

PROCESSO Nº 1363742017-1

ACÓRDÃO Nº 0201/2021

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: J S TECIDOS LTDA

2ª Recorrente: J S TECIDOS LTDA

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

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

Autuante: MARCELO DAMASCENO FERREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. PASSIVO FICTÍCIO. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - ALTERADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- A figura do passivo fictício - cuja constatação autoriza a presunção de que esses pagamentos foram efetuados com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido - caracteriza-se pela manutenção, no passivo, de obrigações já pagas. In casu, falha no embasamento legal, acarretou o vício formal da acusação, fazendo sucumbir o crédito tributário inserto na inicial.

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 dos recursos hierárquico, por regular e, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovemento de ambos, para alterar, de ofício, a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002160/2017-87, lavrado em 31/08/2017, contra a empresa J S TECIDOS LTDA, inscrição estadual nº 16.080.155-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 53.847,16 (cinquenta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 26.923,58 (vinte e seis mil, novecentos e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I; c/fulcro, art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 26.923,58 (vinte e seis mil,

noventa e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos) de multa por infração com fundamento no art. 82, V, alínea “f”, da Lei 6.379/1996.

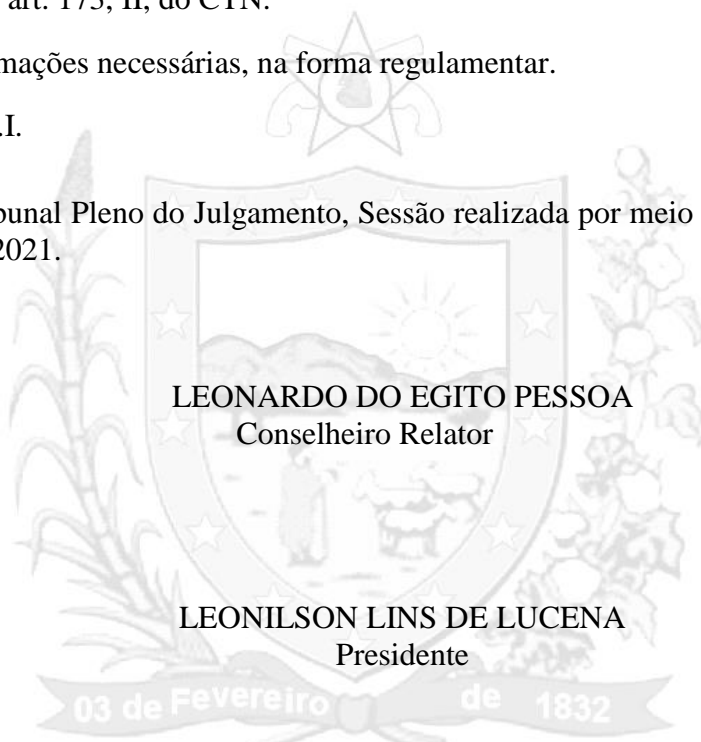
Ao tempo que cancelo, por indevido, o valor de **R\$ 4.675.273,48 (quatro milhões, seiscentos e setenta e cinco mil, duzentos e setenta e três reais e quarenta e oito centavos)**, sendo R\$ 2.337.636,74 (dois milhões, trezentos e trinta e sete mil, seiscentos e trinta e seis reais e setenta e quatro centavos) de ICMS e R\$ 2.337.636,74 (dois milhões, trezentos e trinta e sete mil, seiscentos e trinta e seis reais e setenta e quatro centavos) de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante à acusação de “passivo fictício”, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de abril de 2021.



LEONARDO DO EGITO PESSOA
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, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

Processo nº 1363742017-1

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: J S TECIDOS LTDA

2ª Recorrente: J S TECIDOS LTDA

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

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

Autuante: MARCELO DAMASCENO FERREIRA

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. PASSIVO FICTÍCIO. VÍCIO DE FORMA – NULIDADE – ALTERADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. Provas acostadas aos autos fizeram sucumbir parte do crédito tributário levantado.

- A figura do passivo fictício - cuja constatação autoriza a presunção de que esses pagamentos foram efetuados com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido - caracteriza-se pela manutenção, no passivo, de obrigações já pagas. *In casu*, falha no embasamento legal, acarretou o vício formal da acusação, fazendo sucumbir o crédito tributário inserto na inicial.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, os recursos voluntário e de ofício interpostos contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0002160/2017-87, lavrado em 31 de agosto de 2017 em desfavor do contribuinte J S TECIDOS LTDA, inscrição estadual nº 16.080.155-9.

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

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias advindas de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis

sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa.: AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E/OU A REALIZAÇÃO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, CONSTATADA PELA FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS.

0555 - PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Nota Explicativa.: CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE EFETUOU PAGAMENTOS COM RECURSOS ADVINDOS DE OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, CONSTATADO MEDIANTE A MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS.

Em decorrência destes fatos, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 4.729.120,64 (quatro milhões, setecentos e vinte e nove mil, cento e vinte reais e sessenta e quatro centavos)**, sendo R\$ 2.364.560,32 (dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil, quinhentos e sessenta reais e trinta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I, 160, I; c/fulcro no art. 646 para a primeira acusação e artigos 158, I, 160, I para a segunda acusação, todos do RICMS/PB e R\$ 2.364.560,32 (dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil, quinhentos e sessenta reais e trinta e dois centavos) a título de multa por infração, embasada no artigo 82, V, alínea “F”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às folhas 12 a 36 e ainda mídia digital (fl. 29).

Cientificada por via postal em 28/09/2017 (fls. 42), a Autuada ingressa com peça reclamatória tempestiva (fls. 44 a 60), protocolizada em 23/10/2017, por meio da qual impugna o Auto de Infração com base nas seguintes nas seguintes alegações:

- a) Preliminar de nulidade por indeterminação da matéria tributável, dada à ausência de arbitramento da base de cálculo referentes às imputações de notas fiscais não lançadas e passivo fictício;
- b) Que o autor do feito não se dignou de providenciar o arbitramento da base de cálculo do imposto, que no caso, deveria se dar por meio do levantamento da conta mercadorias, eivando de nulidade absoluta o auto de infração quanto às duas acusações fundadas em presunção de saídas pretéritas por vício de forma insanável;
- c) Firme na presunção, o fiscal olvidou a realização do arbitramento da base de cálculo, circunstância que constitui uma clara afronta aos arts. 18 e 23 da Lei do ICMS/PB por um motivo óbvio: a legislação paraibana não indica o montante das entradas não contabilizadas como base de cálculo presumida do imposto;
- d) O autor do feito limitou-se a listar, em planilha, informações sobre as notas fiscais tidas como não lançadas, porém, sem comprovar a materialidade da

infração, ou seja, sem comprovar o não lançamento das notas indicadas como não lançadas;

e) Que a indicação da chave de acesso eletrônico não desonera o auditor do ônus de comprovar a materialidade da infração, posto que a só indicação das chaves de acesso não constitui prova de que as notas fiscais respectivas não foram registradas;

f) Aduz a existência de notas fiscais de saídas de emissão da autuada para baixa de estoques de mercadorias destinadas a industrialização por terceiros de mercadorias como, almofadas e cortinas que retornam ao estoque na forma das novas mercadorias, nota fiscal de consumo devidamente contabilizado e comprovadamente quitado com recursos advindos das operações regulares da autuada e de notas fiscais emitidas pelos fornecedores que devido a questões internas dos fornecedores não foram entregues ao autuado, sendo objeto de emissão de notas fiscais de entradas pelo próprio fornecedor. Comprovação com a nota fiscal de entrada;

g) Pela presunção fiscal a autuada, que pratica com seus fornecedores prazo para pagamento das compras de 90 (noventa) dias, como se pode comprovar nos XML das notas fiscais eletrônicas, deixa de pagar a totalidade de suas compras nos últimos três meses de cada exercício, fato ocorrido em todos os anos objeto da auditoria, existe na realidade material para tal situação?

h) A inconsistência nos procedimentos de auditoria fiscal fica patente no exercício de 2012, quando todos os pagamentos efetuados no período foram alocados na liquidação das compras de mercadorias do próprio exercício, sem considerar a existência de compras realizadas no último trimestre do exercício e com prazo de pagamento para 2013, tal situação é identificável nos XML das notas fiscais eletrônicas e tempestivamente contabilizadas na data da efetiva liquidação da obrigação com o fornecedor;

i) A possível falta do domínio das informações eletrônicas, como ECD - Escrituração Contábil Digital e EFD ICMS/IPI - Escrituração Fiscal Digital, levaram o Auditor Estadual a deformação na presunção do passivo fictício, fato que poderia ser evitado com a solicitação à autuada dos documentos físicos da comprovação do pagamento aos fornecedores, como boletos, depósitos bancários, principalmente considerando que TODOS os pagamentos a fornecedores são realizados com comprovação bancária;

j) Utilizando exclusivamente das informações disponíveis ao Auditor Fiscal, apresentamos demonstrativos que comprovam a regular liquidação e contabilização dos pagamentos a fornecedores, valendo ressaltar o disposto no § 7º do artigo 643 do RICMS, com a utilização plena das informações demonstradas na ECD - Escrituração Contábil Digital e EFD ICMS/IPI - Escrituração Fiscal Digital, sem qualquer restrição, o Auditor Fiscal validou a exigência do §7º do artigo 643 do RICMS;

k) Na elaboração do demonstrativo do efetivo pagamento aos fornecedores, utilizamos a seguinte metodologia. Relacionamos todas as notas fiscais de aquisição de mercadorias em cada exercício, todas informadas na EFD

ICMS/IPI, bem como, existentes nos registros da Secretaria de Receita do Estado e Receita Federal do Brasil, tomando como base o XML do documento eletrônico, com detalhamento dos prazos de vencimentos das duplicatas. Escrituração Contábil Digital, selecionamos e na ECD identificamos os pagamentos das duplicatas originadas de aquisições de mercadorias no exercício anterior ao seu pagamento, todas pagas com comprovação bancária 63. No demonstrativo que apresentamos, estão relacionados as aquisições (XML das NFe) e os pagamentos na ECD - Escrituração Contábil Digital;

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 271), foram os autos conclusos (fls. 272) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuído ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que devolveu o processo em diligência para que fossem analisadas as contraprovas trazidas pela defesa nas fls. 60 a 270.

Em resposta a Diligência Fiscal o Agente Tributário compila novo demonstrativo de notas fiscais não lançadas nos livros próprios e nova Planilha do levantamento da conta Fornecedores, ambas referentes aos exercícios de 2012, 2013 e 2014 (fls. 281/294), e relata sua análise acerca das argumentações da impugnante às folhas 277 a 280, onde concorda em parte com as alegações da defesa, fazendo com que o crédito tributário denunciado na acusação de falta de lançamento de nota fiscal de aquisição nos livros próprios, fosse reduzido para o valor de R\$ 53.847,16 e no tocante a acusação de passivo fictício, reduzido para o montante de R\$ 1.245.184,38.

Em seguida o processo retornou ao Julgador singular Lindemberg Roberto de Lima, o qual julgou o auto de infração parcialmente procedente, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PASSIVO FICTÍVIO. DENÚNCIAS CONFIRMADAS EM PARTE.

- Rejeitada preliminar de mérito, de nulidade por falta de arbitramento da base de cálculo, uma vez que a base de cálculo é o valor da operação, ex vi, do art. 13, inciso I, da Lei 6.379/96.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. A constatação, em Diligência, de notas fiscais acobertando operações não onerosas fez sucumbir parte do crédito tributário.

- A manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes caracteriza a figura do passivo fictício, denotando a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. In casu, a verificação, em Diligência, de pagamentos de duplicatas que acobertaram o saldo da Conta Fornecedores e passivo oculto, fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão singular via DTe em 04/7/2019 (fls. 313), a empresa autuada ingressou com Recurso Voluntário tempestivo, fls. 314 a 318, protocolado em 02/8/2019, fl. 314, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a) apresenta demonstrativo de todas as notas fiscais emitidas no exercício de 2012 e pagas no ano de 2013, no valor de R\$ 2.964.483,13;
- b) com relação ao exercício de 2013, aduz que não ficou demonstrado pelo Auditor Fiscal a real distribuição dos pagamentos entre os exercícios;
- c) apresenta demonstrativo de todas as notas fiscais emitidas no exercício de 2013 e pagas no ano de 2014, no valor de R\$ 4.068.506,90;
- d) que no exercício de 2014, temos a existência de passivo fictício nos pagamentos do exercício anterior e passivo oculto nos pagamentos das compras do próprio exercício, em valores compatíveis entre si, o que comprovam a falta da correta alocação de pagamentos;
- e) Suscita a aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional, a ser aplicado em caso de dúvida, interpretando-se favoravelmente ao contribuinte.

Considerando os argumentos apresentados, a autuada requer:

- A improcedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0002160/2017-87, lavrado em 31 de agosto de 2017.

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

A matéria em apreciação versa sobre as seguintes denúncias: **a)** omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, detectada através da falta de lançamentos de notas fiscais de aquisição nos livros próprios – 2012, 2013 e 2014 e **b)** passivo fictício (obrigações pagas e não contabilizadas) - 2012, 2013 e 2014, formalizadas contra a empresa J S TECIDOS LTDA, já previamente qualificada nos autos.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Antes de qualquer análise do mérito das infrações contidas no libelo acusatório, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Neste ponto, necessário se faz consignar que a ausência de provocação por parte da defesa quanto à nulidade do auto de infração e/ou de uma acusação específica, não exime os órgãos julgadores de analisar a questão, devendo, quando configurada, ser reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estabelece o artigo 16 da Lei nº 10.094/13.

Pois bem. Após criteriosa análise do libelo acusatório, verifico, de início, a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, especialmente no que tange aos dispositivos legais/diploma legal da segunda acusação (passivo fictício).

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, e em divergência com o entendimento esposado pela instância monocrática, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório está incompleto no que concerne a segunda acusação (passivo fictício), pois o embasamento legal utilizado para fundamentar a infração está incompleto, o que compromete a análise da infração. No auto de infração constam apenas os dispositivos arts. 158, I, 160, I, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto Nº 18.930/97 e não os demais dispositivos legais, que são o art. 646, II, do RICMS/PB.

Neste sentido, é incontroverso que o dispositivo indicado no campo “Enquadramento Legal” do Auto de Infração está incompleto/falho, o que revela um vício de forma insanável quanto a este lançamento.

As disposições contidas nos artigos 16 e 17 de Lei nº 10.094/13 impõem, de forma clara, que os Autos de Infração lavrados com vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores. Vejamos:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I – à identificação do sujeito passivo;

II – à descrição dos fatos;

III – à norma legal infringida; (g.n.)

IV – ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V – ao local, à data e à hora da lavratura;

VI – à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Sobre a questão, o Conselho de Recursos Fiscais já se manifestou em ocasião idêntica a que ora se nos apresenta para julgamento, a exemplo do Acórdão nº 431/2019, cuja ementa transcrevo a seguir:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. PASSIVO FICTÍCIO – AUTO DE INFRAÇÃO NULO POR VÍCIO FORMAL – RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA.

A figura do passivo fictício - cuja constatação autoriza a presunção de que esses pagamentos foram efetuados com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido - caracteriza-se pela

manutenção, no passivo, de obrigações já pagas. In casu, falha no embasamento legal, acarretou o vício formal do auto de infração, fazendo sucumbir o crédito tributário inserto na inicial.

Considerar-se-ão nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, os lançamentos que contiverem vícios de forma, nos termos do artigo 16 da Lei nº 10.094/2013.

Dessa forma, cancelo os valores mantidos na primeira instância de julgamento no tocante a denúncia de Passivo Fictício no montante de R\$ 820.793,42 (oitocentos e vinte mil, setecentos e noventa e três reais e quarenta e dois centavos), sendo R\$ 410.396,71 de Icms e R\$ 410.396,71 de multa, em razão do vício formal indicado.

Ressalte-se que, apesar do defeito de forma que determinou o comprometimento da acusação em tela, a decisão de nulidade não se materializa em definitivo em favor do acusado, porque a consequência dela advinda é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelecem os artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional

- DO MÉRITO

Acusação 01: Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição nos Livros Próprios

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos às folhas 30 a 32 e mídia digital (fls. 29) dos autos.

Como se sabe, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Redações vigentes à época dos fatos:

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 32.718/12 (DOE de 25.01.12).

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, **bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas** ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, assim como a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

- a) insuficiência de caixa;
- b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas; (g.n.)

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas. Senão vejamos:

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):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Deve-se ressaltar que, nesses casos, não importa a situação da tributação das mercadorias constantes das notas fiscais ou a simples negativa da aquisição, diante das chaves

de acesso das notas fiscais, apensadas aos autos, cujo destinatário encontra-se a empresa autuada, não se vinculando, também, a tipo de tributação, a qual as mercadorias estejam submetidas, nos casos, por exemplo, de mercadorias sujeitas à substituição tributária e/ou isentas, que não sucumbem à exigência, pois a presunção é de que o pagamento de despesas sem o devido registro na escrita fiscal/contábil se verificou em decorrência de saídas pretéritas sem emissão de nota fiscal.

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Em primeira instância, o julgador singular, acertadamente, tornou sem efeito a acusação para as notas fiscais nº 7900, 7901, 8041, 8184, 8201, 8314, 8315, 9493, 8488, 8615 e 2584933, referentes ao exercício de 2012, notas fiscais nº 2479, 2750, 2854, 9643, 3074, 3135, 10381, 10382, 3260, 3364, 3368, 32113, 10895, 10896, 3449, 3450, 3451 e 3458, referentes ao exercício de 2013 e notas fiscais nº 11421, 37342, 12166 e 13270, referentes ao exercício de 2014, por verificar que se tratavam de operações não onerosas.

Continuando a análise dos autos, resta clarividente que o recurso apresentado pelo contribuinte foi silente no tocante a presente acusação, nestes casos, merece atenção a redação do §1º, do artigo 77, da Lei estadual nº 10.094/2013 (Lei do PAT), vejamos:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário. (g.n.)

Por fim, necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador fiscal (fls. 296 a 311), com os quais concordamos integralmente.

Assim, diante do exposto, corroboro, com o entendimento expresso em sentença monocrática, inclusive no tocante aos ajustes realizados, impondo-se a exigência do crédito tributário remanescente no montante de R\$ 53.847,16 (cinquenta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e dezesseis centavos), sendo R\$ 26.923,58 de Icms e R\$ 26.923,58 de multa.

Por todo o exposto, considero subsistente o seguinte crédito tributário:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	DATA		AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
	INÍCIO	FIM	TRIBUTOS (R\$)	MULTA (R\$)	TRIBUTOS (R\$)	MULTA (R\$)	TRIBUTOS (R\$)	MULTA (R\$)	TOTAL (R\$)
0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2012	31/01/2012	70,81	70,81	0,00	0,00	70,81	70,81	141,62
	01/02/2012	28/02/2012	2.741,03	2.741,03	2.741,03	2.741,03	0,00	0,00	0,00
	01/03/2012	31/03/2012	1.500,72	1.500,72	1.500,72	1.500,72	0,00	0,00	0,00
	01/04/2012	30/04/2012	114,90	114,90	0,00	0,00	114,90	114,90	229,80
	01/05/2012	31/05/2012	6.041,66	6.041,66	2.427,50	2.427,50	3614,16	3614,16	7.228,32
	01/07/2012	31/07/2012	1.962,60	1.962,60	1.962,59	1.962,59	0,01	0,01	0,02
	01/09/2012	30/09/2012	308,86	308,86	0,00	0,00	308,86	308,86	617,72
	01/10/2012	30/10/2012	3.395,04	3.395,04	2.199,09	2.199,09	1195,95	1195,95	2.391,90
	01/11/2012	30/11/2012	1.780,70	1.780,70	422,34	422,34	1358,36	1358,36	2.716,72
	01/12/2012	31/12/2012	336,45	336,45	0,00	0,00	336,45	336,45	672,90
	01/03/2013	31/03/2013	2.995,61	2.995,61	95,20	95,20	2900,41	2900,41	5.800,82
	01/04/2013	30/04/2013	396,65	396,65	0,00	0,00	396,65	396,65	793,30
	01/05/2013	31/05/2013	316,20	316,20	221,00	221,00	95,20	95,20	190,40
	01/06/2013	30/06/2013	553,93	553,93	199,75	199,75	354,18	354,18	708,36
	01/07/2013	31/07/2013	1.544,85	1.544,85	1.544,85	1.544,85	0,00	0,00	0,00
	01/08/2013	31/08/2013	4.048,92	4.048,92	272,93	272,93	3775,99	3775,99	7.551,98
	01/09/2013	30/09/2013	136,70	136,70	34,00	34,00	102,70	102,70	205,40
	01/10/2013	31/10/2013	4.010,61	4.010,61	4.010,61	4.010,61	0,00	0,00	0,00
	01/11/2013	30/11/2013	2.844,61	2.844,61	460,28	460,28	2384,33	2384,33	4.768,66
	01/12/2013	31/12/2013	13.673,54	13.673,54	9.088,92	9.088,92	4584,62	4584,62	9.169,24
	01/02/2014	28/02/2014	1.603,87	1.603,87	0,00	0,00	1603,87	1603,87	3.207,74
	01/03/2014	31/03/2014	3.210,61	3.210,61	0,00	0,00	3210,61	3210,61	6.421,22
	01/04/2014	30/04/2014	426,19	426,19	426,19	426,19	0,00	0,00	0,00
	01/05/2014	31/05/2014	3.378,10	3.378,10	3.378,10	3.378,10	0,00	0,00	0,00
	01/06/2014	30/06/2014	2.884,30	2.884,30	2.850,68	2.850,68	33,62	33,62	67,24
	01/08/2014	31/08/2014	126,37	126,37	0,00	0,00	126,37	126,37	252,74
01/09/2014	30/09/2014	59,50	59,50	0,00	0,00	59,50	59,50	119,00	
01/10/2014	31/10/2014	274,72	274,72	0,00	0,00	274,72	274,72	549,44	
01/12/2014	31/12/2014	4.274,58	4.274,58	4.253,27	4.253,27	21,31	21,31	42,62	

0555 - PASSIVO FICTÍCIO (Obrigações Pagas e Não Contabilizadas)	01/01/2012	31/12/2012	917.007,17	917.007,17	917.007,17	917.007,17	0,00	0,00	0,00
	01/01/2013	31/12/2013	856.178,27	856.178,27	856.178,27	856.178,27	0,00	0,00	0,00
	01/01/2014	31/12/2014	526.362,25	526.362,25	526.362,25	526.362,25	0,00	0,00	0,00
TOTAL			2.364.560,32	2.364.560,32	2.337.636,74	2.337.636,74	26.923,58	26.923,58	53.847,16

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular e, voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovemento de ambos, para alterar, de ofício, a sentença monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002160/2017-87, lavrado em 31/08/2017, contra a empresa J S TECIDOS LTDA, inscrição estadual nº 16.080.155-9, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor total de **R\$ 53.847,16 (cinquenta e três mil, oitocentos e quarenta e sete reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 26.923,58 (vinte e seis mil, novecentos e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos) de ICMS, por infringência aos arts. 158, I; 160, I; c/fulcro, art. 646, todos do RICMS/PB e R\$ 26.923,58 (vinte e seis mil, novecentos e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos) de multa por infração com fundamento no art. 82, V, alínea “f”, da Lei 6.379/1996.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o valor de **R\$ 4.675.273,48 (quatro milhões, seiscentos e setenta e cinco mil, duzentos e setenta e três reais e quarenta e oito**

centavos), sendo R\$ 2.337.636,74 (dois milhões, trezentos e trinta e sete mil, seiscentos e trinta e seis reais e setenta e quatro centavos) de ICMS e R\$ 2.337.636,74 (dois milhões, trezentos e trinta e sete mil, seiscentos e trinta e seis reais e setenta e quatro centavos) de multa por infração, pelos fundamentos acima expostos.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, no tocante à acusação de “passivo fictício”, em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 de abril de 2021.

