

PROCESSO Nº 1655382020-1

ACÓRDÃO Nº 0244/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: SÉRGIO RICARDO ARAÚJO DO NASCIMENTO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. RESULTADO INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO - DENÚNCIA DEBELADA - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Constatados que os custos dos produtos vendidos superaram as receitas das vendas, ficam evidenciadas saídas tributáveis menores que o custo de produção, restando caracterizada a falta de pagamento do imposto devido. In casu, a constatação da existência de lançamento (passivo fictício) com julgamento anterior da prática de infrações concorrentes, determina que a acusação de maior monta absorva a acusação de menor monta, situação aplicada para a presente acusação, o que impõe a exclusão do crédito tributário lançado.

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, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001545/2020-22, lavrado em 30 de outubro de 2020, em desfavor da empresa CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA, eximindo-a de quaisquer ônus decorrente do presente Processo.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em
17 de maio de 2022.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.



SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 1655382020-1

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: SÉRGIO RICARDO ARAÚJO DO NASCIMENTO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. RESULTADO INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO - DENÚNCIA DEBELADA - AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Constatados que os custos dos produtos vendidos superaram as receitas das vendas, ficam evidenciadas saídas tributáveis menores que o custo de produção, restando caracterizada a falta de pagamento do imposto devido. In casu, a constatação da existência de lançamento (passivo fictício) com julgamento anterior da prática de infrações concorrentes, determina que a acusação de maior monta absorva a acusação de menor monta, situação aplicada para a presente acusação, o que impõe a exclusão do crédito tributário lançado.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso de ofício interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001545/2020-22, lavrado em 30 de outubro de 2020 em desfavor da empresa CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA, inscrição estadual nº 16.154.746-0.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0014 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter omitido saídas de produtos tributáveis, detectado mediante constatação de saídas de mercadorias ou transferências abaixo do preço de custo dos produtos acabados.

Nota Explicativa.: EFETUADO O EXAME DE AUDITORIA "RESULTADO INDUSTRIAL", RELATIVO AO EXERCÍCIO 2016, O CUSTO DE PRODUÇÃO SUPEROU O FATURAMENTO DECLARADO, DANDO CAUSA, ASSIM, À COBRANÇA DO ICMS ORA INFORMADO - AFORA ACRÉSCIMOS LEGAIS.

Em decorrência do fato acima, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 1.406.441,12 (hum milhão, quatrocentos e seis mil, quatrocentos e quarenta e um reais e doze centavos)**, sendo R\$ 703.220,56 (setecentos e três mil, duzentos e vinte reais e cinquenta e seis centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I c/c 646, parágrafo único e 645, §§ 1º e 2º, todos do RICMS/PB e R\$ 703.220,56 (setecentos e três mil, duzentos e vinte reais e cinquenta e seis centavos) a título de multa por infração, embasada no artigo 82, V, alínea “F”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios às folhas 5 a 10 dos autos.

Cientificada, do resultado da ação fiscal, por meio do seu Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 30/10/2020 (fl. 04), a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 27/11/2020 (fls. 14-22). Em sua defesa, ao qual relatamos em apertada síntese, a impugnante alega:

1- Cabe observar que a atual exigência não pode prosperar em face de existência de concorrência com os valores levantados na apuração do passivo fictício para o mesmo exercício através do Auto de Infração anterior nº 93300008.09.00001983/2019-57 (está em ambiente de CRF aguardando julgamento), clarividência de *bis in idem*, devendo prevalecer a de maior monta como determina o Conselho de Recursos Fiscais, no caso é o auto de infração de omissão de saídas de produtos tributáveis (passivo fictício);

Diante do que foi apresentado, a defendente requer o seguinte:

- Que essa Gerência Executiva de Julgamento de Processos fiscais receba a atual defesa administrativa posto que esculpida e protocolada no tempo e forma permitidos na LOE 10.094/13;
- Que uma vez recebida, seja a mesma acolhida pelo juízo singular, para m como forma de justiça fiscal, se dignar em reconhecer o Auto de Infração nº 93300008.09.00001545/2020-22 como improcedente;
- Que seja a intimação acerca do resultado do julgamento por este E. Conselho direcionada também aos procuradores ora constituídos no exercício de representação da defendente, posto que, além de ser a matéria de domínio técnico apenas dos mesmos, é imprescindível se fazer cumprir, no âmbito de realização dos atos administrativos, as exigências do art. 272, §2º do CPC fidelizado pelo art. 5º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de nulidade do respectivo ato de intimação e seus prospectivos efeitos.

Sem informação de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (fls. 27) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuído a julgadora fiscal Eliane Vieira Barreto Costa, que julgou o auto de infração improcedente, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS (RESULTADO INDUSTRIAL) – CONCORRÊNCIA DE INFRÇÕES – PREVALÊNCIA DO LANÇAMEMNTO DE MAIOR MONTA

Restou configurada a concorrência de infrações consistentes de omissão de saídas de produtos tributáveis detectado mediante a constatação de saídas de mercadorias ou transferência abaixo do preço de custo dos produtos acabados (Resultado Industrial) e a evidenciada por meio de Passivo Fictício pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001983/2019-57, Processo nº1005932019-2, prevalecendo essa de maior repercussão tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

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

Cientificada da decisão singular via DTe em 02/09/2021 (fls. 38), a autuada não mais se manifestou nos autos.

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 a denúncia de “omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada por meio da apuração do Resultado Industrial do exercício 2016”, formalizada contra a empresa CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA, já previamente qualificada nos autos.

De início, importante destacar que o lançamento que constituiu o crédito tributário em questão foi procedido em conformidade às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais e essenciais à sua validade, não havendo casos de nulidades elencados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13.

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou improcedente o auto de infração em epígrafe, em razão de ter verificado concorrência de infrações entre a constante do libelo acusatório ora em análise e a acusação de passivo fictício cobrada por meio do Auto de Infração de nº 93300008.09.00001983/2019-57, posto que ambas foram identificadas no exercício de 2016.

Sem preliminar a ser analisada, destaco que o que estamos a julgar é o recurso de ofício interposto pela instância *a quo*, que julgou improcedente o libelo acusatório.

Do Mérito

Segundo consta na peça acusatória, a auditoria, após análise do Resultado Industrial, identificou que no exercício de 2016, a autuada promoveu saídas de produtos

abaixo do preço de custo, o que, em princípio, denota a ocorrência de repercussão no recolhimento do ICMS, nos termos do que dispõem os artigos 645, §§ 1º e 2º e 646, parágrafo único, ambos do RICMS/PB¹, *in verbis*:

Art. 645. Constituem elementos subsidiários para o cálculo da produção e correspondente pagamento do imposto dos estabelecimentos industriais o valor e quantidade de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, a mão-de-obra empregada, os gastos gerais de fabricação e os demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques.

§ 1º Apurada qualquer falta no confronto da produção, resultante do cálculo dos elementos constantes deste artigo com a registrada pelo estabelecimento, exigir-se-á o imposto correspondente.

§ 2º Para a exigência do imposto a que se refere o § 1º deste artigo, ter-se-á em conta que o valor das saídas será, pelo menos, igual ao custo dos produtos fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso, observado o disposto no parágrafo único do art. 646, deste Regulamento.

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;

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. (g. n.)

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:

¹ Redações vigentes à época dos fatos geradores.

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 o artigo 646 do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido dispositivo.

Instado a se pronunciar, o contribuinte informou que já estava sendo autuado por omissão de saída de mercadorias tributáveis por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00001983/2019-57.

Como bem analisado pela instância *a quo* às fls. 29/35, o Auto de Infração supra, mencionado pela autuada na impugnação administrativa, denota a constatação de passivo fictício identificado no exercício de 2016, cuja ocorrência enseja a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nos termos do art. 646 do RICMS/PB.

As duas infrações foram cometidas no exercício de 2016, tratando-se, portanto, de infrações concorrentes. Ocorre, todavia, que o Auto de Infração nº 93300008.09.00001983/2019-57, objeto do Processo nº 1005932019-2, já teve o seu julgamento realizado por esta Corte Administrativa, por meio do Acórdão nº 00149/2022, senão vejamos:

PRELIMINARES DE NULIDADE – REJEITADAS. ICMS. OMISSÃO DE VENDAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. MATERIALIDADE COMPROVADA. EXTINÇÃO – PARCELAMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. OBRIGAÇÕES FICTAS - DENÚNCIA CARACTERIZADA – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Não se configura nulidade, quando se constata que o contribuinte exerceu, em toda sua plenitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório, demonstrando-se o respeito ao devido processo legal.

- A diferença apurada em Levantamento Financeiro denuncia omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção contida na legislação de regência. No caso dos autos, o contribuinte não apresentou provas capazes de desconstituir o feito fiscal e promoveu o parcelamento da presente acusação.

- A existência de obrigações já liquidadas e não contabilizadas caracteriza a figura do passivo fictício, autorizando a Fiscalização a presumir que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto devido.

- O ônus da prova compete a quem esta aproveita. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

PROCESSO Nº 1005932019-2.

ACÓRDÃO Nº 00149/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ – CAMPINA GRANDE

Autuante(s): SÉRGIO RICARDO ARAÚJO DO NASCIMENTO

Relator (a): Cons. LEONARDO DO EGITO PESSOA

Assim, resta demonstrada a impossibilidade de exigência do crédito tributário em questão, haja vista que houve julgamento do imposto apurado por técnica concorrente à utilizada no presente procedimento administrativo, evitando-se o *bis in idem*.

Sobre a questão, esta Egrégia Corte de Justiça Fiscal já se manifestou em ocasião semelhante a que ora se nos apresenta para julgamento, a exemplo do Acórdão nº 522/18, cuja ementa transcrevo a seguir:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – PASSIVO FICTÍCIO - DENÚNCIAS NÃO CONFIGURADAS – INFRAÇÕES CONCORRENTES – OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS – DENÚNCIA CARACTERIZADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

A existência de concorrência entre as infrações consignadas na peça acusatória fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado, remanescendo os valores associados à acusação cuja repercussão tributária mostrou-se superior.

A identificação de diferença tributável apurada por meio de levantamento do resultado industrial conduz à presunção de omissão de saídas de mercadorias sem pagamento do imposto devido, em observância ao que estabelecem os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e artigos 645 e 646, ambos do RICMS/PB.

Quanto ao pedido para que as intimações e notificações sejam endereçadas ao escritório dos advogados procuradores da recorrente, registre-se que o contribuinte autuado possui cadastro no DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e) adotado pela SEFAZ/PB, com previsão normatizada no art. 46, III, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), onde deve os

advogados/procuradores constar como habilitados pelo contribuinte para que possam receber as notificações, pois, com o advento do meio informatizado de cientificação/notificação, a partir da adesão ao DT-e, as intimações/notificações relacionadas aos processos administrativos tributários são feitas por esse meio que, entretanto, exige o credenciamento prévio do sujeito passivo.

Por conseguinte, o sujeito passivo pode permitir o acesso de terceiros – inclusive, advogados/procuradores - a seu DT-e, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º do Decreto nº 37.276/2017, senão vejamos:

Art. 4º O credenciamento da pessoa jurídica no DT-e deverá ser realizado pelo seu sócio administrador.

(...)

§ 2º O credenciado poderá permitir que terceiros acessem seu DT-e por meio de procuração eletrônica cadastrada no próprio DT-e..

§ 3º Ao credenciado no DT-e será permitido conceder até 3 (três) procurações Eletrônicas.

Pelos fundamentos acima evidenciados, e após rigorosa análise do caderno processual, comungo com as razões de decidir da instância preliminar, daí porque mantenho a decisão singular.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001545/2020-22, lavrado em 30 de outubro de 2020, em desfavor da empresa CAVALCANTI VIDROS DE QUALIDADE LTDA, eximindo-a de quaisquer ônus decorrente do presente Processo.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 17 de maio de 2022.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator

