 150, § 4º, do CTN, posto observada a decadência dos períodos de janeiro a agosto de 2014.
- c) No mérito, postula a improcedência da infração que trata do crédito indevido pela utilização da energia elétrica para conservação e industrialização de produtos objeto de comercialização, dos



equipamentos empregados na padaria e na seção de frios, que são elementos essenciais e indispensável ao desenvolvimento da atividade, posto, que neste contexto, a energia elétrica é considerada como insumo e, portanto, gera crédito de ICMS.

- d) Alude que que negar à autuada o direito ao creditamento do ICMS pertinente à energia elétrica consumida no processo de industrialização, além de ferir a legislação estadual, afronta o princípio da não-cumulatividade previsto na Carta Magna e disciplinado por meio da Lei Complementar nº 87/96.
- e) Quanto a denúncia de indicar como isentas/não tributadas mercadorias sujeitas ao imposto estadual, afirma que se tratam de produtos efetivamente isentos ou sujeitos à substituição tributária, e traz exemplos de alguns produtos inseridos no rol dos tributáveis (ducha stilo 5400W branco 220V, derivados de trigo como Bis, Kit Kat, Twix, Pingo de Ouro, Ouro Branco, URO, BACONZITO etc), pescados em geral e farinha de mandioca.
- f) Aduz que a multa proposta apresenta caráter confiscatório.
- g) Acrescenta, ainda, que a multa recidiva não pode ser aplicada pela ausência de prova da prática de reincidência pela autuada e que neste cenário, deve ser aplicado o art. 112 do CTN, que assegura que, em casos de dúvida, seja aplicada norma tributária mais benéfica.

Ato contínuo, os autos foram conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, oportunidade na qual foram distribuídos à julgadora fiscal Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA ACATADA. DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS. CIAP. ENERGIA ELÉTRICA. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. EXCLUSÃO DE PRODUTOS. CONFIRMAÇÃO PARCIAL DAS IRREGULARIDADES. MULTA RECIDIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO NA ÍNTEGRA NOS PERÍODOS ANTERIORES À CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. QUITAÇÃO PARCIAL. EXTINÇÃO.

Configurada a decadência de parte dos créditos tributários lançados, em observância ao disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Descabe o pedido de diligência ou perícia quando presentes nos autos todos os elementos necessários para que a autoridade julgadora forme sua convicção.

Reconhecimento da autuada da prática das infrações de indicar mercadorias tributáveis como isentas/não tributáveis e de falta de recolhimento, no que se refere à utilização indevida de crédito tributário do CIAP, pela quitação parcial do crédito tributário exigido na inicial, conforme reza o artigo 156 do CTN.



Indicar nos documentos fiscais como isentas ou não tributadas mercadorias normalmente sujeitas ao imposto estadual é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. Exclusão das mercadorias que são objeto de substituição tributária ou isentas. Considerando a inexistência de antecedentes fiscais, para os períodos denunciados, a multa por reincidência deveria ser excluída na íntegra, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96, todavia a autuada quitou parte dos valores referentes à recidiva, acarretando extinção da parte quitada.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE.

Em observância ao disposto no artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora fiscal recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

Após tomar ciência da decisão singular por meio de DT-e, em 05/02/2020, o sujeito passivo não mais se manifestou nos autos, tendo quitado a parte declarada procedente pela instância prima.

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

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa **BOMPREGO SUPERMERCADO DO NORDESTE LTDA**, inscrição estadual nº 16.058.987-8, por meio do qual o auditor fiscal denunciou o sujeito passivo por: crédito indevido (Ativo Imobilizado - CIAP), crédito indevido (entrada de energia elétrica no estabelecimento) e indicar como não tributadas pelo ICMS, operações c/ mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual.

Inicialmente, convém registrar que o contribuinte efetuou o pagamento do crédito tributário considerado procedente pela instância prima, conforme consulta realizada no Sistema Administração Tributária e Financeira - ATF da Secretaria de Estado da Fazenda.

Desta feita, nos termos do art. 156, I do CTN, os lançamentos quitados devem ser considerados extintos, ou seja, encerram a necessidade de avaliação pela instância administrativa.

Como consequência, fica a análise do caso restrita ao Recurso de Ofício, que produz o efeito devolutivo em relação a parte declarada contrária à fazenda pública, que, no caso, abrange o reconhecimento da decadência relativa aos períodos de janeiro a agosto de 2014, ajustes na base de cálculo da acusação indicar como não tributadas operações sujeitas ao ICMS, bem como ajustes realizados em relação à aplicação da reincidência, senão veja-se:

DECADÊNCIA

(...)

No caso específico dos autos, ocorre que, nas infrações em análise, o contribuinte deixou de recolher ICMS por ter utilizado indevidamente crédito



fiscal e por ter informado como isentas ou não tributáveis operações com mercadorias sujeitas ao ICMS.

Indubitável é, portanto, tratar-se de lançamento por homologação, em que houve a entrega das devidas declarações de informações fiscais, sem omissão nestas dos documentos fiscais, e, por esta razão, aplicar-se-á o prazo do art. 150, § 4º, do CTN, contando, para efeito de decadência, 05 anos a partir da data de ocorrência dos fatos geradores.

Desta forma, decaídos estariam os lançamentos referentes aos períodos arguidos pela defesa, não sendo possível aplicar a regra da decadência do art. 173, I, do CTN, pelo que afasto o crédito tributário concernente aos períodos de janeiro a agosto de 2014, no que concerne a ambas as infrações.

(...)

INDICAR COMO ISENTAS/NÃO TRIBUTADAS DO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL

(...)

Compareceu a impugnante aos autos arguindo a existência de incongruências nas planilhas apresentadas pela fiscalização, porquanto terem sido incluídas na denúncia mercadorias que efetivamente se sujeitam ao regime da substituição tributária ou são isentas do imposto, identificando os seguintes produtos: da ducha stilo 5400W branco 220V, dos derivados de trigo (BIS, KIT KAT, OURO BRANCO, TWIX, PINGO DE OURO, BACONZITO, entre outros), farinha de mandioca e pescados em geral.

Analisando-se minuciosamente as planilhas, referentes à denúncia, verificamos a veracidade de parte da alegação da autuada, o que nos levou a retificá-las. Assim, devem ser abatidos da exigência fiscal os valores, conforme planilha abaixo:



ECF	ICMS
IB030800000008230455	67,49
IB030800000008232733	2.356,41
IB030800000008232739	31.624,76
IB030800000008233330	1.201,39
IB030800000008233387	11.624,94
IB030800000008237007	48.698,88
IB030800000008237013	9,01
IB030800000008237123	7.797,56
IB030800000008237608	42.820,62
IB030800000008237754	199.153,95
IB030800000008238789	32.728,88
IB030800000008238794	72.929,66
IB030800000008238954	15.107,05
IB030800000008242533	29.896,07
IB030800000008242541	67.518,22
IB030800000008242545	33.253,53
IB030800000008242546	40.581,84
IB031400000008274636	52.021,37
IB031400000008274767	46.066,55
IB031400000008276057	10.314,25
IB031400000008276146	17,01
IB031400000008276949	8.795,60
IB031400000008276950	5,61
IB031400000008276951	22.049,69
KN4	10.406,21
TOTAIS	787.046,60

(...)

Friso que, no caso do peixe, a legislação vigente até 31/12/2015 concedia isenção com prazo determinado aos pescados em geral nas saídas internas, excetuando apenas crustáceo, molusco, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã; operações que destinem pescado à industrialização; e pescado enlatado ou cozido, conforme art. 6º do RICMS/PB.

Com efeitos a partir de 1/1/2016, foi revogado o inciso I do caput do art. 6º pelo inciso I do art. 4º do Decreto nº 36.187/15 e acrescido o inciso LXXXVII ao caput do art. 5º pelo inciso I do art. 3º do referido decreto, pelo que se excluiu o benefício fiscal dos filés de peixe. (...)

Quanto aos salgadinhos, é necessário que a impugnante demonstre que sejam produzidos à base de farinha trigo. No presente caso, afastamos a acusação sobre aqueles em que a defesa comprovou a utilização da farinha na composição do produto.

Quanto às demais mercadorias, comprovada está a lisura do feito fiscal, pela demonstração da ocorrência de operações fiscais sujeitas à tributação normal do ICMS, porém registradas no equipamento ECF como isentas ou não tributadas pelo imposto, materializando a exigência posta na peça exordial, não havendo dúvida quanto à veracidade do levantamento fiscal em exame.

Convém ressaltar mais uma vez que as planilhas acostadas a este processo, juntamente com os registros fiscais apresentados nas declarações realizadas pelo próprio contribuinte, revelam a tipificação da ilicitude fiscal, materializada no auto de infração de estabelecimento, afastando toda e qualquer dúvida e, desta feita, não há que se falar em aplicação do in dubio pro reo, conforme suscita a impugnante.

DA MULTA RECIDIVA



(...)

A base legal para inserção desta penalidade está claramente definida no artigo 87 da Lei nº 6.379/96, sendo este o único artigo desta lei a fixar os percentuais aplicáveis.

A infração anterior ao mesmo dispositivo legal que fundamentou a inclusão da multa recidiva também está claramente identificável no Termo de Antecedentes Fiscais, às fls. 208/209, inclusive com o respectivo enquadramento legal.

Diante destes fatos, tem-se, portanto, afastada a possibilidade de anulação do auto de infração por violação ao Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, do qual derivam os seus consectários lógicos: Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Pois bem. Verifica-se, no caso em tela, que a fiscalização aplicou ao contribuinte multa recidiva para todos os períodos denunciados no que tange à infração de indicar como isentas/não tributadas pelo ICMS, operações c/mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual, contudo não há que se falar em reincidência pela prática de infração à mesma disposição legal antes de junho de 2017, haja vista a ocorrência constante do Termo de Antecedentes Fiscais, às fls. 208/209, ter como data de pagamento 31 de maio de 2017 (processo nº 0548642017-0).

Por consequência, os valores concernentes à reincidência, para os períodos, deveriam ser excluídos na íntegra da denúncia, entretanto a autuada quitou-os parcialmente, acarretando sua extinção quanto à parte quitada, conforme reza o artigo 156 do CTN.

Pois bem, não obstante o efeito devolutivo tratar, também, de matéria preliminar (decadência), verifica-se que a decisão singular, ao abordar o mérito da acusação 0195 - Indicar Como Isentas/Não Tributadas Do Icms Operações Com Mercadorias Ou Prestações De Serviços Sujeitas Ao Imposto Estadual, apresentou a sua conclusão de forma incompleta, inviabilizando a análise do Recurso de Ofício.

Tal incompletude está caracterizada a partir da afirmação segundo a qual foi verificada “a veracidade de parte da alegação da autuada”, fato que motivou a realização de ajustes no crédito tributário, sem a especificação de quais argumentos foram aceitos e em quais períodos, tendo sido apresentada planilha que indica valor global de ajuste por ECF.

Dessa forma, o procedimento adotado pela instância prima inviabiliza a análise do recurso de ofício, uma vez que contrariou o disposto no artigo 75, II, da Lei nº 10.094/13:

Art. 75. A decisão de primeira instância conterá:

(...)

II - os fundamentos de fato e de direito;

(...)

IV - a quantia devida, as penalidades impostas e os tributos exigíveis, quando for o caso;



Assim, esta omissão comprometeu o princípio do duplo grau administrativo.

Em situações dessa natureza, a aplicação do princípio da autotutela dos atos administrativos é medida que se impõe, de forma a suprir a omissão identificada na sentença recorrida e restabelecer, nos termos do que disciplina a Lei nº 10.094/13, o devido processo legal, princípio basilar do estado democrático de direito.

Em razão dos fatos relatados, cabe-nos declarar a nulidade da decisão singular e determinar a remessa dos autos à instância prima para que novo julgamento seja realizado.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, restando prejudicada a análise do mérito, uma vez que, em observância ao princípio do devido processo legal, julgo nula a decisão monocrática que decidiu pela parcial procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002699/2019-06, (fls. 03-08), lavrado em desfavor da empresa **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.**

Registro que, nos termos do art. 156, I do CTN, os lançamentos quitados devem ser considerados extintos, ou seja, encerram a necessidade de avaliação pela instância administrativa.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 27 de junho de 2023.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator