

PROCESSO N° 0591602017-1

ACÓRDÃO N° 0237/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME

2ª Recorrente: IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME

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

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

Autuante: MARIA ELIANE FERREIRA FRADE

Relator: CONS°. PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PASSIVO FICTÍCIO. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO INSUFICIENTE PARA SE DETERMINAR A MATÉRIA TRIBUTÁVEL - VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS. ALTERADA, DE OFÍCIO, A SENTENÇA MONOCRÁTICA, QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção “*juris tantum*” de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. No caso dos autos, a recorrente apresentou provas materiais que ilidiu parte da acusação fiscal.

- A descrição genérica do fato infringente, relativo à infração nº 0285, aliada à imprecisão quanto à indicação da origem dos valores denunciados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Configurado efetivo prejuízo à defesa do administrado.

- A descrição da infração nº 0254 se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa, o que ensejou no reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.

- 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*”, foram feitos ajustes necessários na repercussão tributária sobre o exercício de 2014, diante da dedução da parcela já tributada no exercício anterior, restando comprovada a parcialidade da denúncia de passivo fictício.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e parcial provimento do segundo, e alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2017-39, lavrado em 25/4/2017, contra a empresa IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.198.352-9, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ **267.845,86** (duzentos e sessenta e sete mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ **133.922,93** (cento e trinta e três mil, novecentos e vinte e dois reais e noventa e três centavos), de ICMS, por infringência ao art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, IV, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ **133.922,93** (cento e trinta e três mil, novecentos e vinte e dois reais e noventa e três centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 208.747,50 (duzentos e oito mil, setecentos e quarenta e sete reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 110.021,35 (cento e dez mil, vinte e um reais e trinta e cinco centavos) de ICMS, R\$ 98.726,15 (noventa e oito mil, setecentos e vinte e seis reais e quinze centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de maio de 2021.



PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LEONARDO DO EGITO PESSOA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor Jurídico

PROCESSO Nº 0591602017-1

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME

2ª Recorrente: IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME

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

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

Autuante: MARIA ELIANE FERREIRA FRADE

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS. PASSIVO FICTÍCIO. INFRAÇÕES CARACTERIZADAS EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO INSUFICIENTE PARA SE DETERMINAR A MATÉRIA TRIBUTÁVEL – VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS. ALTERADA, DE OFÍCIO, A SENTENÇA MONOCRÁTICA, QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção “*juris tantum*” de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB. No caso dos autos, a recorrente apresentou provas materiais que ilidiu parte da acusação fiscal.

- A descrição genérica do fato infringente, relativo à infração nº 0285, aliada à imprecisão quanto à indicação da origem dos valores denunciados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Configurado efetivo prejuízo à defesa do administrado.

- A descrição da infração nº 0254 se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa, o que ensejou no reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.

- 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*”, foram feitos ajustes necessários na repercussão tributária sobre o exercício de 2014, diante da dedução da parcela já tributada no exercício anterior, restando comprovada a parcialidade da denúncia de passivo fictício.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte os *recursos de ofício e voluntário*, interpostos, respectivamente, nos termos dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2017-39, lavrado em 25 de abril de 2017, em desfavor da empresa, IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME, inscrição estadual nº 16.092.386-7, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> 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;

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de Recolhimento do imposto estadual.

0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM

VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa:

DEIXOU DE DECLARAR EM EFD E OU MAPA RESUMO AS REDUÇÕES Z EMITIDAS.

0005 - 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.

Em decorrência destes fatos, os representantes fazendários lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 476.593,36, sendo R\$ 243.944,28, de ICMS, por infringência ao art. 158, I c/c 160, I c/fulcro no art. 646, art. 376, e art. 379, c/c Art. 106, II, "a", todos do RICMS/PB, e R\$ 232.649,08 de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, "e", e art. 82, V, "f", da Lei nº 6.379/96.

Termos de Início e Encerramento de Fiscalização, Demonstrativos fiscais, notificações e provas documentais instruem o processo às fls. 10 a 190.

Cientificada da ação fiscal por via postal com Aviso de Recebimento – AR, em 16/5/2017, fls. 191 e 192, a autuada apresentou reclamação tempestiva, protocolada em 1º/6/2017, fl. 193 a 197, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa, que:

- no tocante a acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, informa que não há provas materiais que ateste que a empresa tenha recebido as mercadorias constantes nas notas fiscais;
- cabe ao fisco estadual a obrigação processual de solicitar aos fornecedores cópias de todos os recibos de entrega das mercadorias, assumindo o ônus da prova da acusação;
- a simples apuração de eventual omissão de compras, lastreada em simples presunção, por si só, não é elemento bastante para caracterizar a omissão de receitas, sendo mero indício que indica a possível ocorrência de um ilícito fiscal;
- caso não sejam suficientes os argumentos apresentados, tomará as medidas cabíveis para registrar um boletim de ocorrência junto a Delegacia de Ordem Tributária para tomar as providências cabíveis;
- desconhece as razões de aplicação de multa acessória quanto aos arquivos magnéticos e de irregularidade no uso do ECF, o que motiva a nulidade do auto de infração;
- sobre a acusação de PASSIVO FICTÍCIO entende que caberia a fiscalização identificar a origem das obrigações que culminaram com a base de cálculo apurada, sendo prejudicada em sua defesa, pois não se sabe quais os fornecedores que ensejaram esse montante apurado;
- ao final, requer a improcedência do auto de infração em tela.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, fl. 198, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela *procedência parcial* do feito fiscal, fls. 201 a 217, condenando o contribuinte ao crédito tributário de R\$ 268.818,22, sendo R\$ 134.409,11 de ICMS, e R\$ 134.409,11 de multa por infração, proferindo a seguinte ementa:

DIVERSAS ACUSAÇÕES. NULIDADE. INFRAÇÃO NÃO DENUNCIADA. VÍCIO FORMAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS. PROCEDÊNCIA. PASSIVO FICTÍCIO. PROVAS IMPERTINENTES. AJUSTES NA REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. PARCIALIDADE.

- *Nulidade das infrações nº 0285 e 0254, diante do fato delituoso ser encontrar lacunoso na descrição acusatória, além de inconsistente nos demonstrativos elaborados frente ao crédito constituído, caracterizando vício formal com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário.*

- *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, IV do RICMS/PB. “In casu”, comprovou-se a procedência da acusação diante da falta de prova negativa válida de que as notas fiscais de entradas foram registradas nos livros próprios da adquirente quando plenamente ativada no período.*

- *A figura do Passivo Fictício caracteriza-se pela manutenção no passivo de obrigações já pagas, onde as alegações apresentadas não justificam medida de improcedência do levantamento fiscal, no entanto, foram feitos ajustes necessários na repercussão tributária sobre o exercício de 2014, diante da dedução da parcela já tributada no exercício anterior, restando comprovada a parcialidade da denúncia de passivo fictício.*

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de DTe em 13/11/2020, a autuada protocolou recurso voluntário em 14/12/2020, fls. 214 a 234, em que traz à baila, em síntese, os seguintes pontos principais em sua defesa, após um breve relato dos fatos:

- requer a nulidade também das infrações nºs 0009 e 0555 (1ª e 4ª acusações), diante de denúncia sem a tipificação necessária em NOTA EXPLICATIVA, mostrando-se incompletos, devendo ser nulos com fundamento nos artigos 41, V, 17, II e 14, III, da Lei nº 10.094/2013;
- que a simples emissão de documentos fiscais, conforme listagem às fls. 18 e 20, não autoriza a presunção de que as recorrentes teriam recebido;
- nega o recebimento das respectivas mercadorias, e que teria ficado configurado que outras empresas estariam usando de má-fé a sua inscrição estadual;
- cita cinco notas fiscais que retornaram ao emitente, com as devidas notas fiscais de devolução/retorno, cujas mercadorias não ingressaram no estabelecimento da recorrente;
- quanto a acusação de passivo fictício, alega que esta poderia até ter foro de legitimidade se os agentes fazendários tivessem anexado aos autos como prova material, a identificação de cada obrigação já paga e não contabilizada, o que não foi feito;
- que a fiscalização só anexou como prova material os relatórios extraídos do arquivo Sped Contábil e demonstrativos de movimentação da Conta Mercadorias, Conta de Levantamento do ICMS e Conta Caixa, e que não haveria nenhuma obrigação paga sem ser contabilizada;
- que o Levantamento de Conta e Balanço Patrimonial seriam insuficientes para demonstrar o fato como infringente, o desconhecimento pela recorrente de quais as obrigações que teriam sido pagas e não contabilizadas ocasionou o seu cerceamento ao direito da ampla defesa de do contraditório;
- na oportunidade do ato de Impugnação juntou aos autos todos os pagamentos das obrigações, que foram devidamente contabilizados;
- ao final, requer que seja cancelado o Auto de Infração em epígrafe em sua totalidade, e que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto houver a discussão administrativa, e ainda, caso o seu pleito não seja atendido, solicita revisão e que eventuais valores remanescentes sejam lançados em novo feito acusatório.

Remetidos os autos a este Colegiado, foram estes distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos de ofício e voluntário contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2017-39 contra a empresa IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/13.

Argui a recorrente uma preliminar de nulidade das infrações remanescentes da decisão monocrática, relativamente às infrações nºs 0009 e 0555 (1ª e 4ª acusações), que se mostraria incompletas, pois não haveria a tipificação necessária em NOTA EXPLICATIVA.

Verifico que não assiste razão o contribuinte em sua motivação para nulidade destas infrações, pois a Nota Explicativa, como o próprio nome já diz, explica, esclarece, podendo até complementar quando a acusação assim exigir, não sendo seu preenchimento de caráter obrigatório, mormente o fato de que as descrições das infrações estão perfeitamente evidenciadas em seu local próprio, com as provas materiais da acusação instruindo o Processo, o que afasta o cerceamento de defesa pretendido pela recorrente, sobretudo que esta entendeu as infrações denunciadas e delas se defendeu em todos os momentos processuais oportunizados pela Lei nº 10.094/13, que rege o Processo Administrativo Tributário.

Com estas considerações, ressalto que os lançamentos de ofício em relação às acusações nºs 0009 e 0555 (1ª e 4ª acusações) estão de acordo com 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 (art. 142 do CTN), inclusive no que concerne aos elementos necessários à perfeita identificação da pessoa do infrator e a natureza da infração.

Quanto as demais infrações, afastadas pela instância singular, veremos adiante de forma individualizada, na análise do recurso de ofício.

1ª ACUSAÇÃO - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. (OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS)

A irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria deixado de lançar diversas notas fiscais de aquisição nos livros fiscais próprios, nos períodos de janeiro de 2013 a janeiro de 2014, maio, julho, setembro a dezembro de 2014, conforme a inicial e as planilhas demonstrativas que instruem o processo, e que verifico se tratarem de Notas Fiscais eletrônicas. Esta conduta omissiva fez surgir a *presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente*, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º 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.

RICMS/PB:

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.

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos a seguir:

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;

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

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;

A presunção de que trata a norma supracitada é relativa, pode ser ilidida por prova inequívoca por parte do sujeito passivo.

Alega a recorrente que a simples emissão de nota fiscal não autoriza a presunção de que teria havido o recebimento das respectivas mercadorias, negando seus recebimentos, e que outras empresas estariam usando de má-fé dados cadastrais.

Embora tais alegações já tenham sido devidamente enfrentadas na decisão monocrática, reforço os fundamentos de sua sentença, esclarecendo que a nota fiscal é documento dotado de validade jurídica, probante da ocorrência das operações mercantis. A existência destas destinadas ao sujeito passivo, sem registros em sua escrituração fiscal, transmite-lhe o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito

constituído. A simples negativa de não haver adquirido as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais denunciadas, sem provas que a sustente, não tem o condão de ilidir a acusação em tela. o que não ocorreu no presente caso.

Assim, não merece acolhimento a sua alegação de não recebimento das mercadorias, uma vez que não há prova nos autos acerca de tal fato. Além do quê, conforme o parágrafo único do artigo 56 da Lei nº 10.094/13 (Lei do PAT), o ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Tal entendimento não comporta maiores delongas, em face de a matéria já se encontrar sumulada pelo neste Conselho de Recursos Fiscais, diante da Súmula nº 02/2019, publicada no DOE–e em 19/11/2019, senão vejamos:

SÚMULA 02

NOTA FISCAL NÃO LANÇADA– A constatação de falta de registro da 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.

Cabe à recorrente, no caso de uso indevido de sua inscrição estadual por outras empresas, como alegado, tomar as medidas cabíveis no âmbito do direito penal e civil que lhe convier, em função dos prejuízos que lhe forem causados.

O contribuinte também alega que as mercadorias de cinco das notas fiscais denunciadas (nºs 337797, 94402, 2023971, 10737 e 546367) não ingressaram em seu estabelecimento, pois retornaram ao emitente, conforme o cancelamento das respectivas operações de vendas, conforme notas fiscais de entradas (retorno/devolução) por ele emitidas, conforme cópias dos DANFE's apresentados às fls. 224 a 232.

Das provas documentais apresentadas como sendo de retorno e devolução, NF's nºs 16087, 94729, 228778, 108234 e 20460, apenas a NF nº 94729 não faz referência a nenhuma nota fiscal de venda no corpo da referida nota fiscal, não podendo afirmar que se trata de devolução da NF nº 94402, como apontado pela recorrente.

Assim, diante das evidências das provas apresentas, devem ser excluídas da denúncia as Notas Fiscais nºs 337797 (janeiro/2013), 2023971 (setembro/2013), 107370 (setembro/2014) e 546367 (setembro/2014), conforme quadro abaixo demonstrado:

VALORES A SEREM EXCLUÍDOS, CUJAS OPERAÇÕES FORAM CANCELADAS PELA EMISSÃO DE DEVOLUÇÃO						
PERÍODO	NOTA FISCAL	CNPJ EMITENTE	NOTA FISCAL DE DEVOLUÇÃO DE VENDAS	DATA DE EMISSÃO	VALOR	ICMS A EXCLUIR
jan/13	337797	08.811.226/0019-03	16087	11/01/2013	1.312,96	223,20
set/13	2023971	08.715.757/0007-69	228778	01/10/2013	291,82	49,61
set/14	107370	03.954.834/0001-24	108234	15/09/2014	421,53	71,66
set/14	546367	08.811.226/0019-03	20460	13/09/2014	833,59	141,71
					TOTAL	486,18

2ª ACUSAÇÃO: 0285 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – PERÍODOS DE MARÇO E MAIO DE 2014.

Nesta acusação a fiscalização denuncia falta de recolhimento do ICMS, indicando como os fatos geradores ocorridos nos períodos de março e maio de 2014, os valores de R\$ 4.439,91 e 1.082,94 de ICMS, respectivamente.

O Julgador *a quo* entendeu como nula a acusação em tela, em razão da forma genérica em que foi apresentada, visto que a natureza da infração não foi perfeitamente identificada na peça acusatória.

Pois bem. Assiste razão o julgador singular em sua análise pela nulidade da acusação, pois estamos diante de uma denúncia sem a tipificação e descrição dos fatos necessários para conhecimento do fato tributário denunciado.

Vejo que há nos autos, à fl. 31, um demonstrativo da conta corrente do ICMS, em que aponta os valores denunciados na inicial, porém, sem indicar a razão da reconstituição, tampouco provas materiais que deram suporte a tal reconstituição.

Assim sendo, diante da falta de esclarecimento na peça acusatória, é fácil concluir que o lançamento compulsório em foco se caracteriza incompleto e, nessas circunstâncias, não se observa um dos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo: “a descrição da falta” conforme preconizam as disposições constantes do art. 41, V e art. 17, II, ambos, do novo ordenamento processual deste Estado, aprovado pela Lei nº 10.094/2013, adiante transcritos:

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

(...)

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;”

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;

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;

Com esses fundamentos, acompanho a decisão preliminar, que decidiu nulidade do lançamento de ofício referente à segunda acusação, “Falta de Recolhimento do ICMS”, ressaltando a possibilidade de um novo feito acusatório com a correta descrição da natureza da infração, evitando-se qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

3ª ACUSAÇÃO - 0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF.

Nota Explicativa:

DEIXOU DE DECLARAR EM EFD E OU MAPA RESUMO AS REDUÇÕES Z EMITIDAS.

Da mesma forma que na acusação anterior, o julgador fiscal considerou nulo o lançamento ora em questão, por vício de forma, pois os demonstrativos pertinentes a esta acusação não se identificam com os valores lançados na peça acusatória, havendo um comprometimento da descrição dos fatos.

Pois bem. Após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, também verifico, de início, a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, no que tange à descrição dos fatos, porém com fundamento diverso daquele levantado pelo julgador monocrático.

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, e em divergência com o fundamento esposado pela instância monocrática, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, havendo um descompasso entre a Descrição da Infração e a Nota Explicativa.

Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional a irregularidades no uso do ECF, a segunda afirma que houve ausência de recolhimento de ICMS, em virtude da falta de registro de Redução Z, cuja conduta foi detectada na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte referente aos ECF's.

Em verdade, o que se depreende dos autos é que o fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo deixado de registrar as operações por meio dele realizadas, reduzindo, desta forma, o valor do tributo devido. Assim, o contribuinte não cometeu, ao menos não restou demonstrado, irregularidades no uso dos equipamentos ECF, de forma que resta configurado o vício formal previsto no art. 17, II e III da Lei nº 10.094/2013:

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;

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.

Neste sentido, divirjo do fundamento exarado pela primeira instância, mas confirmo a existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal na acusação**, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

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.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no "caput", não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi

descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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.

Diante disso, mantenho a decisão de primeira instância, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade do Auto de Infração inicialmente lavrado, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta tipificação, demonstrando a origem dos valores denunciados na inicial.

4ª ACUSAÇÃO - PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS) – EXERCÍCIOS 2013 E 2014.

Nesta acusação, encontra-se presente a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, com fulcro no artigo 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

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;

Como já visto acima, a constatação de ocorrência de quaisquer das situações previstas no art. 646 do RICMS/PB impõe à Fiscalização o dever de lançar o crédito tributário com base na presunção legal de que o contribuinte realizou saídas de mercadorias tributáveis ou prestou serviços tributáveis sem o recolhimento do ICMS devido, afrontando, assim, os artigos 158, I e 160, I, ambos do RICMS/PB.

Com efeito, o Passivo Fictício ocorre quando a empresa mantém, em seu passivo, obrigações já liquidadas com utilização de numerários cuja origem não foi declarada (receitas não oferecidas à tributação).

No caso em análise, a Fiscalização acusa a Autuada de ter mantido, no passivo, obrigações já pagas e não contabilizadas no valor de R\$ 511.438,49, referente ao exercício de 2013, e R\$ 629.663,50, inerente ao exercício de 2014.

Em seu recurso voluntário, alega a recorrente que a fiscalização só anexou como prova material os relatórios extraídos do arquivo Sped Contábil e demonstrativos de movimentação da Conta Mercadorias, Conta de Levantamento do ICMS e Conta Caixa, e que não haveria nenhuma obrigação paga sem ser contabilizada. Aduz ainda que o Balanço patrimonial era insuficiente para demonstrar o fato infringente, e que na Impugnação foram juntados aos autos todos os pagamentos das obrigações, e que teriam sido devidamente contabilizados.

Equivoca-se o contribuinte em suas alegações, pois observo que a fiscalização partiu da reconstituição da Conta Fornecedores, conforme fl. 35, cujos dados foram extraídos de sua contabilidade, cópias anexas às fls. 36, e as duplicatas pagas fornecidas pelo sujeito

passivo, foram todas consideradas no Levantamento Fiscal, sendo as provas apresentadas pela fiscalização suficientes para identificação do passivo fictício, cabendo à recorrente apresentar provas capazes de ilidir a acusação, o que vislumbro não ter ocorrido.

Contudo, o diligente julgador singular observou que, na reconstituição da Conta Fornecedores, o passivo fictício identificado no exercício de 2014 está incluído a exação levantada no exercício de 2013, devendo este ser deduzido do montante verificado em 2014, conforme esclarece de forma didática o douto julgador monocrático, em seu texto que abaixo reproduzo:

“Dessa forma, quando se constata a ocorrência de passivo fictício em dois exercícios seguintes, se faz necessário deduzir do montante apurado no exercício seguinte, a repercussão tributária apurada e tributada do exercício anterior e que permanece no cômputo do saldo de balanço cujos valores de obrigações se encontram transportados ou incorporados nos saldos dos exercícios seguintes, já que não foram baixados, em face do uso de receitas não declaradas.”

Dessa forma, foi realizado a devida correção no valor do passivo fictício do exercício de 2014, conforme quadro demonstrativo que abaixo reproduzo:

A) Compras a Prazo no Exercício	2.306.710,99
(B) Pagamento no Exercício de Compras a Prazo	1.706.147,40
(C) Saldo Fiscal do Exercício (A - B)	600.563,59
(D) Saldo Fiscal Registrado no Balanço em 2014	1.230.227,09
(E) Passivo Fictício Apurado no Exercício (D - C)	629.663,50
(F) Passivo Fictício apurado em 2013	511.438,49
(G) PASSIVO FICTÍCIO REAL EM 2014 (E - F)	118.225,01
(H) ICMS DEVIDO	20.098,25

Destarte, comungo com a decisão do julgador fiscal, decretando a procedência parcial da acusação em epígrafe, decorrente da evidência do passivo fictício, com as devidas correções.

INFRAÇÃO	PERÍODO		ICMS DEVIDO	MULTA	TOTAL
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/01/2013	31/01/2013	-	-	-
	01/02/2013	28/02/2013	1.260,50	1.260,50	2.521,00
	01/03/2013	31/03/2013	2.158,31	2.158,31	4.316,62
	01/04/2013	30/04/2013	747,74	747,74	1.495,48
	01/05/2013	31/05/2013	37,40	37,40	74,80
	01/06/2013	30/06/2013	929,27	929,27	1.858,54
	01/07/2013	31/07/2013	548,77	548,77	1.097,54
	01/08/2013	31/08/2013	368,99	368,99	737,98
	01/09/2013	30/09/2013	106,93	106,93	213,86
	01/10/2013	31/10/2013	2.228,33	2.228,33	4.456,66
	01/11/2013	30/11/2013	973,37	973,37	1.946,74
	01/12/2013	31/12/2013	635,82	635,82	1.271,64
	01/01/2014	31/01/2014	148,67	148,67	297,34
01/05/2014	31/05/2014	175,04	175,04	350,08	

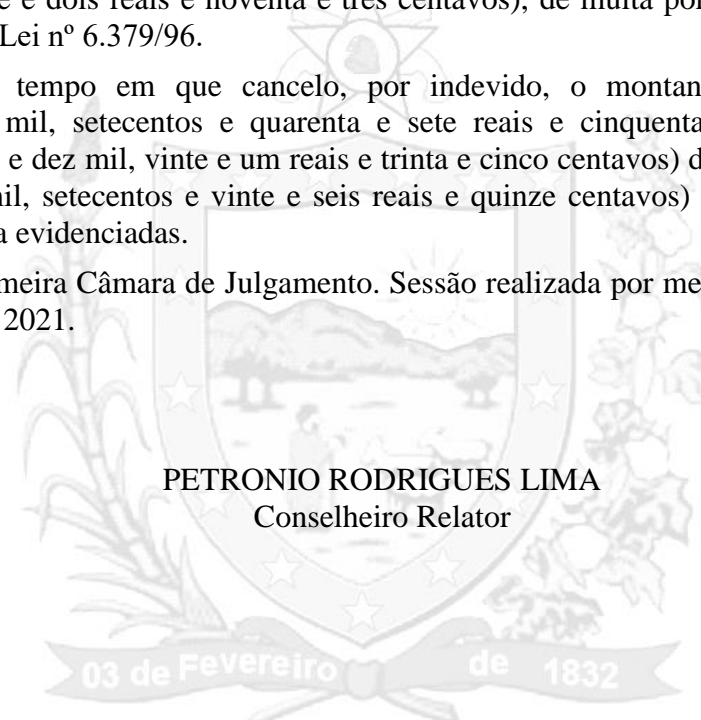
	01/07/2014	31/07/2014	35,70	35,70	71,40
	01/09/2014	30/09/2014	5.575,92	5.575,92	11.151,84
	01/10/2014	31/10/2014	1.459,60	1.459,60	2.919,20
	01/11/2014	30/11/2014	9.166,88	9.166,88	18.333,76
	01/12/2014	31/12/2014	322,90	322,90	645,80
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF.	01/05/2013	31/05/2013	-	-	-
	01/06/2013	30/06/2013	-	-	-
	01/07/2013	31/07/2013	-	-	-
	01/08/2013	31/08/2013	-	-	-
	01/09/2013	30/09/2013	-	-	-
	01/10/2013	31/10/2013	-	-	-
	01/11/2013	30/11/2013	-	-	-
	01/12/2013	31/12/2013	-	-	-
	01/01/2014	31/01/2014	-	-	-
	01/02/2014	28/02/2014	-	-	-
	01/03/2014	31/03/2014	-	-	-
	01/04/2014	30/04/2014	-	-	-
	01/05/2014	31/05/2014	-	-	-
	01/06/2014	30/06/2014	-	-	-
	01/07/2014	31/07/2014	-	-	-
	01/08/2014	31/08/2014	-	-	-
	01/09/2014	30/09/2014	-	-	-
	01/10/2014	31/10/2014	-	-	-
	01/11/2014	30/11/2014	-	-	-
	01/12/2014	31/12/2014	-	-	-
	01/01/2015	31/01/2015	-	-	-
	01/02/2015	28/02/2015	-	-	-
	01/03/2015	31/03/2015	-	-	-
	01/04/2015	30/04/2015	-	-	-
	01/05/2015	31/05/2015	-	-	-
	01/06/2015	30/06/2015	-	-	-
	01/07/2015	31/07/2015	-	-	-
	01/08/2015	31/08/2015	-	-	-
	01/09/2015	30/09/2015	-	-	-
	01/10/2015	31/10/2015	-	-	-
	01/11/2015	30/11/2015	-	-	-
	01/12/2015	31/12/2015	-	-	-
01/01/2016	31/01/2016	-	-	-	
01/03/2016	31/03/2016	-	-	-	
01/04/2016	30/04/2016	-	-	-	
01/05/2016	31/05/2016	-	-	-	
01/06/2016	30/06/2016	-	-	-	
01/07/2016	31/07/2016	-	-	-	
01/02/2016	29/02/2016	-	-	-	
01/02/2016	28/02/2016	-	-	-	
PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS)	01/05/2013	31/12/2013	86.944,54	86.944,54	173.889,08
	01/01/2014	31/12/2014	20.098,25	20.098,25	40.196,50
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.	01/03/2014	31/03/2014	-	-	-
	01/05/2014	31/05/2014	-	-	-
CRÉDITO TRIBUTÁRIO			133.922,93	133.922,93	267.845,86

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e parcial provimento do segundo, e alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2017-39, lavrado em 25/4/2017, contra a empresa IZABEL E DANIELE SUPERMERCADO VAREJÃO LTDA. ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.198.352-9, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ **267.845,86** (duzentos e sessenta e sete mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oitenta e seis centavos), sendo R\$ **133.922,93** (cento e trinta e três mil, novecentos e vinte e dois reais e noventa e três centavos), de ICMS, por infringência ao art. 158, I, art. 160, I, c/ fulcro no art. 646, IV, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ **133.922,93** (cento e trinta e três mil, novecentos e vinte e dois reais e noventa e três centavos), de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 208.747,50 (duzentos e oito mil, setecentos e quarenta e sete reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 110.021,35 (cento e dez mil, vinte e um reais e trinta e cinco centavos) de ICMS, R\$ 98.726,15 (noventa e oito mil, setecentos e vinte e seis reais e quinze centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência em 19 de maio de 2021.



PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator