



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

Processo Nº 074.122.2013-6

Recurso HIE/CRF Nº 277/2015

Segunda Câmara de Julgamento

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Recorrida: VITÓRIA ALIMENTOS LTDA-ME.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE ESPERANÇA

Autuante: RONALDO COSTA BARROCA

Relatora: Cons^a. DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OMISSÃO DE VENDAS. PASSIVO FICTÍCIO. REDUÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS BENÉFICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Confirmada a irregularidade fiscal, quanto ao saldo remanescente, atestando a ocorrência de notas fiscais destinadas à empresa fiscalizada sem o devido lançamento dos documentos fiscais de entrada nos livros próprios. As alegações trazidas na defesa não foram suficientes para descaracterizar a acusação por completo. A constatação de lançamento de nota fiscal em duplicidade no livro registro de entrada, comprovando usufruto de crédito indevido, assim como, a ausência do registro da nota fiscal de saída no livro próprio, representando débito fiscal não contabilizado, repercute em falta de recolhimento do ICMS. A falta de contabilização de entradas de mercadorias, bem como a existência no passivo de obrigações já pagas indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente realizáveis, e também não contabilizados. As vendas por preço abaixo do custo de produção provoca repercussão no recolhimento do imposto. Presunção de omissão de vendas de produtos tributáveis. Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições da legislação, que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei nº 10.008/2013.

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

A C O R D A M os membros da 2ª 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 desprovidimento, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000825/2013-94, lavrado em 5/6/2013, contra, VITÓRIA ALIMENTOS LTDA-ME, CCICMS nº 16.135.815-2, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 226.217,04 (duzentos e vinte e seis mil, duzentos e dezessete reais e quatro centavos), por infração aos artigos

106,158, l e 160, l, c/ fulcro, art. 646, c/c art. 645, §§ 1º e 2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R\$ 113.108,52 (cento e treze mil, cento e oito reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, R\$ 113.108,52 (cento e treze mil, cento e oito reais e cinquenta e dois centavos), de multa infracional, arrimada no artigo 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 267.718,71 (duzentos e sessenta e sete mil, setecentos e dezoito reais e setenta e um centavos), referente à R\$ 51.536,73 (cinquenta e um mil, quinhentos e trinta e seis reais, setenta e três centavos), de ICMS e R\$ 216.181,98 (duzentos e dezesseis mil, cento e oitenta e um reais, noventa e oito centavos), de multa por infração, pelas razões apresentadas no voto.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de setembro de 2017.

Domênica Coutinho de Sousa Furtado
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso hierárquico, interposto contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000825/2013-94, lavrado em 5/6/2013, de acordo com o qual a empresa autuada, VITÓRIA ALIMENTOS LTDA-ME, é acusada das irregularidades, que adiante 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 sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios”.

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual”.

“NOTA EXPLICATIVA: Falta de recolhimento do ICMS, pela reconstituição da conta corrente devido ao estorno de crédito indevido e à falta de lançamento do débito de ICMS de nota fiscal de saída não lançada”.

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas vendas abaixo do preço de custo dos produtos acabados”.

“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.”

Por considerar infringidos os arts. 106, 158, I e 160, I, c/ fulcro, art. 646, c/c art. 645, §§ 1º e 2º e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 164.645,25, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 329.290,50, nos termos do art. 82, V, “a”, “e”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo ambas as quantias o crédito tributário, no montante de R\$ 493.935,75.

Documentos instrutórios constam às fls. 5-143, dos autos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, via Aviso de Recebimento, em 13/6/2013,

assinado por seu representante legal, fl. 145-149, nos termos do art. 11, inciso II, da Lei nº 10.094/2013, e pessoalmente, em 20/6/2013, fl. 4, a autuada apresentou *reclamação*, acostada às fls. 151-306, do libelo acusatório, advogando, em síntese:

Quanto à aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais de aquisição, discorda terminantemente, alegando que a simples emissão de notas fiscais por empresas deste estado não autorizam a presunção de que a acusada recebeu estas mercadorias.

Acosta declarações fornecidas pelos fornecedores, documentos fiscais de aquisição que confirmam a veracidade dos fatos revelados acima pelo sujeito passivo, fls. 165 – 213, do libelo, em que declara o uso indevido da sua inscrição estadual por terceiros.

No que tange à segunda acusação, *falta de recolhimento do ICMS*, repudia esta acusação, sobretudo porque a nota fiscal de nº 6299, encontra-se lançada no Livro de Registro de Entradas, e no que diz respeito às Notas Fiscais de Saídas de Nº. 4013 e 4876, não tiveram seus lançamentos processados, pois foram canceladas após a emissão.

No que se refere à terceira acusação, omissão de saídas de produtos tributáveis, informa que o demonstrativo acostado à fl. 96, efetuado no exercício de 2011, é totalmente improcedente e sem consistência, pela inclusão indevida no “ Custo de Produção”, notas fiscais de matéria prima tidas como não registradas, alegando ter ocorrido equívocos no procedimento fiscal realizado.

No que concerne à última acusação, constante da exordial, exercício 2010, referente ao passivo fictício, pugna pela improcedência dessa acusação, alegando equívocos realizados pela fiscalização.

Na sequência, afirma que promoveu pagamentos, quanto ao saldo final do exercício anterior, através de recibos que foram lançados na contabilidade da empresa e que não foram considerados pela fiscalização, quando da elaboração da planilha, juntada aos autos, fl. 131, dos autos.

Por fim, requer a improcedência da exordial.

Ato contínuo, em *contestação*, o autor do feito, fls. 275-277, em razão dos seguintes argumentos:

Corrigiu procedimentos, elaborando um novo quadro demonstrativo para a apuração do Resultado Industrial e das Notas Fiscais de Entrada Não Registradas (fls. 250 - 252), repercutindo em redução do ICMS, acolhendo parte das argumentações defensuais.

Especificamente a Nota Fiscal nº 9, alega que não pode ser excluída, pois, a cópia da nota fiscal de idêntica numeração demonstrada nos autos, pelo sujeito passivo diverge no valor e na data de emissão, em relação às informações contidas na GIM do fornecedor.

No tocante ao Levantamento da Conta Fornecedores, observa que refez os cálculos, repercutindo em diminuição do valor do imposto para R\$ 94.447,51, cancelando o ICMS no valor de R\$

17.000,00, conforme planilhas anexas às fls. 263 e 264, do libelo.

Por fim, pede que seja mantida a parcialidade da acusação inserta no Auto de Infração.

Sem informação de antecedentes fiscais, fl. 279, os autos conclusos, fl. 281, foram encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *parcial procedência* do auto de infração, consoante se infere da sentença de fls. 307-322, cuja ementa abaixo transcrevo:

“FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. AJUSTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE SAÍDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. CARACTERIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. RESULTADO INDUSTRIAL COM ADAPTAÇÕES REALIZADAS. CORREÇÃO DA PENALIDADE.

A falta de contabilização de entradas de mercadorias, bem como, a existência no passivo de obrigações já pagas, indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente realizáveis, e também não contabilizados.

A obrigação de efetuar o lançamento das operações de saídas nos livros próprios tem por objetivo primordial, além de outros, a correta apuração do imposto, descumprida esta, caracteriza-se legítima a exigência fiscal referente ao ICMS.

Vendas por preço abaixo do custo de produção provoca repercussão no recolhimento do imposto. Presunção de omissão de vendas de produtos tributáveis.

Redução da multa por infração em face da Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Com as alterações propostas pela decisão monocrática, o crédito tributário remanescente foi fixado em R\$ 226.217,04 (duzentos e vinte e seis mil, duzentos e dezessete reais e quatro centavos), por infração aos artigos 158, I e 160, I, c/ fulcro, art. 646, c/c art. 645, §§ 1º e 2º e art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R\$ 113.108,52 (cento e treze mil, cento e oito reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, R\$ 113.108,52 (cento e treze mil, cento e oito reais e cinquenta e dois centavos), de multa infracional, arremada no artigo 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/96.

Notificação acostada à fl. 326, do libelo acusatório.

Com recurso de ofício foi efetuada a ciência da decisão monocrática à autuada, via Edital Nº 11/2015- Coletoria Estadual de Esperança, conforme atesta o documento de fls. 327 e 328, em 30 de julho de 2015, por se encontrar com a inscrição estadual cancelada, fl. 324. *A autuada não interpôs recurso voluntário*, pretendendo a reforma da decisão singular.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

O objeto do *recurso hierárquico* a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora em proceder parcialmente o lançamento de ofício, porquanto promoveu à redução do valor da multa por infração, com amparo no Princípio da Retroatividade da Lei mais Benigna, insculpido no Código Tributário Nacional (art. 106, II, “c”).

In casu, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não 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:

“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.”.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, se oportunizou ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente

identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, não ensejando nulidade.

Em face da *inexistência de recurso voluntário*, impõe-se apreciar as razões meritórias e motivadoras da decisão proferida pela instância *a quo*, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões em que se pretende fundamentar a decisão deste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais acerca do recurso hierárquico em análise.

Com relação à delação de *Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios*, a acusação em análise decorre da falta de registro nos livros próprios de notas fiscais emitidas em nome da autuada, fls. 99-130, em 2009, e tem por fundamento a presunção *juris tantum* (admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte) de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimimento 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, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção".

Dessa maneira, são afrontados os artigos 158, I e 160, I, do supracitado regulamento, *in verbis*:

"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".

Deve-se ressaltar que a fiscalização promoveu ajustes necessários, acolhendo as alegações apresentadas em reclamação pela autuada, que deixaram de refletir em diferença tributável, conforme considerações apresentadas em contestação, fl. 276 e, elencadas em demonstrativo acostado à fls. 251, reconhecidas pela sentença *a quo*, fls. 313 e 314, do libelo acusatório.

Neste tópico, quanto aos ajustes realizados pela fiscalização e acolhidos pela instância prima, corroboro com o entendimento exarado, abaixo, reconhecendo-os e acolhendo-os:

“Pois bem, no caso dos autos, devem ser excluídas as notas fiscais emitidas pelos seguintes fornecedores: RM Atacadista e Distribuidora de Alimentos LTDA, Marcos Antônio Silva, Luna Distribuidora de Alimentos LTDA, Dial Distribuidora de Alimentos LTDA e Alison Bruno dos Santos, do demonstrativo de Notas Fiscais não Registradas (fls. 99 a 103), o que acarretou o desaparecimento de parte da diferença tributável inicialmente apurada, ou, por consistirem de documentos fiscais referentes a operações que se endereçavam a outro contribuinte, ou, ainda, foram objeto de cancelamento.

De outra banda, mantenho essa delação, em relação às demais notas fiscais citadas em demonstrativo fiscal às fls. 99 e 100 dos autos, fato apoiado em provas materiais advindas de relatórios internos da SER/PB advindas da GIM DE TERCEIROS em operações dentro do Estado da Paraíba.”

Consoante à segunda denúncia, *Falta de Recolhimento do ICMS*, constatada pela reconstituição da conta corrente devido ao estorno de crédito indevido e à falta de lançamento do débito de ICMS de nota fiscal de saída não lançada, observa-se que a acusação está materializada pelo documento fiscal de nº 6.299 de 16/11/2009, que foi lançado em duplicidade no livro registro de entradas (fls.17 - 20), onde se evidencia usufruto de crédito indevido, no valor de R\$ 1.827,50, bem como ausência do registro da nota fiscal de saída nº 4.013 de 14/8/2010, no livro próprio, fls. 36 e 50, representando um débito de R\$ 761,18, com repercussão tributária no mês de setembro de 2010, fl. 34, do libelo.

Além disso, vislumbra-se que a NFE nº 4876, de 12/11/2010, foi lançada, indevidamente, sem débito do imposto, fls.36 e 60, pois, diferentemente do alegado pelo contribuinte, a sua situação de emissão *estava autorizada* e não cancelada, conforme consulta acostada à fl.39. este repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, no mês de junho de 2011, fl.77, dos autos.

Diante dos fatos relatados e pela falta de manifestação do contribuinte, o que ratifica seu reconhecimento tácito, art. 319 do CPC, perfeitamente aplicado ao Processo Administrativo Tributário.

Assim sendo, corroboro com o entendimento da instância *a quo*: *trata-se de matéria não litigiosa, implicando no crédito tributário definitivamente constituído, sujeito às implicações legais nos termos do art. 69 da Lei nº 10.094/13, infracitada:*

Art. 69. A impugnação que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário e, em caso de não recolhida até o término do respectivo prazo, à vista ou parceladamente, será lançada em Dívida Ativa, observado ainda o disposto no art. 33 desta Lei.

Ato contínuo, quanto à acusação de *omissão de saídas de produtos tributáveis, exercício de 2011*, esta se encontra demonstrada no levantamento de apuração do resultado industrial, fl. 96-98, cuja repercussão no recolhimento do ICMS tem por cerne a constatação de saídas de mercadorias em valor menor que o Custo dos Produtos Vendidos-CPV, conforme dispõe o art. 645, §§ 1º e 2º do RICMS/PB, *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. (g.n)

§ 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 parágrafo anterior, ter-se-á em conta que o valor das saídas será pelo menos igual ao custo dos produtos vendidos.” (g. n.)

Conforme se observa, são afrontados os artigos 158, I e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, abaixo transcritos:

“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;

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.)

Logo, com o resultado deficitário das operações de um estabelecimento industrial, caracterizada está a presunção legal de que *ocorreram saídas de mercadorias tributáveis sem a devida emissão de documentos fiscais*, consequentemente, sem o pagamento do ICMS, invertendo o ônus probante para a empresa, através de provas materiais.

Prosseguindo, observa-se que a fiscalização promoveu alterações, acostando novo levantamento à fl. 250, excluindo os valores das notas fiscais de entrada de matérias – primas não registradas, que não retratam operações de vendas para a empresa autuada, apresentando uma nova Base de Cálculo para a autuação no valor de R\$ 44.817,54, sendo, R\$ 7.618,98 de ICMS.

Assim, corroboro, novamente, com o entendimento da instância monocrática, ao exprimir seu entendimento, à vista das provas aportadas e correlacionadas na reclamação quando afirma: *“Todavia, a impugnante, trouxe aos autos, provas materiais insuficientes, que não teve o condão de desconstituir toda a denúncia formulada no libelo acusatório, não conseguindo debelar a evidência da materialidade do ilícito tributário cuja autoria lhe está sendo impingida, bem assim o acerto da autoridade fiscal ao interpretar a natureza da exigência tributária, situando-a em adequada correspondência com seu suporte fático.”*

No que diz respeito à última delação, constante da exordial, *passivo fictício (obrigações pagas e não contabilizadas)*, esta se refere à análise realizada na Conta Fornecedores, exercício 2010, acostado à fl. 131, onde se observa a existência de saldo apurado de obrigações a pagar, caracterizando Passivo Fictício, conforme disciplinamento do artigo 646 do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 18.930/97, *in verbis*:

*“Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimidos 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.” (g. n.)*

Examinando os autos, observa-se que o autor do feito fiscal efetuou um confronto entre o saldo da conta fornecedores de 31/12/2010, com as duplicatas efetivamente pagas em 2011, onde constatou a falta de baixa de grande parte das duplicatas, levando-o a concluir que as duplicatas não foram

baixadas, seja porque estariam protestadas ou foram pagas com recurso marginal (extra caixa), após verificar a ausência de protestos relativos às duplicatas.

Ressalvo, as infrações do art. 646 se evidenciam pela realização de pagamentos com recursos de origem marginal, extra caixa, fazendo surgir à acusação de omissão de receitas pretéritas decorrentes de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Logo, se caracteriza pela manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, apresentando repercussão tributária, que foram quitadas com recursos extra caixa.

Em sua defesa, a autuada relata sobre a realização de pagamentos quanto ao saldo final do exercício de 2010, através de recibos que foram devidamente lançados no livro Diário e que não foram consideradas pela fiscalização, quando da elaboração do levantamento inicial, fls. 226 – 232, do libelo.

Outro argumento diz respeito a duplicatas a pagar vencidas e não pagas no exercício de 2011, tendo como credor a empresa Roma Comercial de Cereais LTDA, no valor de R\$ 305.960,00. Acostando um Instrumento Particular de Assunção e Renegociação de Dívida, fls. 238 e 239, em 10/1/2012, em que a autuada confessa que o referido débito não foi quitado no tempo pactuado, materializada, através de uma duplicata a pagar de R\$ 405.960,00 e que fazia parte do saldo da conta Fornecedores, exercício de 2010, tendo a comprovação do pagamento, de apenas R\$ 100.000,00, conforme recibo, acostado à fl. 226, dos autos.

Quanto ao Instrumento Particular de Assunção e Renegociação de Dívida, fls. 238 e 239, corroboro com o entendimento da instância *a quo*:

“o supracitado contrato não foi devidamente registrado em Cartório. Além disso, na renegociação dessa dívida não foi dado nenhum bem em garantia pelo devedor, nem se estipulou um prazo final para o seu cumprimento. Ademais, não consta do referido instrumento, a estipulação de juros passivos”.

“Também atesto não haver coincidência de datas entre a época da feitura do contrato de confissão e renegociação de dívida (10/01/2012) e o período do reconhecimento das assinaturas dos outorgantes (12/07/2013)”.

“Devemos ainda notar que o presente Termo de confissão de dívida foi firmado por instrumento particular, sendo sua essência o reconhecimento do devedor que deve quitar a outrem, credor, uma soma certa e determinada de dinheiro.”

Portanto, examinando as provas carreadas pela autuada em sua defesa, que foram acolhidas *parcialmente* pela fiscalização, que resultaram em novo valor de ICMS, R\$ 94.447,51, relativo a títulos de crédito que a recorrente não comprovou por estarem em aberto ou que tiveram seus pagamentos programados para o exercício seguinte 2011, ou, mesmo, pagos em 2010, conforme o levantamento fiscal, de fl. 264, e que foram acolhidos pela instância monocrática, *não desconstituindo por completo a existência do ilícito presente na exordial*, que suscitaram na delação de omissão saídas de mercadorias tributáveis, sem o devido recolhimento do ICMS, tem-se constatada a ocorrência do passivo fictício, quanto ao saldo remanescente.

Isto posto, corroboro, novamente, com o entendimento da instância monocrática, pela procedência parcial da delação de passivo fictício (obrigações pagas e não contabilizadas).

Por fim, necessário ratificar, também, a redução da multa aplicada, para o patamar de 100% , do crédito remanescente, de modo que a penalidade lançada de ofício passou a ser regida pela regra estatuída na Lei nº 10.008/2013, com aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna, estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Diante destas considerações, arrimada na legislação de regência e nas considerações de cunho legal, esta Relatoria, resolve manter a sentença proferida na instância prima de julgamento, mantendo a *parcial procedência do feito fiscal*, conforme aponta os seguintes valores para o crédito tributário devido:

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/04/2009	30/04/2009	2.050,75	2.050,75	4.101,50
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/08/2009	31/08/2009	170,40	170,40	340,80
FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	01/11/2009	30/11/2009	6.140,40	6.140,40	12.280,80
FALTA DE REC OLHIMENTO	01/09/2010	30/09/2010	2.588,68	2.588,68	5.177,36

DO ICMS

FALTA DE REC OLHIMENTO DO ICMS	01/06/2011	30/06/2011	91,80	91,80	183,60
OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS	01/01/2011	31/12/2011	7.618,98	7.618,98	15.237,96
PASSIVO FICTÍCIO (obrigações pagas e não contabilizadas)	01/01/2010	31/12/2010	94.447,51	94.447,51	188.895,02
TOTAL			113.108,52	113.108,52	226.217,04

Pelo exposto,

VOTO - *pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito pelo seu desprovemento, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000825/2013-94, lavrado em 5/6/2013, contra, VITÓRIA ALIMENTOS LTDA-ME, CCICMS nº 16.135.815-2, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 226.217,04 (duzentos e vinte e seis mil, duzentos e dezessete reais e quatro centavos), por infração aos artigos 106, 158, I e 160, I, c/ fulcro, art. 646, c/c art. 645, §§ 1º e 2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo, R\$ 113.108,52 (cento e treze mil, cento e oito reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, R\$ 113.108,52 (cento e treze mil, cento e oito reais e cinquenta e dois centavos), de multa infracional, arrimada no artigo 82, inciso V, alíneas “a” e “f”, da Lei 6.379/96.*

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 267.718,71 (duzentos e sessenta e sete mil, setecentos e dezoito reais e setenta e um centavos), referente à R\$ 51.536,73 (cinquenta e um mil, quinhentos e trinta e seis reais, setenta e três centavos), de ICMS e R\$ 216.181,98 (duzentos e dezesseis mil, cento e oitenta e um reais, noventa e oito centavos), de multa por infração, pelas razões apresentadas no voto.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de setembro de 2017.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora