



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº 0143222017-9

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: EBB – EMPRESA BRASILEIRA DE BEBIDAS LTDA

2ª Recorrente: EBB – EMPRESA BRASILEIRA DE BEBIDAS LTDA

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

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

Autuante: HÉLIO VASCONCELOS

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

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

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

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

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos hierárquico e voluntário, o primeiro por regular e o segundo por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento de ambos, reformando, de ofício, a decisão monocrática para julgar nulo por vício formal o Auto de Infração nº 93300008.09.00000157/2017-29, lavrado em 1º de fevereiro de 2017 em desfavor da empresa EBB – EMPRESA BRASILEIRA DE BEBIDAS LTDA., inscrição estadual nº 16.008.150-5, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes da presente acusação.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de agosto de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, GÍLVIA DANTAS MACEDO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FELIPE TADEU LIMA SILVINO
Assessor Jurídico

Relatório

Em análise nesta Corte recursos hierárquico e voluntário, interposto nos termos dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/13, respectivamente, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000157/2017-29, lavrado em 1º de fevereiro de 2017 em desfavor da empresa EBB – EMPRESA BRASILEIRA DE BEBIDAS LTDA., inscrição estadual nº 16.008.150-5, no qual consta a seguinte acusação para os exercícios de 2014 e 2015, *ipsis litteris*:

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

Em decorrência deste fato, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 3.889.839,04 (três milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, oitocentos e trinta e nove reais e quatro centavos), sendo R\$ 1.944.919,52 (um milhão, novecentos e quarenta e quatro mil, novecentos e dezenove reais e cinquenta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I todos do RICMS/PB e R\$ 1.944.919,52 (um milhão, novecentos e quarenta e quatro mil, novecentos e dezenove reais e cinquenta e dois centavos), de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada por via postal com Aviso de Recebimento em 9 de fevereiro de 2017, fl. 144, nos termos do artigo 46, I, da Lei nº 10.094/13, a autuada, apresentou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 145

a 156), protocolada em 9 de março de 2017, por meio da qual afirma que:

- a) A acusação é baseada em provas indiciárias, todavia, a fiscalização não cuidou de repassar à defendente a relação dos títulos pagos e não contabilizados, assim como, não deduziu na Conta Fornecedores de 2015, o saldo igualmente considerado ficto em 2014, fato este que trouxe grande repercussão contábil no exercício de 2015, em seguida discorre sobre o que passivo fictício e apresenta algumas jurisprudências sobre a repercussão de um exercício para o outro;
- b) Por fim, requer a anulação do auto de infração por está contaminado com vício insanável.

Com a informação de existência de antecedentes fiscais porém sem relação com a infração constante da presente autuação (fl. 158), foram os autos declarados conclusos (fls. 157) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, conforme ementa transcrita abaixo:

EMENTA: OMISSÃO DE SAÍDAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL – PASSIVO FICTÍCIO – DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE.

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*, após a realização de ajustes necessários com dedução da parcela já tributada no exercício anterior, restou comprovada a repercussão tributária devida.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada em 11 de junho de 2018 da decisão proferida pela instância prima, conforme atestam o Aviso de Recebimento – AR nº JR 49766396 4 BR (fl. 171), e inconformada com os termos da sentença, a autuada, por intermédio de seu representante legal, apresentou, em 11 de julho de 2018, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio do qual advoga que:

- a) A fala da recorrente deve, por lógica e necessidade processuais ser antecedente ao pronunciamento do recorrido sob pena de ferimento ao chamado “plano de ação”, por esta razão, o recorrido, neste caso, a recorrente, somente laborará em sede de contraposição se conhecer o que alegado restar em ambiente de recurso, no caso, o recurso de ofício;
- b) Por fim, requer que seja recebido o recurso voluntário com os seguintes efeitos: suspensão do prazo regulamentar do recurso voluntário para que se manifeste a Receita Estadual da decisão da primeira instância em sede de recurso hierárquico e a reabertura do prazo para se pronunciar após a apreciação por parte da instância especial do recurso de ofício interposto.

Em seguida, 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 passivo fictício, formalizadas contra a empresa EBB – EMPRESA BRASILEIRA DE BEBIDAS LTDA., já previamente qualificada nos autos.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório não trouxe devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, mais precisamente o art. 17, III:

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.

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.

A suposta irregularidade foi constatada a partir da detecção, por parte da fiscalização, de que o contribuinte teria mantido passivo fictício de obrigações já pagas e não contabilizadas na Conta Fornecedores, nos exercícios de 2014 e 2015, o que, segundo o fiscal autuante, acarretou em falta de recolhimento de ICMS.

– PASSIVO FICTÍCIO

A conduta descrita na peça acusatória **fundamenta-se na presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente, tendo, como base legal, os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB** ^[4].

Observemos o que dispõem os artigos destacados no parágrafo anterior:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa 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 sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Nova redação dada ao § 8º do art. 3º pelo art. 1º da Lei nº 9.550/11 (DOE de 07.12.11).

§ 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. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa 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 sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se igualmente a qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento. (g. n.)

A constatação de ocorrência de quaisquer das situações previstas nos dispositivos retos transcritos 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:

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;

Não se pode olvidar que o lançamento do tributo é um ato vinculado e obrigatório, não podendo a autoridade administrativa abster-se de realizá-lo quando verificada a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do CTN)[\[2\]](#).

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos acima 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;

Portanto, analisando o auto de infração constatamos que o embasamento legal utilizado para fundamentar a infração está incompleto, o que compromete a análise da infração. No auto de infração constam apenas os dispositivos arts. 158, I, 160, I, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto Nº 18.930/97 e não os demais dispositivos legais dispostos acima.

Sendo este o entendimento firmado nesta Corte, como por exemplo, do Acórdão Nº 639/2018, da relatoria da Ilustre Conselheira Maíra Catão, o qual peço vênica para transcrever:

PROCESSO Nº 0748552015-6

ACÓRDÃO Nº. 639/2018

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: JAMES DEAN PAIXÃO DE OLIVEIRA EPP

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuante: JOSELINDA GONCALVES MACHADO

Relatora: CONS.^a MAIRA CATAO DA CUNHA C SIMOES

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ECF - ESCRITURAÇÃO DE REDUÇÕES Z COM DIVERGÊNCIAS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. OCORRÊNCIA DE VÍCIO FORMAL EM RELAÇÃO À SEGUNDA ACUSAÇÃO. ERRO NA INDICAÇÃO DA PENALIDADE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A legislação tributária impõe aos contribuintes a prática de diversas obrigações acessórias, como a escrituração dos lançamentos das operações relativas a equipamento ECF. No presente caso, o contribuinte não escriturou os lançamentos das operações e prestações relativas ao equipamento ECF no livro Registro de Saídas conforme determina a legislação de regência.

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

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico e voluntário, o primeiro por regular e o segundo por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*, reformando, de ofício, a decisão monocrática para julgar *nulo por vício formal* o Auto de Infração nº 93300008.09.00000157/2017-29, lavrado em 1º de fevereiro de 2017 em desfavor da empresa EBB – EMPRESA BRASILEIRA DE BEBIDAS LTDA., inscrição estadual nº 16.008.150-5, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes da presente acusação.

Ressalva-se o direito de a Fazenda Pública refazer o lançamento, conforme disposição do art. 173, II, do Código Tributário Nacional.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de agosto de 2019.

Dayse Annyedja Gonçalves Chaves

Cons.^a Relatora