



PROCESSO Nº 1319992019-5

ACÓRDÃO Nº 169/2023

TRIBUNAL PELNO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: INCOPLAST EMBALAGENS 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.

Autuante: RODRIGO ANTONIO ALVES ARAUJO

Relator: CONSº. JOSE VALDEMIR DA SILVA

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO - INFRAÇÃO CARACTERIZADA - EM PARTE - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - OPERAÇÕES DESTINADAS A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO - ISENÇÃO - DENÚNCIA NÃO CARACTERIZADA - PAGAMENTO EXTRA-CAIXA-VÍCIO - FORMAL NULIDADE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem pagamento do imposto estadual, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. In casu, as provas trazidas aos autos pelo Contribuinte fez sucumbir parte do crédito tributário.

- O simples desatendimento, de meras formalidades regulamentares, não é suficiente para transformar uma operação isenta em tributada quando está devidamente comprovado o internamento de todas as mercadorias junto à SUFRAMA

- A infração de pagamento extracaixa estampada na inicial não corresponde aos fatos apurados pela Fiscalização, caracterizando um notório equívoco na eleição da infração no momento da lavratura do auto de infração, caracterizando um vício formal, insuscetível de correção nos autos, atraindo as normas dos arts. 16 e 17 da Lei 10.094/2013.

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 tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a sentença exarada na instância monocrática, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002677/2019-38, lavrado em 25/08/2019, em desfavor da empresa **INCOPLAST EMBALAGENS DO NORDESTE LTDA**, inscrita no CCICMS Nº 16.155.646-9, condenando ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 125.453,32** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e trinta e dois centavos, sendo: **R\$ 62.726,66** (sessenta e dois mil, setecentos e vinte e seis reais e sessenta e seis centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, Aprov. pelo Decreto n. 18.930/97 e o valor de **R\$ 62.726,66** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e trinta e dois centavos) de multa por infração ao art. 82, V, “f”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo que cancelo por indevido o valor de R\$. 4.170.001,41 (quatro milhões, cento e setenta mil, um real e quarenta e um centavos), sendo R\$ 2.340.190,20 (dois milhões, trezentos e quarenta mil, cento e noventa reais e vinte centavos) de ICMS e R\$. 1.829.811,21 (um milhão, oitocentos e vinte e nove mil, oitocentos e onze reais e vinte e um centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Ressalto a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão do vício formal indicado quanto a acusação nº **03 - Pagamento extra-caixa**.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de abril de 2023.

JOSÉ VALDEMIR DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1319992019-5

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: INCOPLAST EMBALAGENS 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.

Autuante: RODRIGO ANTONIO ALVES ARAUJO

Relator: CONS.º JOSE VALDEMIR DA SILVA.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO - INFRAÇÃO CARACTERIZADA - EM PARTE - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - OPERAÇÕES DESTINADAS A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO - ISENÇÃO - DENÚNCIA NÃO CARACTERIZADA - PAGAMENTO EXTRA-CAIXA-VÍCIO - FORMAL NULIDADE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem pagamento do imposto estadual, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. In casu, as provas trazidas aos autos pelo Contribuinte fez sucumbir parte do crédito tributário.

- O simples desatendimento, de meras formalidades regulamentares, não é suficiente para transformar uma operação isenta em tributada quando está devidamente comprovado o internamento de todas as mercadorias junto à SUFRAMA

- A infração de pagamento extracaixa estampada na inicial não corresponde aos fatos apurados pela Fiscalização, caracterizando um notório equívoco na eleição da infração no momento da lavratura do auto de infração, caracterizando um vício formal, insuscetível de correção nos autos, atraindo as normas dos arts. 16 e 17 da Lei 10.094/2013.

RELATÓRIO



A presente demanda teve início através do o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002677/2019-38, lavrado em 25/08/2019, em desfavor da empresa **INCOPLAST EMBALAGENS DO NORDESTE LTDA**, inscrita no CCICMS-PB sob o n. 16.155.646-9, de ter cometido as seguintes infrações.

0008 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F.DE AQUISIÇÃO>>> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias consignadas em documento fiscal, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.

Nota Explicativa: PLANILHA EM ANEXO.

0007 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS>>> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: EM RAZÃO DO CONTRIBUINTE, QUANTO AS OPERAÇÕES DESTINADAS A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMERCIO, NÃO TER CUMPRIDO COM OS REQUISITOS ESTABELECIDOS PARA A FRUIÇÃO DA ISENÇÃO, QUANDO NÃO MENCIONOU NA NOTA FISCAL, NO CAMPO ‘INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES’, O NÚMERO DE INSCRIÇÃO DO ESTABELECIMENTO NA SUFRAMA E O CÓDIGO DE IDENTIFICAÇÃO DA REPARTIÇÃO FISCAL.

A QUE ESTIVER SUBORDINADO O SEU ESTABELECIMENTO SENDO TAIS OPERAÇÕES CONSIDERADAS TRIBUTADAS, POR INFRAÇÃO AO ART. 5º, INCISO LXII, C/C ART. 435, § 1º, AMBOS DO RICMS/PB, PLANILHA ANEXO.

0007 – PAGAMENTO EXTRA-CAIXA ->>> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter efetuado pagamentos com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.

Nota Explicativa: A INFRAÇÃO DECORREU DA AFERIÇÃO REALIZADA REFERENTE AO SALDO DA CONT FORNECEDORES DO EXERCÍCIO ANTERIOR, QUANTO AOS PAGAMENTOS FEITOS NO EXERCÍCIO SUBSEQUENTE REFERENTE AO SALDO MENCIONADO, SENDO CONSTATADO DUPLICATAS EM ABERTO, O QUE CARACTERIZA A PRESUNÇÃO LEGAL DE PAGAMENTO EXTRA CAIXA, CONFORME DISPÕE O ITEM 5, SUBITEM 5.2.3, 5.3 E 5.4 DO ROTEIRO BÁSICO DE AUDITORIA EM ESTABELECIMENTO INDUSTRIAIS (PORTARIA GSER Nº 269/2014) C/C ART. 646, INCISO III, DO RICMS/PB.

Em decorrência dos fatos acima, o Representante Fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 4.295.454,71 (quatro milhões, duzentos e noventa e



cinco mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e setenta e um centavos), sendo: R\$ 2.402.916,85 (dois milhões, quatrocentos e dois mil, novecentos e dezesseis reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS e R\$ 1.892.537,86 (um milhão, oitocentos e noventa e dois mil, quinhentos e trinta e sete reais e oitenta e seis centavos) de multa .

Foram apontados como infringidos os artigos descritos na tabela a seguir, sendo propostas multas com fulcro nos seguintes dispositivos:

| Acusação | Infração Cometida/Diploma Legal – Dispositivos | Penalidade Proposta/Diploma Legal – Dispositivos |
|---------------------------------------|--|--|
| 008 - FALTA LANÇAMENTO N.F. AQUISIÇÃO | Art. 158, I; 160, I; c/ fulcro Art. 646, do RICMS/PB, Aprov. p/Dec. n. 18.930/97 | Art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96 |
| 0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS | Art. 106, do RICMS/PB, Aprov. p/Dec.18.930/97 | Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96 |
| 0007 – Pagamento extra-caixa | Art. 158, I; 160, I; c/ fulcro Art. 646, do RICMS/PB, Aprov. p/Dec. n. 18.930/97 | Art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96 |

Documentos que instruem o Auto de Infração (fls.2 a 5), contendo: Ordem de Serviço Normal(fl.06-08), Termo de Início de Fiscalização(fl.9-10), Informação Fiscal (fls. 12a24), planilha Notas Fiscais de Aquisição Não Registradas na EFD (fls.25-27 e 36 a 38) Planilha “Falta de Recolhimento do ICMS – Operações para Área de livre Comercio (fls.29-33, 39 a 49, 55 a 66), demonstrativo da Conta Fornecedores às (fls. 34 e 50, 67-68) e diversos documentos (69 a 794).

Ciente da presente Ação Fiscal, via postal, conforme AR-Aviso de Recebimento nº JU 35680920 8 BR em 19/09/2019 (fls.76-77), a autuada por intermédio de procurador legalmente habilitado, (fl.145/146), protocolou Impugnação tempestiva em 17.10.2019 às (fl.78 a 144). Em sua defesa, argumentou, em síntese, o seguinte:

1. PRELIMINARMENTE

1.1. Aduz ser irregular a inclusão dos sócios da empresa como responsáveis solidários, motivo pelo qual solicita a exclusão dos sócios do rol de responsáveis pelos débitos da empresa;

1.2. Defende a nulidade do auto de infração no tocante as infrações alicerçadas em presunção normativa, em face de não indicar em qual das hipóteses do art. 646 do RICMS/PB se enquadram as supostas irregularidades praticadas pela Autuada, assim como pela falta de indicação das alíquotas aplicadas e respectiva base de cálculo, o que impossibilita, o pleno exercício de defesa da Autuada;



1.3. Suscita o enquadramento incorreto da segunda infração (Falta de Recolhimento de ICMS), bem como erro na penalidade pecuniária proposta, devendo, portanto, ser anulado;

1.4. Também ocorreu o enquadramento incorreto da primeira infração (Falta de Lançamento de N.F. de Aquisição), pois não passa de mero descumprimento de dever acessório, devendo também ser anulado;

1.5. Alega que ocorreu a decadência para todos os valores levantados no período de 01/01/2014 até 19/09/2014, data em que foi intimada da presente Autuação Fiscal, tendo em vista já terem decorridos mais de cinco anos de fato gerador em relação à data em que o contribuinte foi cientificado do ocorrido;

1.6. A primeira acusação (falta de lançamento de n.f. de aquisição) não pode prosperar, pois pelo mesmo fato, a Autuada está sendo responsabilizada por duas sanções pecuniárias, o que caracteriza *Bis in Idem*. Ora, na presente autuação fiscal, está sendo penalizada ao recolhimento de ICMS e multa de 100% do principal, por supostamente ter deixado de proceder com o lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios e a partir da mesmíssima conduta, na Autuação Fiscal 93300008.09.00002690/2019-97, a Autuada também está sendo processada pelo descumprimento de obrigação acessória, por supostamente ter deixado de proceder com o lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, nos termos do art. 81-A, V, “a” da Lei nº 6.379/96.

2.NO MÉRITO

2.1. no tocante a primeira acusação (falta lançamento de n.f. de aquisição), alega que não há qualquer possibilidade de enquadramento dos fatos narrados na autuação fiscal, tido como irregulares à qualquer das hipóteses legais de presunção previstas no art. 646 do RICMS/PB. As notas fiscais relacionadas pela autoridade fiscal não refletem operações mercantis onerosas, pois tratam-se de estorno de devolução, retorno de conserto, remessa para conserto, etc, emitidas pelos próprios fornecedores. Além disso, quanto às notas fiscais de aquisição, não há nenhuma comprovação de que a Autuada as tenha efetivamente recebido, sendo imprescindível que a Autoridade Fiscal demonstre que a Autuada recebeu, efetivamente, as mercadorias consignadas nas notas fiscais analisadas e não procedeu com os seus lançamentos. Por fim, a título de exemplo cita as notas fiscais 89075 e 89076 que foram objeto de devolução pelas notas fiscais 2404 e 2403 e as notas fiscais 3353 e 3381 que foram objeto de roubo de carga;



2.2. no que tange a segunda acusação (falta de recolhimento do Icms), defende que a relação à ausência de informações no campo “Informações Complementares”, de notas fiscais com destino a Zona Franca de Manaus, não representa qualquer supressão ao recolhimento de ICMS, uma vez que a operação é isenta. Consoante se observa dos relatórios anexos emitidos pela SUFRAMA, todas as notas fiscais emitidas pela Autuada, tiveram como destino e as respectivas mercadorias foram efetivamente entregues a clientes localizados na Zona Franca de Manaus, cumprindo a exigência prevista no §5º do art. 435 do RICMS/PB. Portanto, nenhuma obrigação tributária principal fora descumprida, a ensejar, como penalização, o pagamento do ICMS incidente sobre operações realizadas e respectiva multa;

2.3. com relação a terceira acusação (pagamento extra-caixa), advogada que no trabalho desenvolvido pela autoridade fiscal, o que de fato foi constatado foi o não pagamento de duplicatas, e não desembolso não registrado, o que torna incompatível o enquadramento realizado. Resta claro que a autoridade fiscal realizou um exercício de interpretação totalmente equivocado para subsunção normativa. Ademais, a única possibilidade de realizar o referido enquadramento seria verificando se houve, efetivamente, o pagamento do saldo encontrado, diligência que a autoridade fiscal não teve a hombridade de adotar.

Com base nos argumentos acima, a Autuada requer:

- Que o Auto de Infração de Estabelecimento nº 9300008.09.00002677/2019-38, seja julgado NULO e/ou IMPROCEDENTE, pelos argumentos expostos.

Com informação de antecedentes fiscais (fl), os autos foram conclusos e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Recursos Fiscais – GEJUP, ocasião na qual foi distribuído ao julgador fiscal Leonardo do Egito Pessoa que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da ementa:

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OPERAÇÕES DESTINADAS A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO. ISENÇÃO – DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. PAGAMENTO EXTRA-CAIXA. ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. NULIDADE.

- 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. In casu, a Autuada, por meio de provas irrefutáveis, comprovou parcialmente a inclusão indevida de notas fiscais no levantamento fiscal, reduzindo, ipso facto, o crédito tributário.

- Não me parece justo, nem acertado, transformar uma operação isenta em tributada, pelo simples desatendimento, de meras formalidades regulamentares, quando está devidamente comprovado o internamento de todas as mercadorias junto à SUFRAMA.

- A peça acusatória cuja descrição do fato referente a pagamento extracaixa se apresenta inexata, de modo a dificultar o ajustamento do fato à lei, caracteriza-se eivada de vício formal insuscetível de correção nos próprios autos e, por isso mesmo deve ser declarada nula, para que outra seja realizada o com a correta descrição da falta.

PROCEDENTE AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE

Ciente da decisão de primeira instância, através do DT-e, em 01.12.2021 (f. 30), a autuada não mais de manifestou nos autos.

Ato contínuo foram os autos remetidos esta Corte Julgadora e distribuídos a este Relator, segundo critério regimental previsto para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de ofício interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002677/2019-38**, lavrado em 25/08/2019, em desfavor da empresa **INCOPLAST EMBALAGENS DO NORDESTE LTDA**, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Impõe-se declarar, que o lançamento de ofício em questão respeitou todas as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, visto que este observa as especificações previstas na legislação de regência, especialmente os art. 41 da Lei nº 10.094/13 e art. 142 do CTN.

Considerando a não apresentação de recurso voluntário, o efeito devolutivo está restrito à parcela do crédito tributário objeto do recurso de ofício, vez que, relativamente à outra parte, tem-se por definitiva a decisão, consoante disciplinado no artigo 92 da Lei nº 10.094/13:

Art. 92. São definitivas as decisões:



I – de primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto, desde que não esteja sujeita a recurso de ofício; (...)

Parágrafo único. **Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.**

Sem preliminar a ser analisada, passemos ao mérito, o que faremos de forma individualizada por acusação.

Acusação 01 – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO.

Está em discussão uma situação em que o contribuinte omitiu o registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias, situação que autorizou a presunção de que as mercadorias foram adquiridas com receitas marginais resultantes de vendas pretéritas irregulares, dos exercícios de 2014, 2015 e 2016.

Pois bem. É de bom alvitre esclarecer que a obrigatoriedade de escrituração no Livro Registro de Entradas envolve todos os registros de entrada de mercadorias com a qual o contribuinte transacione em determinado período, de acordo com o que estabelece o art. 276, c/c art. 166-U, do RICMS:

Art. 276. O Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, Anexos 24 e 25, **destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, a qualquer título**, no estabelecimento e de utilização de serviços de transporte e de comunicação. (grifo nosso)

Art. 166-U. Em relação ao DANFE e à NF-e, aplicam-se, no que couber, as normas previstas para os demais documentos fiscais.

Vale lembrar, que o texto grifado indica a obrigatoriedade se estende a qualquer tipo de aquisição, tributada ou não. A entrada de mercadoria no estabelecimento, qualquer que seja, nasce a obrigação do lançamento da nota fiscal respectiva no Livro Registro de Entradas. Do contrário, a legislação tributária autoriza a presunção de que trata o artigo 646, acima destacado, de omissão de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, desde que, por óbvio, tenha havido dispêndio financeiro nas referidas aquisições.

Portanto, cabe ao contribuinte aprovada improcedência da presunção, pois o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de ilidir a acusação imposta pelo Fisco, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, a seguir transcrito:

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) suprimientos 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;
- 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.

A saber, a legislação tributária autoriza a presunção de que trata o artigo 646, acima destacado, de omissão de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, desde que, por óbvio, **tenha havido dispêndio financeiro nas referidas aquisições**. O citado dispositivo acompanha o que determina a Lei nº 6.379/96, no parágrafo 8º do seu artigo 3º. *In verbis*:

Art. 3º. O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimientos 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**.

Ressalte-se que, o que se está tributando é o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em etapa anterior e cujas receitas auferidas serviram de esteio para o pagamento das aquisições, em que as entradas não foram registradas, o que repercute em violação aos 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 de mercadorias.

Esta matéria foi tratada por meio de Súmula Administrativa nº 02, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

NOTA FISCAL NÃO LANÇADA

SÚMULA 02 – A constatação de falta de registro de entrada de nota fiscal de aquisição impõe ao contribuinte o ônus da prova negativa da aquisição, em



razão da presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis. (Acórdãos n°s: 305/2018; 394/2018; 475/2018; 577/2018; 589/2018; 595/2018).

O entendimento ora esposado está em consonância com outras decisões desta Corte Administrativa, contido no Acórdão n° 052/2019, Relator Cons^o Petrônio Rodrigues de Lima, transcrito abaixo:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

- A falta de registro de notas fiscais de aquisição nos livros próprios autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que ocorreu em parte no presente caso, em que o contribuinte trouxe aos autos provas que elidiram parcialmente a acusação inserta na inicial, no art. 646, RICMS/PB,

O contribuinte em sua impugnação afirmar que:

- i) não há qualquer possibilidade de enquadramento dos fatos narrados na autuação fiscal, tido como irregulares, á qualquer das hipóteses legais de presunção previstas no artigo 646 do RICMS/PB,
- ii) as notas fiscais relacionadas pela autoridade fiscal não refletem operações mercantis onerosas, pois tratam-se de estorno de devolução, retorno de conserto, remessa para conserto, etc, emitidas pelos próprios fornecedores;
- iii) Não há nenhuma comprovação de que a Autuada as tenha efetivamente recebido, sendo imprescindível que a Autoridade Fiscal demonstre que a Autuada recebeu, efetivamente, , as mercadorias consignadas nas notas fiscais analisadas e não procedeu com os seus lançamentos,
- (iv) as notas fiscais 89075 e 89076, foram objeto de devolução pelas notas fiscais 2404 e 2403, e as notas fiscais 3353 e 3381 foram objeto de roubo de carga.

No particular, importa esclarecer que o libelo basilar se encontra instruído através de planilhas contendo relação das notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas (fls. 25 a 27), com as respectivas chaves de acesso, Situação,



nºs das N.Fs, data de emissão, CFOP, valor da mercadoria, ICMS e multa aplicada, sendo estas onerosa e havendo notas fiscais não lançadas, autoriza a presunção de que houve saída pretérita de mercadorias tributável omitida.

Neste Diapasão, em busca da verdade material e, ante os argumentos e provas apresentados pela defesa, o diligente julgador singular empreendeu um trabalho exaustivo de buscas e consultas ao sistema ATF desta Secretaria e constatou que as notas fiscais de nºs **9736, 9932, 9955, 10036, 10905, 11241, 11242, 11243, 12250, 13070, 13071, 13150 e 21437**, com CFOP 5929, emitidas em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal, portanto, operações que não acarretaram desembolso financeiro por parte da autuada.

Com relação das notas fiscais nºs **20810, 16741, 89075 e 89076**, estas, foram objeto de devolução através das notas fiscais 20836 (fl.644), 16755 (fl.653) 2404(fl.658) e 2403(fl.659, operações de entradas e posteriormente devolvidas de forma que não há que se falar em falta de lançamento de nota fiscal de aquisição para mercadoria devolvidas. Por fim a nota fiscal nº 2953 foi cancelada, razão pela qual não se pode cobrar seu lançamento no livro fiscal.

O contribuinte afirma ainda, em sua impugnação que as notas fiscais de nºs 3353 e 3381, referem-se a cargas que foram roubadas, e junta boletim de ocorrência com o intuito de elidir a exigência fiscal a elas pertinentes.

Em que pese as alegações do contribuinte, a simples emissão de Boletim de Ocorrência Policial, **não tem o condão** de afastar a acusação em tela, por se tratar de uma investigação inicial dos fatos, e por esta razão não é documento hábil a comprovar que as operações descritas nos documentos fiscais anunciados não se realizaram, sendo necessário para que se comprove a anulação das referidas operações, a emissão de notas fiscais de devolução pelos fornecedores das mercadorias

Ademais, inexistem nos autos elementos probatórios suficientes que infirmem a inocorrência do fato gerador, ou seja, o roubo de carga.

Vale destacar, que o demonstrativo das notas fiscais de entrada não registrada (fls. 25 a 28 , 28-36 a 38 – 52 a 54), são elementos dotados de validade jurídica para embasar a acusação inserta na inicial.

Diante desses fatos, o nobre julgador singular procedeu, de maneira acertada, ajustes nos valores apurados pela Fiscalização, o que o fez nos seguintes termos:



Acusação 01

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO

| DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO | PERÍODO | BASE DE CÁLCULO | | AUTO DE INFRAÇÃO | | VALOR CANCELADO | | CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO | | |
|---|---------|-----------------|---------------------|------------------|------------------|-----------------|------------------|-----------------------------------|------------------|-------------------|
| | | Fiscalização | Após Reconstituição | TRIBUTO (R\$) | MULTA (R\$) 100% | TRIBUTO (R\$) | MULTA (R\$) 100% | TRIBUTO (R\$) - Carga Tribut. 17% | MULTA (R\$) 100% | VALOR TOTAL (R\$) |
| FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO | jan-14 | 25.387,34 | 25.387,34 | 4.315,85 | 4.315,85 | 0,00 | 0,00 | 4.315,85 | 4.315,85 | 8.631,70 |
| | fev-14 | 1.617,40 | 1.617,40 | 274,96 | 274,96 | 0,00 | 0,00 | 274,96 | 274,96 | 549,92 |
| | mar-14 | 3.151,00 | 3.151,00 | 535,67 | 535,67 | 0,00 | 0,00 | 535,67 | 535,67 | 1.071,34 |
| | abr-14 | 1.397,01 | 1.190,01 | 237,49 | 237,49 | 35,19 | 35,19 | 202,30 | 202,30 | 404,60 |
| | mai-14 | 1.736,00 | 1.724,00 | 295,12 | 295,12 | 2,04 | 2,04 | 293,08 | 293,08 | 586,16 |
| | jun-14 | 1.324,10 | 0,00 | 225,10 | 225,10 | 225,10 | 225,10 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | jul-14 | 1.052,44 | 1.035,44 | 178,91 | 178,91 | 2,89 | 2,89 | 176,02 | 176,02 | 352,05 |
| | ago-14 | 151,00 | 0,00 | 25,67 | 25,67 | 25,67 | 25,67 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | out-14 | 1.001,68 | 0,00 | 170,29 | 170,29 | 170,29 | 170,29 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | nov-14 | 181.002,50 | 181.002,50 | 30.770,43 | 30.770,43 | 0,00 | 0,00 | 30.770,43 | 30.770,43 | 61.540,85 |
| | dez-14 | 1.160,00 | 0,00 | 197,20 | 197,20 | 197,20 | 197,20 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | jan-15 | 16,50 | 0,00 | 2,81 | 2,81 | 2,81 | 2,81 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | fev-15 | 1.274,90 | 1.144,00 | 216,73 | 216,73 | 22,25 | 22,25 | 194,48 | 194,48 | 388,96 |
| | mar-15 | 3.465,00 | 0,00 | 589,05 | 589,05 | 589,05 | 589,05 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | abr-15 | 10.934,00 | 10.934,00 | 1.858,78 | 1.858,78 | 0,00 | 0,00 | 1.858,78 | 1.858,78 | 3.717,56 |
| | ago-15 | 36.288,00 | 36.288,00 | 6.168,96 | 6.168,96 | 0,00 | 0,00 | 6.168,96 | 6.168,96 | 12.337,92 |
| | set-15 | 1.870,00 | 1.870,00 | 317,90 | 317,90 | 0,00 | 0,00 | 317,90 | 317,90 | 635,80 |
| | out-15 | 1.171,52 | 1.171,52 | 199,16 | 199,16 | 0,00 | 0,00 | 199,16 | 199,16 | 398,32 |
| | nov-15 | 1.158,61 | 1.158,61 | 196,96 | 196,96 | 0,00 | 0,00 | 196,96 | 196,96 | 393,93 |
| | dez-15 | 42.826,44 | 42.826,44 | 7.280,49 | 7.280,49 | 0,00 | 0,00 | 7.280,49 | 7.280,49 | 14.560,99 |
| | mar-16 | 5.560,10 | 5.560,10 | 1.000,82 | 1.000,82 | 0,00 | 0,00 | 1.000,82 | 1.000,82 | 2.001,64 |
| | mai-16 | 42.558,18 | 42.558,18 | 7.660,47 | 7.660,47 | 0,00 | 0,00 | 7.660,47 | 7.660,47 | 15.320,94 |
| | jun-16 | 1.233,28 | 1.233,28 | 221,99 | 221,99 | 0,00 | 0,00 | 221,99 | 221,99 | 443,98 |
| | ago-16 | 4.300,60 | 4.300,60 | 774,11 | 774,11 | 0,00 | 0,00 | 774,11 | 774,11 | 1.548,22 |
| | out-16 | 375,00 | 375,00 | 67,50 | 67,50 | 0,00 | 0,00 | 67,50 | 67,50 | 135,00 |
| | dez-16 | 169.581,13 | 1.204,00 | 30.524,60 | 30.524,60 | 30.307,88 | 30.307,88 | 216,72 | 216,72 | 433,44 |
| | | | | | | | | | | |
| | | 541.593,73 | 365.731,42 | 94.307,02 | 94.307,02 | 31.580,36 | 31.580,36 | 62.726,65 | 62.726,65 | 125.453,32 |

Acusação n. 02 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

Nesta acusação a irregularidade constatada versa sobre a ocorrência de falta de recolhimento do ICMS com infringência ao art. 106, do RICMS/PB, com penalidade no artigo 82, II “e”, da Lei nº 6379/96, *in verbis*:

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

(...)

IV. até o 10º (décimo) dia do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos casos de estabelecimentos industriais;

Nesta esteira, considerando haver o contribuinte infringido a legislação tributária, o auditor fiscal responsável pela lavratura do auto de infração em tela, propôs, como medida punitiva, a aplicação da multa insculpida no art. 82, inciso II, alínea “e”, da Lei 6.379/96, *in verbis*:



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

II. de 50% (cinquenta por cento)

(...)

e)- aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Em nota explicativa o auditor fiscal responsável pelo feito discorre que a falta de recolhimento do ICMS foi motivada por:

Nota Explicativa: EM RAZÃO DO CONTRIBUINTE, QUANTO AS OPERAÇÕES DESTINADAS A ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMERCIO, NÃO TER CUMPRIDO COM OS REQUISITOS ESTABELECIDOS PARA A FRUIÇÃO DA ISENÇÃO, QUANDO NÃO MENCIONOU NA NOTA FISCAL, NO CAMPO ' INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES', O NÚMERO DE INSCRIÇÃO DO ESTABELECIMENTO NA SUFRAMA E O CÓDIGO DE IDENTIFICAÇÃO DA REPARTIÇÃO FISCAL. A QUE ESTIVER SUBORDINADO O SEU ESTABELECIMENTO SENDO TAIS OPERAÇÕES CONSIDERADAS TRIBUTADAS, POR INFRAÇÃO AO ART. 5º, INCISO LXII, C/C ART. 435, § 1º, AMBOS DO RICMS/PB, PLANILHA ANEXO.

A infração objeto desta acusação é a de que o contribuinte efetuou saídas de produtos destinados à zona franca de Manaus e área livre comércio, sem contudo ter cumprido com os requisitos estabelecidos para a fruição da isenção, quando não mencionou na nota fiscal, no campo “ Informações Complementares” o número de inscrição do estabelecimento na Suframa e o código de identificação da repartição fiscal, senão vejamos:

RICMS/PB

Art. 5º. São isentas do imposto:

(...)

LXII – as saídas de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, desde que o estabelecimento destinatário tenha domicílio no município de Manaus, observado o disposto no §20 deste artigo e no art. 435, e, ainda, o seguinte (Convenio ICM 65/88 e ICMS 49/94):

a).a isenção não se aplica às operações com os seguintes produtos: armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, açúcar de cana e automóvel de passageiro;

b).para efeito de fruição do benefício, o estabelecimento remetente deverá abater do preço da mercadoria o valor indicado expressamente na nota fiscal equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção;

c).a isenção fica condicionada à comprovação da entrada dos produtos no estabelecimento destinatário (g.n.)

§ 20. O benefício de que trata o inciso LXII, estende-se às Áreas de Livre Comércio de Macapá e Santana, no Estado do Amapá, Bonfim e Pacaraima, no Estado de Roraima, Guajaramirim, no Estado de Rondônia, Tabatinga, no Estado do Amazonas, e Cruzeiro do Sul e Basiléia, com extensão para o Município de Epitaciolândia, no Estado do Acre (Convenio ICMS 37/97).

Art. 435. Nas saídas de produtos industrializados, de origem nacional com destino à Zona Franca de Manaus a que se refere o inciso LXII do art. 5º. A nota fiscal será emitida em 05 (cinco) vias que terão a seguinte destinação (Convenio ICMS 52/92 e 121/92 e Ajustes SINIEF 02/94 e 03/94).



I -

§1º. O contribuinte remetente mencionará na nota fiscal, no campo 'INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES', o número de inscrição a repartição fiscal a que estiver subordinado o seu estabelecimento (g.n.)

Vale lembrar, que a concessão da isenção é uma exceção à regra de tributação a ela se aplica o princípio geral de hermenêutica segundo o qual as exceções são interpretadas restritivamente, ou seja, para a sua concessão o contribuinte deve comprovar, de forma inequívoca, que se enquadra na situação descrita em lei, conforme art. 111 do CTN.

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I- suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II- outorga de isenção;

III- dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Analisando o caderno processual, constata-se que o contribuinte está sendo compelido a recolher ICMS referente às suas operações destinadas a Zona Franca de Manaus e Área de Livre Comércio, pelo simples fato de não ter mencionado na nota fiscal, no campo “ Informações Complementares” o número de inscrição do estabelecimento na Suframa e o Código de identificação da repartição fiscal.

Sobre o tema, merece destaque o seguinte fragmento da sentença monocrática, da qual me acosto, senão vejamos:

“Acerca do fato ora narrado, não me parece justo, nem acertado, transformar uma operação isenta em operação tributada, pela simples desatendido, pelo remetente, de meras formalidades regulamentares.

Ora, descumprimento de obrigação acessória não é fato gerador do imposto.

Dessa forma, o fisco só está legitimado a tributar tal operação no caso do contribuinte não atender às disposições impostas no art. 5º,II, alíneas “a”, “b” e “c”, e não pelo simples desatendimento de meras formalidades regulamentares”.

Com efeito, a referida isenção para ser efetivada necessita que o estabelecimento destinatário tenha domicílio no município de Manaus ou nas cidades da Área de Livre Comércio, neste último caso, conforme dispõe o § 20, do art. 5º , do RICMS/PB, e, por sua vez, a isenção fica condicionada à comprovação da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário, situado no referido município.

O Princípio da verdade material, que permeia todo o Processo Administrativo Tributário, traduz a ideia que, na apuração dos fatos, deve ser sempre buscado o máximo de aproximação com a certeza. Sua aplicação ao processo administrativo justifica-se na medida em que a Administração, na busca constante pela satisfação do interesse público, não deve conformar-se com a verdade meramente processual. Pode e deve estender sua atividade investigatória, valendo-se de elementos diversos daqueles. Neste esteio, não se pode olvidar que restou comprovado pela



Impugnante que todas as notas fiscais questionadas pelo fiscal autuante foram desembaraçadas e seladas pela SUFRAMA – Superintendência da Zona Franca de Manaus, conforme se depreende através da Declarações de Ingresso (fls. 691 a 793) dos autos.

Ainda acerca da declaração de ingresso emitida pela Suframa, a mesma assim dispõe:

“Declaramos que a (s) mercadorias(s) pela (s) Notas Fiscais(is) abaixo relacionadas(s) ingressaram na área de exceção fiscal administrada pela SUFRAMA estando aptas para usufruto dos benefícios inerentes ao modelo Zona Franca de Manaus”

Assim sendo, não restam dúvidas que a Autuada promoveu a devida comprovação do ingresso de suas mercadorias na ZFM e/ou ALC, estando apta a usufruir do benefício fiscal da isenção nos termos do art. 5º, LXII, do RICMS/PB.

Diante do exposto, não merece reparos a decisão monocrática, da qual ratifico na integridade.

Acusação n. 03 – PAGAMENTO EXTRA-CAIXA

Esta acusação tem por fundamento os arts.158,I,art.160,I,com fulcro no art.646,caput, inciso III, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97,*in verbis*:

Art.646.Autorizamapresunçãodeomissãoadesaídasdemercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a provada 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;

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

Parágrafoúnico.Apresunçãodequecuidaesteartigoaplica-

se,igualmente,aqualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final decaixaebancos,bemcomo,adiferençatributávelverificadanolevantamentoda Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação deque houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabrica dos, quando da transferência ou venda, conforme o caso.

Ao ser configurada a ocorrência de pagamento com receita extracaixa, deve ver aplicada a multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96. Senão, vejamos:



Art.82.AsmultasparaasquaisseadotarácritérioreferidonoincisoII,doart.80,se
rãosseguintes:

(...)

V- de 100%(cem por cento)

(...)

f)aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração; (grifo nosso)

O Representante Fazendário instruiu a denúncia em comento com as planilhas acostados às (fls.34e50) dos autos, denominados CONTA FORNECEDORES –SALDO FINAL DE BALANÇO 2014/2015

Inconformada, o Contribuinte roga pela nulidade da acusação, afirma, que os trabalhos desenvolvido pela autoridade fiscal foi feito de forma completamente aleatória, sem o lastro probatório mínimo necessário à verificação da veracidade dos fatos, o que de fato foi constatado foi o não pagamento de duplicatas, e não desembolso não registrado, o que torna incompatível o enquadramento realizado. Resta claro que a autoridade fiscal realizou um exercício de interpretação totalmente equivocado para subsunção normativa. Por fim, aduz que a defesa a única possibilidade de realizar o referido enquadramento seria verificando se houve, efetivamente, o pagamento do saldo encontrado, diligencia que a autoridade fiscal não teve a hombridade de adotar.

Como se percebe, a infração de pagamento extracaixa exige a apresentação dos fatos indiciários, quais sejam, dos **desembolsos documentalmente comprovados que não foram escriturados a crédito na conta caixa**, de acordo com o regramento previsto no inciso III, do art. 646, do RICMS/PB, já transcrito anteriormente.

Em verdade, vislumbra-se uma repercussão tributária por falta de comprovação da obrigação constituída em conta de conta de fornecedores sem justificativa de sua manutenção no passivo circulante, fato que não se confunde com a situação tipificada pela fiscalização de pagamento não registrado no Caixa, diante da carência de documentação que comprove o desembolso efetivado na forma de pagamento extracaixa.

Pois bem. O Roteiro de Fiscalização no item 5.3.2 ao disciplinar a hipótese de repercussão tributária com fatos apurados emanados de pagamentos com receita extracaixa que se materializa sobre a constatação de ausência de lançamento de desembolsos **documentalmente comprovados em Caixa**, na forma do inciso III do art. 646 do RICMS/PB, ou seja, é necessária a constatação de documento das despesas pagas e não contabilizadas no Caixa, fato este não ocorrido quando a fiscalização se deparou com a existência de obrigações sem lastro de pagamento ou sem comprovação na conta de fornecedores sobre um saldo fictício de obrigações, visto que, para tal hipótese infracional, se aplicaria o inciso II, do artigo citado, caso contrário, estaremos



diante de uma presunção aplicada sobre outras presunção em procedimento fiscal própria, já que não se tem notícia do documento pago e não contabilizado na conta Caixa. Vejamos o item do roteiro abaixo:

5.3.2. PAGAMENTO COM RECEITA EXTRA CAIXA:

A repercussão no recolhimento do ICMS ocorre quando se verifica através da aferição da Conta Caixa, quanto aos lançamentos realizados a crédito, a ocorrência de pagamentos com valores ou datas divergentes dos documentos pertinentes, ou a ausência de lançamento a crédito de desembolsos documentalmente comprovados, fazendo surgir à presunção legal de que o numerário utilizado para o pagamento teria advindo da omissão pretérita de saídas de mercadorias tributáveis com base no art. 646 do RICMSPB.

Neste ponto, cumpre destacar o pronunciamento preciso do julgador *a quo*, senão vejamos:

“Dessa forma, não obstante o zeloso e criterioso trabalho desenvolvido pelo diligente fiscal atuante, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, vez que denunciou “pagamento extracaixa”, em virtude de análise da conta fornecedores, quando, em verdade, os demonstrativos anexos ao auto infracional (fls. 34,35,50,51, 67 e 68), demonstram a existência de passivo fictício. Assim, resta configurado o vício formal previsto no art. 17, inciso II, da lei nº 10.094/2013.

Diante da identificação de vício formal na descrição do fato infringente, tendo em vista que esse vício compromete a exigibilidade do crédito tributário, face ao desencontro entre o fato efetivamente identificado, pela Fiscalização, e a tipificação por esta, realizada no libelo basilar, o que suscita o desfecho na disciplina do art. 14, III, c/c o art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013, senão vejamos:

Art. 14. São nulos:

(..)

III. os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

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;(g.n)

Por oportuno, ressalte-se que, apesar do defeito da forma que comprometeu o feito fiscal, a sentença de nulidade **não decide em definitivo em favor do acusado**. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório.

A consequência da declaração de nulidade por vício formal é a possibilidade do refazimento do lançamento, nos termos do art. 173, II, do CTN e art.18 da Lei nº10.094/13.

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Em casos semelhantes, já se posicionou o Egrégio Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, como o Acórdão Nº 0105/2022, Relator Consº. Leonardo do Egito Pessoa, o qual transcrevemos a ementa:

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA - QUITAÇÃO. SUPRIMENTO IRREGULAR DE CAIXA - ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURADA. **PAGAMENTO EXTRA CAIXA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA – NULIDADE** - ALTERADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSOS DE OFÍCIO 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. No caso dos autos, o contribuinte não apresentou provas capazes de desconstituir o feito fiscal e promoveu o pagamento integral do crédito tributário constituído.

- Meras transferências de valores da conta Bancos da empresa para a sua conta Caixa, por si só, não caracterizam suprimento irregular de Caixa.

- A peça acusatória cuja descrição do fato referente a pagamento extra caixa se apresenta inexata, de modo a dificultar o ajustamento do fato à lei, caracteriza-se eivada de vício formal insuscetível de correção nos próprios autos e, por isso mesmo deve ser declarada nula, para que outra seja realizada com a correta descrição da falta.



Por tudo isso, havemos de reconhecer que não merece reparos a sentença exarada pelo nobre julgador monocrático, de forma que ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade, dado que por demais pertinente.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de Ofício, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a sentença exarada na instância monocrática, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002677/2019-38, lavrado em 25/08/2019, em desfavor da empresa **INCOPLAST EMBALAGENS DO NORDESTE LTDA**, inscrita no CCICMS Nº 16.155.646-9, condenando ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 125.453,32** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e trinta e dois centavos, sendo: **R\$ 62.726,66** (sessenta e dois mil, setecentos e vinte e seis reais e sessenta e seis centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I, 160, I, c/fulcro art. 646, todos do RICMS/PB, Aprov. pelo Decreto n. 18.930/97 e o valor de **R\$ 62.726,66** (cento e vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e trinta e dois centavos) de multa por infração ao art. 82, V, “F”, da Lei 6.379/96.

Ao tempo que cancelo por indevido o valor de R\$. 4.170.001,41 (quatro milhões, cento e setenta mil, um real e quarenta e um centavos), sendo R\$ 2.340.190,20 (dois milhões, trezentos e quarenta mil, cento e noventa reais e vinte centavos) de ICMS e R\$. 1.829.811,21 (um milhão, oitocentos e vinte e nove mil, oitocentos e onze reais e vinte e um centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Ressalto a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão do vício formal indicado quanto a acusação nº 03 – **Pagamento extra-caixa**.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por vídeo conferência, em 25 de abril 2023.

José Valdemir da Silva
Conselheiro Relator