



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

PROCESSO Nº 0652332016-2

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MERCADINHO MENOR PREÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SER DA GERÊNCIA REGIONAL DA 3ª REGIÃO

Autuante(s): ELIMAR CABRAL DE CARVALHO

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITOS AO IMPOSTO ESTADUAL – DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE – REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Incorre em descumprimento de obrigação tributária principal o contribuinte que indica, como isentas ou não tributadas pelo ICMS, operações de vendas de produtos sujeitos ao imposto estadual, vez que este fato reduz o montante do tributo efetivamente devido, repercutindo no total a recolher em favor do Estado. In casu, as provas apresentadas pela recorrente confirmaram a regularidade de algumas das operações relacionadas pela auditoria, o que fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado.

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 do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a decisão monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000494/2016-35, lavrado em 25 de abril de 2016 contra a empresa MERCADINHO MENOR PREÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., inscrição estadual nº 16.109.494-5, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 291.231,96 (duzentos e noventa e um mil, duzentos e trinta e um reais e noventa e seis centavos), sendo R\$ 166.418,26 (cento e sessenta e seis mil, quatrocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos) de ICMS e R\$ 124.813,70 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e treze reais e setenta centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96, por haver o contribuinte infringido o artigo 106 c/c os artigos 52; 54; 2º; 3º; art. 60, I, “b” e III, “d” e “l”, todos do RICMS/PB.

Ao tempo que cancela, por indevido, o montante de R\$ 4.939,81 (quatro mil, novecentos e trinta e

nove reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 2.822,74 (dois mil, oitocentos e vinte e dois reais e setenta e quatro reais) de ICMS e R\$ 2.117,07 (dois mil, cento e dezessete reais e sete centavos) de multa.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 09 de maio de 2019.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário interposto contra a decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000494/2016-35 (fls. 3 a 5), lavrado em 25 de abril de 2016 contra a empresa MERCADINHO MENOR PREÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA..

Na peça acusatória, 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 tributada(s) pelo ICMS.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, FACE A AUSÊNCIA DE DÉBITOS DO IMPOSTO EM LIVROS PRÓPRIOS, EM VIRTUDE DO CONTRIBUINTE TER INDICADO NOS ITENS VENDIDOS DO ECF: DR0611BR000000273159 (FONTE – ITENS DO PERFIL B, ARQUIVO SPED FISCAL), OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS PELO ICMS COMO SUJEITAS A SUBSTITUTAS [S/C] TRIBUTÁRIAS E NÃO TRIBUTÁVEIS, CONFORME PLANILHA E ARQUIVOS EM ANEXO, EM CD.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, 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”, todos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 296.171,77 (duzentos e noventa e seis mil, cento e setenta e um reais e setenta e sete centavos), sendo R\$ 169.241,00 (cento e sessenta e nove mil, duzentos e quarenta e um reais) de ICMS e R\$ 126.930,77 (cento e vinte e seis mil, novecentos e trinta reais e setenta e sete centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Além da peça acusatória, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00004911/2015-98, anexou aos autos os seguintes documentos:

- a) Ordem de Serviço (fls. 6 e 7);
- b) Termo de Antecedentes Fiscais (fls. 8);
- c) Planilha resumo do crédito tributário apurado por período (fls. 9);
- d) Mídia digital – CD, contendo os arquivos magnéticos com os dados referentes à memória fiscal (MF) e memória fita detalhe (MFD) em arquivos binários e .txt do equipamento emissor de cupons fiscais – ECF DR0611BR000000273159 (fls. 10).

Depois de cientificada por via postal em 13 de maio de 2016, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR nº JO 42287873 7 BR (fls. 11), a autuada apresentou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 12 a 26), protocolada em 13 de junho de 2016, por meio da qual afirma, em síntese, que o levantamento fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração possui diversas inconsistências, a exemplo de produtos: *i*) não comercializados pela empresa (bicicletas e isopor) e *ii*) de limpeza e higiene calculados em kg com unidades “quebradas”.

Com fulcro nos argumentos apresentados pela defesa, a impugnante requereu a anulação do Auto de Infração nº 93300008.09.00000494/2016-35.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 27), foram os autos conclusos (fls. 28) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

O não oferecimento à tributação do valor integral das operações de saídas de mercadorias tributadas, mediante a prática de escriturá-las e oferecê-las à tributação em desconformidade como registradas nos respectivos ECFs utilizados no estabelecimento, constitui infração fiscal. Correta a imposição tributária para exigir imposto e multa.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 16 de março de 2018 (fls. 40) e inconformada com os termos da sentença, a atuada interpôs, em 13 de abril de 2018, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 45 a 56), advogando que:

- a) O julgador singular fora induzido a erro pelas informações irreais trazidas aos autos pelo agente fazendário, desconsiderando a real situação da empresa;
- b) Na relação apresentada pela fiscalização, constam diversos produtos isentos ou sujeitos à substituição tributária, tendo sido corretamente classificados pela recorrente. Tal situação implica a cobrança indevida de R\$ 2.714,50 (dois mil, setecentos e catorze reais e cinquenta centavos) de ICMS e R\$ 2.035,87 (dois mil, trinta e cinco reais e oitenta e sete centavos) de multa;
- c) A autuação referente ao produto “Vale gás” se refere ao GLP – botijão de 13 kg, o qual é vendido pela recorrente e entregue pela revendedora Gás do Brasil Ltda., sendo esta mercadoria classificada como submetida ao regime de substituição tributária;
- d) A autoridade fiscal possuía todas as condições de buscar na MFD do equipamento ECF a relação detalhada dos produtos que eventualmente foram descritos na movimentação de forma genérica na EFD da empresa, a exemplo de “diversos”, “isento”, “não incidente”, “normal” e “substituição”;
- e) A título de amostragem, analisando as operações relativas aos meses de nov/2013, jan/2014 e fev/2014, observa-se grande discrepância entre os valores efetivamente devidos e os que foram lançados pelo auditor fiscal (*vide* planilha às fls. 52);
- f) A decisão proferida pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP baseou-se em presunção relativa, tendo sido pautada apenas nas informações trazidas pela fiscalização.

Diante das considerações apresentadas, a recorrente requer:

- a) Seja reformada a decisão singular, para julgar totalmente improcedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000494/2016-35;
- b) Caso assim não entenda o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, seja convertido o julgamento em diligência, para que se realize uma perícia na MFD do ECF Daruma

DR0611BR00000273159, com vistas ao detalhamento de todo o período fiscalizado.

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

Considerando as alegações apresentadas no recurso voluntário interposto pela autuada e tendo em vista os princípios da oficialidade e da verdade material, remetemos os autos em diligência para que o auditor fiscal responsável pela autuação se manifestasse acerca das informações prestadas nos itens 13 a 18 (fls. 50 a 52) do referido recurso e na mídia digital anexada às fls. 59.

Em resposta à diligência requerida, comparece aos autos o agente fazendário, às fls. 67, para informar que, após nova análise dos itens incluídos no Auto de Infração nº 93300008.09.00000494/2016-35, identificou a necessidade de exclusão dos seguintes produtos: Óleo Singer, Óleo Peroba, Óleo King, Cola Super Bonder e Vale Gás, o que acarretou a redução do crédito tributário, conforme demonstrado na planilha às fls. 65.

Eis o relatório.

VOTO

A irregularidade, segundo consta na Nota Explicativa do Auto de Infração em análise, teria ocorrido em razão de a recorrente haver deixado de recolher o imposto relativo a diversas operações com produtos sujeitos à tributação normal, em razão de tê-los classificado, nas vendas realizadas via equipamento emissor de cupom fiscal - ECF, como mercadorias não tributadas ou submetidas ao regime da substituição tributária.

Diante destes fatos, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00006262/2014-89 considerou haver o contribuinte afrontado o artigo 106 c/c os artigos 52, 54, 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e “l”, todos do RICMS/PB.

Com vistas a comprovar a regularidade de suas operações, a recorrente requereu a realização de perícia^[1] na MFD do ECF Daruma DR0611BR00000273159, com vistas ao detalhamento de todo o período fiscalizado.

No caso vertente, concluímos pela desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação da matéria suscitada. Conforme restará demonstrado quando da análise do mérito, os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento desta relatoria, tornando inócua a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide.

Passemos ao mérito.

Consoante já relatado, a recorrente alega que, dentre os produtos relacionados pela fiscalização como sujeitos à tributação NORMAL, foram incluídos, indevidamente, alguns itens isentos e outros

submetidos à sistemática da substituição tributária.

Com efeito, o próprio auditor fiscal autuante, ao realizar a diligência solicitada por esta relatoria, acolheu, em parte, os argumentos da recorrente e reconheceu a necessidade de exclusão de parte dos produtos originalmente incluídos na denúncia.

De fato, os itens ÓLEO SINGER, ÓLEO PEROBA, COLA SUPER BONDER E VALE GÁS têm sua tributação na origem, ou seja, estão sob o manto da substituição tributária, o que implica dizer que, quando das vendas realizadas pela recorrente, não há mais destaque de ICMS.

Não obstante o acerto da fiscalização ao expurgar do levantamento fiscal estes itens, observamos que o crédito tributário resultante ainda restou superavaliado. Isto porque ainda remanesceram produtos que não estão sujeitos à tributação pelas saídas.

Tal fato já havia sido constatado pela autuada que, em anexo ao seu recurso voluntário, trouxe, às fls. 59, uma mídia digital na qual relaciona diversos itens que, segundo afirma, teriam sido corretamente enquadrados pela empresa quanto ao sistema de tributação. Noutras palavras, trata-se de mercadorias isentas ou sujeitas à substituição tributária e que, por este motivo, não sofrem tributação quando vendidas pela autuada.

A partir da relação apresentada pela auditoria, a recorrente elaborou uma planilha sintética, na qual apresenta a fundamentação legal que justificaria o cancelamento dos créditos tributários relacionados às mercadorias nela indicadas.

Examinando as informações consignadas na referida planilha, concluímos que assiste razão à recorrente quando assevera que a sistemática de tributação dos itens nela relacionados está em consonância com a legislação de regência, como bem demonstrado pela defesa.

Neste norte, além dos valores registrados na planilha elaborada às fls. 65, devem ser acrescidos os totais correspondentes aos produtos indicados na planilha “*itens isentos ou st*” (vide cd às fls. 59).

Convém ressaltarmos que, diferentemente do que entende a recorrente, a existência de inconsistências sanáveis não contamina o crédito tributário em sua integralidade, devendo elas ser corrigidas, nos termos do que preconiza o artigo 15 da Lei nº 10.094/13, *in verbis*:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Também merece destaque o fato de que a auditoria realizou os trabalhos com base nas declarações prestadas à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba pela própria autuada (Escrituração Fiscal Digital – Itens do perfil B), ou seja, o Auto de Infração em tela não fora lavrado de forma genérica, nem com base em presunções relativas, como alegado pela recorrente.

Exatamente por este motivo, indeferimos o pedido de diligência da recorrente, pois quaisquer inconsistências nas suas declarações, tais como as indicações de produtos como “diversos”, “isento”, “não incidente”, “normal” e “substituição”, devem ser justificados e comprovados pelo próprio contribuinte, uma vez que a prova compete a quem esta aproveita, conforme estabelece o artigo 56, parágrafo único, da Lei nº 10.094/13:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Não podemos olvidar que, ao indicar como não tributadas pelo ICMS operações de vendas de produtos sujeitos ao imposto estadual, o contribuinte reduz o montante do imposto efetivamente devido, repercutindo no total a recolher em favor do Estado.

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita na peça acusatória, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, IV, prevê a aplicação da seguinte penalidade:

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;

Diante de todo o exposto, para que o crédito tributário se revista da certeza e da liquidez necessárias, refizemos os cálculos para apuração do valor efetivamente devido pela autuada, excluindo os seguintes itens: **i)** Óleo Singer; **ii)** Óleo King; **iii)** Cola Super Bonder; **iv)** Vale Gás; **v)** Óleo Peroba; **vi)** Bode; **vii)** Escova Dentifrícia; **viii)** Ração *PET*; **ix)** Fita Isolante; **x)** Hidratante e **xi)** Hidrotônico.

Sendo assim, para obtenção da quantia devida ao Estado pela recorrente, partimos da planilha “*itens isentos ou st*” e, aos valores nela registrados, acrescentamos os totais, por período, dos itens relacionados na diligência realizada pelo fiscal autuante^[2] e identificamos os montantes a serem excluídos do levantamento original. O resultado pode ser evidenciado na tabela a seguir:

Valores Registrados na Planilha <i>itens isentos ou st</i>	Valores Excluídos na Diligência			Montante a Excluir
Bode, Cola Super Bonder, Escova Dentifrícia,	Vale Gás	Óleo Peroba	Óleo Singer	

**Ração PET,
Hidratante,
Hidrotônico e
Óleo King**

Período	Base de ICMS Cálculo (R\$)	ICMS (R\$)	ICMS (R\$)	Multa (R\$)						
2011/08	20,57	3,51							3,51	2,63
2011/09	261,93	44,59							44,59	33,44
2011/10	369,76	62,97					9,00	1,52	64,49	48,37
2011/11	173,91	29,63					2,25	0,38	30,01	22,51
2012/09	368,09	62,61			13,60	2,31			64,92	48,69
2012/10	1.463,42	248,73			37,71	6,25			254,98	191,24
2012/11	1.339,21	227,62			59,84	10,16			237,78	178,34
2012/12	1.628,09	276,74			72,48	12,34			289,08	216,84
2013/01	9.764,96	1.660,09	214,20	36,41	27,32	4,66			1.701,16	1.275,34
2013/02	149,90	25,48	36,00	6,12					31,60	23,70
2013/11	427,81	72,72	160,00	27,20	4,09	0,70			100,62	75,47
TOTAL (R\$)	15.967,65	2.714,69	410,20	69,73	215,04	36,42	11,25	1,90	2.822,74	2.117,34

Feitos os ajustes necessários, o crédito tributário passou a apresentar a seguinte configuração:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUT	
		ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)
INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	ago/11	1.561,97	1.171,48	3,51	2,63	1.558,46	1.168,8
	set/11	700,75	525,56	44,59	33,44	656,16	492,12
	out/11	417,48	313,11	64,49	48,37	352,99	264,74
	nov/11	3.738,91	2.804,18	30,01	22,51	3.708,90	2.781,6
	dez/11	10.138,20	7.603,65			10.138,20	7.603,6
	jan/12	9.397,45	7.048,09			9.397,45	7.048,0
	fev/12	8.826,90	6.620,18			8.826,90	6.620,1
	mar/12	10.609,67	7.957,25			10.609,67	7.957,2
	abr/12	9.329,10	6.996,83			9.329,10	6.996,8
	mai/12	11.311,66	8.483,75			11.311,66	8.483,7
	jun/12	11.889,80	8.917,35			11.889,80	8.917,3
	jul/12	12.031,44	9.023,58			12.031,44	9.023,5
	ago/12	12.324,96	9.243,72			12.324,96	9.243,7
set/12	4.703,96	3.527,97	64,92	48,69	4.639,04	3.479,2	

out/12	931,78	698,84	254,98	191,24	676,80	507,60
nov/12	927,97	695,98	237,78	178,34	690,19	517,64
dez/12	1.055,99	791,99	289,08	216,81	766,91	575,18
jan/13	4.526,67	3.395,00	1.701,16	1.275,87	2.825,51	2.119,1
fev/13	147,98	110,99	31,60	23,70	116,38	87,29
nov/13	14.725,51	11.044,13	100,62	75,47	14.624,89	10.968
jan/14	20.353,14	15.264,86			20.353,14	15.264
fev/14	19.589,71	14.692,28			19.589,71	14.692
TOTAIS (R\$)	169.241,00	126.930,77	2.822,74	2.117,07	166.418,26	124.81

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a decisão monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000494/2016-35, lavrado em 25 de abril de 2016 contra a empresa MERCADINHO MENOR PREÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., inscrição estadual nº 16.109.494-5, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 291.231,96 (duzentos e noventa e um mil, duzentos e trinta e um reais e noventa e seis centavos), sendo R\$ 166.418,26 (cento e sessenta e seis mil, quatrocentos e dezoito reais e vinte e seis centavos) de ICMS e R\$ 124.813,70 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e treze reais e setenta centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96, por haver o contribuinte infringido o artigo 106 c/c os artigos 52; 54; 2º; 3º; art. 60, I, “b” e III, “d” e “l”, todos do RICMS/PB.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 4.939,81 (quatro mil, novecentos e trinta e nove reais e oitenta e um centavos), sendo R\$ 2.822,74 (dois mil, oitocentos e vinte e dois reais e setenta e quatro reais) de ICMS e R\$ 2.117,07 (dois mil, cento e dezessete reais e sete centavos) de multa.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 9 de maio de 2019.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator