



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 0554452016-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Recorrida: FRIGOTUDO SUPERMERCADO LTDA

Repartição Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE PRIMEIRA CLASSE - SANTA LUZIA

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADAS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. EXTINÇÃO PELO PAGAMENTO. PASSIVO FICTÍCIO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- A liquidação, em qualquer fase processual, extingue o crédito tributário exigido. No presente caso, o contribuinte acatou a decisão singular, quitando a correspondente dívida remanescente, relativamente às acusações por “notas fiscais de aquisição não lançadas” e “indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual”.

- A manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes caracteriza a figura do passivo fictício denotando a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. “In casu”, restou comprovado o pagamento das duplicatas sob exame no exercício seguinte ao denunciado na inicial, inclusive, nas respectivas datas de vencimento, contudo, sem o devido lançamento de baixa na Conta Fornecedores, evidenciando vício material por erro no período do fato gerador decorrente do passivo fictício, ensejando sua nulidade, cabendo a feitura de um novo lançamento de ofício, obedecendo ao prazo decadencial, nos termos do art. 173, I, do CTN.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº

3300008.09.00000538/2016-27, lavrado em 27/4/2016, contra a empresa, FRIGOTUDO SUPERMERCADO LTDA., inscrição estadual nº 16.199.993-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 5.656,04 (cinco mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quatro centavos), sendo R\$ 2.899,84 (dois mil, oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I; c/fulcro no art. 646; 106, c/c art. 52; art. 54 e art. 2º, art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d”, e “I”, do RICMS/PB, e aprovado pelo Decreto nº

18.930/97, e R\$ 2.756,20 (dois mil, setecentos e cinquenta e seis reais e vinte centavos) a título de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, "f" e 82, IV da Lei nº 6.379/96. Ao tempo em que mantém cancelado, por indevido, o total de R\$ 172.356,64 (cento e setenta e dois mil, trezentos e cinquenta e seis reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 86.178,32 (oitenta e seis mil, cento e setenta e oito reais e trinta e dois centavos) relativo ao ICMS e R\$ 86.178,32 (oitenta e seis mil, cento e setenta e oito reais e trinta e dois centavos) de multa por infração.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de novembro de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

Assessor(a) Jurídico(a)

Relatório

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000538/2016-27, lavrado em 27/4/2016, fls. 3 a 5, contra a empresa FRIGOTUDO SUPERMERCADO LTDA. (CCICMS: 16.199.993-0), em razão das seguintes irregularidades, identificadas durante o exercício de 2013 e em dezembro de 2012, conforme inicial, cujas descrições dos fatos abaixo transcrevo:

- 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.

Nota Explicativa:

IRREGULARIDADE DETECTADA NO PERÍODO DE JANEIRO A NOVEMBRO DE 2013, RESULTANDO EM FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NO MONTANTE DE R\$ 2.325,25, QUE SE ENCONTRAM DEVIDAMENTE DETALHADAS NOS DEMONSTRATIVOS ANEXOS, QUE FAZEM PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

- INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo de ICMS.

Nota Explicativa:

IRREGULARIDADE DETECTADA ATRAVÉS DOS REGISTROS DA MEMÓRIA DE FITA DETALHE DOS PRODUTOS VENDIDOS NOS ECF (EMISSOR DE CUPOM FISCAL), RESULTANDO EM FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NO MONTANTE DE R\$ 574,59, QUE SE ENCONTRAM DEVIDAMENTE DETALHADAS NOS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO, QUE FAZEM PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

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

Nota Explicativa:

IRREGULARIDADE DETECTADA ATRAVÉS DO LEVANTAMENTO CONTA FORNECEDORES, RESULTANDO EM FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS NO MONTANTE DE R\$ 86.178,31, QUE SE ENCONTRAM DEVIDAMENTE DETALHADAS NOS DEMONSTRATIVOS ANEXO, QUE FAZEM PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Por considerar infringidos os arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646, e os art. 106 c/c arts 52, 54, e arts. 2º e 3º, 60, I “b” e III, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, a autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 89.078,16, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 88.934,52, nos termos dos arts. 82, IV e V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Cientificada da ação fiscal de forma pessoal em 9/5/2016, conforme consta na peça acusatória, fl. 5, a autuada apresentou reclamação, fls. 60 a 67, protocolada em 7/6/2016, fl. 59, oportunidade em que se defende das acusações, em síntese, com os seguintes argumentos:

- a. Quanto à falta de lançamento de notas fiscais de entradas, que as mercadorias estariam todas com o imposto recolhido da fonte, por serem sujeitas ao regime da substituição tributária, citando decisões de improcedência desta Corte, em que todas as entradas de mercadorias eram sujeitas ao ICMS-ST;
- b. Em relação à acusação por indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias tributáveis, alega que a fiscalização não elencou quais seriam tais operações, o que mitigaria o amplo exercício ao seu direito de defesa;
- c. No tocante à denuncia de passivo fictício, alega serem passivos reais, anexando documentos que constituem duplicatas pagas, que teria faltado apenas ao contribuinte ter lançado as notas na contabilidade;
- d. Demonstra inconformismo com as multas aplicadas, alegando serem abusivas e confiscatórias, requerendo, ao final, a nulidade/improcedência da ação fiscal.

Sem informação de antecedentes fiscais, fl. 68, os autos foram conclusos, fl. 69, e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde a julgadora fiscal, GÍLVIA DANTAS MACEDO, decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fls. 9.146 a 9.152, declarando devido um crédito tributário de R\$ 5.656,04, sendo R\$ 2.899,84, de ICMS, e R\$ 2.756,20, de multa por infração, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13, proferindo a seguinte ementa:

OMISSÃO DE VENDAS - NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - CABIMENTO - PASSIVO FICTICIO - ERRO QUANTO À DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - CONSEQUÊNCIA - NULIDADE.

O pagamento de duplicatas sem a respectiva contabilização, e sem prova da origem do numerário correspondente, dá ensejo ao surgimento do passivo fictício, representativo de vendas sonegadas. Nos autos, ocorreu que a Fiscalização atuante se equivocou, por ocasião da lavratura do Auto de infração, visto que, no período em que teria ocorrido a infração, não foi identificado qualquer desembolso de numerário, mas, ao revés, os pagamentos das duplicatas sob exame ocorreram no exercício seguinte, inclusive, nas respectivas datas de vencimento, cujo fato descaracteriza a denúncia correspondente ao Passivo Fictício, fazendo sucumbir a ação fiscal, ensejando a feitura de um novo lançamento de ofício.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

Devidamente cientificada da decisão de Primeira Instância, por via postal, em 15/2/2017 - AR à fl. 9.155, a atuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a este relator, na forma

regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso *hierárquico* contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 3300008.09.00000538/2016-27, lavrado em 27/4/2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Ressalte-se, preambularmente, que na peça acusatória estão delineadas as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), demonstrando a regularidade formal do presente lançamento tributário, contudo, evidencio um vício de natureza material quanto à acusação pela manutenção de passivo fictício, que fundamento na análise de mérito.

1ª ACUSAÇÃO: FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

A acusação em tela decorre da identificação de notas fiscais de aquisições nos períodos de janeiro a junho de 2013, e de agosto a novembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 32 a 35, não lançadas nos livros próprios, que teve como fulcro o artigo 646, do RICMS/PB, que autoriza a presunção *juris tantum* de que teria havido omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, já que o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de ilidir a acusação imposta pelo Fisco. Senão vejamos:

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.)

Ressalte-se, o que se está tributando é o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em vendas anteriores 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 arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB, por presunção legal, independentemente de as mercadorias serem ou não tributadas, assistindo razão, portanto, à julgadora singular, que decidiu pela procedência da denúncia, não acatando os argumentos da defesa de que as mercadorias eram sujeitas ao regime da substituição tributária, pois esta só teria razão se as operações praticadas pela autuada fossem, em sua totalidade, com produtos sujeitos a este regime de tributação, o que não é o caso.

Corroborando a procedência da denúncia, verifico no sistema ATF desta Secretaria que os valores da condenação, sentenciados na primeira instância, foram quitados, promovendo, assim, o reconhecimento do crédito tributário constituído, de acordo com a inicial, e sua extinção pelo pagamento.

2ª ACUSAÇÃO: INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.

O contribuinte foi acusado de falta de recolhimento do ICMS, face a ausência de débito do imposto, tendo em vista que indicou nos registros do ECF (memória fita detalhe) operações com mercadorias tributáveis como se isentas fossem. Contudo, tais operações eram sujeitas à tributação normal.

Denota-se que a fiscalização, em detrimento das alegações da defesa, apresentou demonstrativos, fls. 37 a 56, especificando as saídas de mercadorias tributáveis, faturadas como substituição tributária, ou isentas, pelo sujeito passivo, por ECF, elencando todas as mercadorias denunciadas, com suas respectivas quantidades e valores comercializados, ficando plenamente demonstrada a regularidade da ação fiscal em defesa do Estado, caindo por terra a apelação do contribuinte, de que teria havido cerceamento do seu direito de defesa.

Assim, corroboro com a decisão monocrática, aliado também ao fato de o crédito tributário constituído desta acusação também ter sido quitado, tornando este lançamento, assim como o da acusação anterior, não litigiosos, implicando em sua confissão irretratável, nos termos do art. 51^[1], da Lei nº 10.094/13, e sua extinção definitiva, nos moldes do art. 156, I, do CTN^[2]

3ª ACUSAÇÃO: PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS)

A presente denúncia foi motivada pela falta de apresentação das duplicatas que dessem respaldo ao saldo da Conta Fornecedores, apresentado no Balanço Patrimonial do exercício de 2013 (*fl.* 23), tendo a fiscalização autuado o contribuinte na forma prevista no art. 646 do RICMS/PB, pela manutenção de passivo fictício, cujo fato gerador foi apontado na inicial como sendo de dezembro de 2012.

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.

Com efeito, a simples manutenção no passivo da empresa de obrigações sem respaldo documental, denota a existência de passivo fictício, sujeitando o infrator à presunção *júris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, na forma prevista no art. 646 do RICMS/PB.

Neste sentido, o passivo fictício se caracteriza quando a empresa, por falta de disponibilidade no Caixa escritural, contabiliza compras à vista como se a prazo fossem, ou efetua o pagamento de obrigações com receitas extra-caixa, deixando de abater o valor correspondente do saldo da obrigação, criando o passivo ficto.

In casu, a fiscalização efetuou o levantamento da Conta Fornecedores, referente ao exercício de 2013 (fl. 23), encontrando uma diferença tributável de R\$ 506.931,27, oriunda do exercício anterior, referente ao saldo de duplicatas, inicialmente sem respaldo documental que comprovassem a existência dessas obrigações.

Na peça impugnatória, o sujeito passivo alega que o saldo da conta fornecedores era real, trazendo à baila, fls. 7.043 a 7.540, as correspondentes duplicatas, juntamente com os recibos de pagamentos realizados durante o exercício de 2013, nas respectivas datas de vencimento. Fatos atestados pela fiscalização, fls. 8.644 a 8.646, em análise das provas solicitada em diligência, proferida pela instância singular.

Pois bem. Não obstante a apresentação das duplicatas originadas do exercício de 2012, pagas em 2013, justificarem o passivo real em dezembro de 2012, observa-se que tais pagamentos não foram contabilizados, consoante se comprova nos balancetes mensais juntados às fls. 9.095 a 9.137, atestado pela fiscalização, fl. 8.646, permanecendo no seu passivo as obrigações já pagas, caracterizando obrigações fictícias no exercício de 2013.

A fiscalização apontou na inicial o período de dezembro de 2012 como fato gerador. Ora, não há como negar que o saldo final da Conta Fornecedores, constante do Balanço Patrimonial de 2012, teve como origem as duplicatas emitidas, nesse mesmo exercício, conforme documentação apresentada pela fiscalização, fls. 24 a 36 e 8.647 a 9.094, bem como os documentos anexados pela própria defesa às fls. 7.043 a 7.540, no entanto, as quitações dessas obrigações se realizaram durante o exercício de 2013, nas datas dos seus respectivos vencimentos, conforme comprovações de pagamentos anexos às duplicatas.

Assim, no caso em questão, a presunção a que se refere o art. 646, do RICMS/PB, refere-se aos fatos geradores ocorridos no ano de 2013, pela manutenção das obrigações pagas, decorrentes de um saldo final real da conta fornecedores do exercício de 2012. Portanto, o passivo fictício se caracterizou no exercício de 2013, quando ocorreram os pagamentos sem as respectivas baixas na Conta Fornecedores.

Destarte, comungo com a decisão da instância preliminar, pela nulidade por vício material da acusação ora em comento, já que se evidencia nos autos a manutenção na contabilidade das obrigações pagas no exercício de 2013, e não em dezembro de 2012, como lançado na inicial. Por conseguinte, deve ser procedido um novo feito fiscal, em relação ao exercício de 2013, respeitando-se, por óbvio, o prazo decadencial, porquanto as provas carreadas aos autos (duplicatas pagas e não contabilizadas) revelam a presunção legal da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Diante das considerações supra, corroboro a decisão monocrática na íntegra, mormente o fato da quitação do crédito tributário por ela decidido, em relação às duas primeiras acusações, conforme informações do Sistema ATF desta Secretaria anexas à fl. 9.162, passando a serem tratados como lançamentos não contenciosos, acima comentados.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 3300008.09.00000538/2016-27, lavrado em 27/4/2016, contra a empresa, FRIGOTUDO SUPERMERCADO LTDA., inscrição estadual nº 16.199.993-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 5.656,04 (cinco mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quatro centavos), sendo R\$ 2.899,84 (dois mil, oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I; c/fulcro no art. 646; 106, c/c art. 52; art. 54 e art. 2º, art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d”, e “I”, do RICMS/PB, e aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 2.756,20 (dois mil, setecentos e cinquenta e seis reais e vinte centavos) a título de multa por infração, nos termos dos art. 82, V, “f” e 82, IV da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 172.356,64 (cento e setenta e dois mil, trezentos e cinquenta e seis reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 86.178,32 (oitenta e seis mil, cento e setenta e oito reais e trinta e dois centavos) relativo ao ICMS e R\$ 86.178,32 (oitenta e seis mil, cento e setenta e oito reais e trinta e dois centavos) de multa por infração.

Ressalve-se que o sujeito passivo quitou parte do crédito tributário, referente às infrações de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios e indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestações de serviços sujeitas ao imposto estadual, conforme informativo anexo à fl. 9.162.

Ressalto, ainda, a possibilidade de o Estado promover novo procedimento fiscal em relação à acusação de passivo fictício para o exercício de 2013, diante da nulidade por vício material, acima evidenciada, obedecendo-se o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de novembro
de 2018

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

Conselheiro Relator