

PROCESSO Nº 1275642019-0

ACÓRDÃO Nº 0203/2022

TRIBUNAL PLENO

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

2ª Recorrente: JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP

1ª Recorrida: JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP

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

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

Autuantes: IZABELCRISTINA RECAMONDE LEITE DE LIMA E MARCELO DAMASCENO FERREIRA

Relatora: CONSª THAÍS GUMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

PRELIMINAR. NULIDADE - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - CONFIRMADA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS E PASSIVO FICTÍCIO - OMISSÃO DE SAÍDAS - NÃO CONFIGURADAS. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Divergência entre a descrição da infração e a nota explicativa causou imprecisão do ato infracional, gerando a nulidade da acusação fiscal.

- Não se sustenta a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, quando comprovado que o sujeito passivo comercializa, quase que exclusivamente, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ante a inoccorrência de repercussão tributária.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e, voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo desprovidimento do primeiro, e, provimento do segundo, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002611/2019-48, lavrado em 21 de setembro de 2019, contra a empresa JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP., inscrição estadual n.º 16.120.068-0, devidamente qualificada nos autos, desobrigando-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Todavia, quanto à infração 0254, fica ressalvado o direito de a Fazenda Estadual constituir novo procedimento fiscal, desta feita com a correta descrição da infração condizente com a conduta do sujeito passivo, ficando o fato bem explicitado na

nota explicativa, observando-se, para tanto, o prazo decadencial previsto no art. 173, II, do CTN, em virtude das razões expendidas neste voto.

Intimações necessárias, na forma da legislação de regência.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em
26 de abril de 2022.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira Relatora



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

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

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 1275642019-0

TRIBUNAL PLENO

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

2ª Recorrente: JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP

1ª Recorrida: JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP

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

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

Autuantes: IZABELCRISTINA RECAMONDE LEITE DE LIMA E MARCELO
DAMASCENO FERREIRA

Relatora: CONSª THAÍS GUMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

PRELIMINAR. NULIDADE - FALTA DE
RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM
VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF -
CONFIRMADA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS
FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS E
PASSIVO FICTÍCIO - OMISSÃO DE SAÍDAS - NÃO
CONFIGURADAS. REFORMADA A DECISÃO
RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.
RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO
PROVIDO.

- *Divergência entre a descrição da infração e a nota
explicativa causou imprecisão do ato infracional, gerando a
nulidade da acusação fiscal.*

- *Não se sustenta a presunção de omissão de vendas de
mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, quando
comprovado que o sujeito passivo comercializa, quase que
exclusivamente, mercadorias sujeitas ao regime de
substituição tributária, ante a inocorrência de repercussão
tributária.*

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário interpostos nos moldes dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002611/2019-48 (fls. 3 a 5), lavrado em 21 de agosto de 2019, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento das irregularidades abaixo transcritas, *ipsis litteris*:

Descrição da Infração 1:

0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Descrição da Infração 2:

0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF >> O contribuinte deixou de recolher o imposto estadual, haja vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

NOTA EXPLICATIVA: A IRREGULARIDADE NO USO DE ECF, POR NÃO TER DECLARADO E/OU REGISTRADO AS REDUÇÕES "Z", REFERENTE AOS EXERCÍCIOS DE 2014/2016.

Descrição da Infração 3:

0555 - PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS) >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter efetuado pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Considerando infringidos o art. 158, I, art. 160, I com fulcro art. 646, II, c/c art. 376, art.379 c/c o art. 106, II, "a", todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os Representantes Fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 1.099.755,30, sendo R\$ 543.511,66, de ICMS, R\$ 542.690,96, de multa por infração, com arrimo no art. 82, inciso V, alínea "F", inciso II, "e", da Lei 6.379/96, e R\$ 13.552,68 de multa por reincidência.

Registre-se que os autos estão instruídos com os seguintes documentos: 1) Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00002278/2019-27 (fls. 7 a 9); 2) Termo de Início de Fiscalização nº 93300008.13.00000497/2019-43 (fls. 10 e 11); 3) Demonstrativos Fiscais (fls.12 a 54); 4) Relatórios de ECFs do contribuinte (fls. 55 a 57); 5) Declaração da empresa sobre duplicatas emitidas em um exercício e pagas no exercício seguinte (fls. 58 a 111); 6) Termo de Encerramento de Fiscalização nº 93300008.13.00000900/2019-34 (fl. 113).

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração em análise, em 23 de setembro de 2019, via postal, com Avisos de Recebimento – AR (fl. 113), em conformidade com as disposições contidas no art. 46, inciso II, da Lei nº 10.094/2013, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 116 a 129), em 18 de outubro de 2019, portanto, em tempo hábil.

Na impugnação (fls. 116 a 129), o contribuinte inicialmente reporta-se à tempestividade da peça de defesa apresenta as infrações que lhes foram imputadas, em seguida, requer a nulidade do auto de infração alegando que comercializa, quase que exclusivamente, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual a presunção legal insculpida no artigo 646 do RICMS/PB não se sustenta.

Ilustrando sua defesa, traz à colação diversas decisões proferidas pelo Conselho de Recursos Fiscais deste Estado, conforme registros às fls. 119 a 121 dos autos.

No mérito, refuta os três atos infracionais, dizendo que:

- 1) Quanto à **falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios**, foi constatada uma divergência entre a infração consignada no libelo acusatório e aquela demonstrada nos demonstrativos fiscais, caracterizando vício formal em virtude da imprecisão do fato infringente, recaindo o caso nas hipóteses de nulidades preconizadas nos artigos 16 e 17, inciso II, da Lei nº 10.094/2013 (fls. 122 a 125);
- 2) Com referência à **falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF**, repudia veementemente tal irregularidade, dizendo que todas as Reduções “Z”, emitidas pelos ECFs alvos da auditoria fiscal, foram devidamente registradas nos Mapas Resumos de ECF, livro Registro de Saídas e Sped Fiscal, todavia, por motivo superveniente, não pode juntar as provas no momento da defesa (fl. 125);
- 3) No que se refere à denúncia de **Passivo Fictício**, novamente, a defendente repudia a acusação em tela, dizendo que não há nos autos demonstrativo fiscal relativo ao exercício de 2014, quanto aos exercícios de 2015 e 2016, revela que a fiscalização deixou de computar duplicatas relativas aos meses dos exercícios auditados (fls. 125 a 128);

Assim, diante dos fatos narrados, requer os ajustes necessários no crédito tributário para eximi-la das exigências em questão, então, reitera o pedido de nulidade do feito fiscal ou sua improcedência, haja vista os argumentos, provas e jurisprudências acostadas aos autos.

Documentos instrutórios, anexos às fls.130 a 262.

Sem as informações dos antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 263) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Eliane Vieira Barreto Costa, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal *sub judice*, em conformidade com a sentença acostada às fls. 266 a 288 e a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO - INFRAÇÃO CONFIGURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - EQUÍVOCO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO. PASSIVO FICTÍCIO – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. MULTA RECIDIVA – EXCLUÍDA

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compras efetuadas com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

- A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, 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. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.
- 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. *In casu*, Falta de prova por parte da fiscalização em relação ao exercício 2014.
- Exclusão da multa recidiva por não atender ao disciplinamento do artigo 87, da Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, em 19 de março de 2020, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico DT-e, disponibilizado pela SEFAZ, para o qual foi enviada a Notificação nº 00082315/2020, nos termos do art. 4º - A, § 1º, II, c/c art. 11, § 3º, III, “a”, da Lei nº 10.094/2013, consoante fls. 290 e 291 dos autos, o contribuinte interpôs recurso voluntário a esta Corte de Justiça Fiscal.

No recurso voluntário (fls. 294 a 306), o sujeito passivo discorre sobre a tempestividade da peça recursal, citando os Decretos Estaduais nºs 40.122 e 40.135, de 13 e 20 de março de 2020, Decreto nº 40.502, de 4 de setembro de 2020, que suspenderam o curso dos prazos processuais nos processos administrativos tributários estaduais até 7 de setembro de 2020, desse modo, o prazo para interposição do recurso voluntário começou a fluir em 8 de setembro de 2020, exaurindo-se em 7 de outubro de 2020, revelando, assim, a tempestividade da peça recursal que foi protocolada em 28 de setembro de 2020, conforme fl. 292 dos autos.

Na sequência, relata os fatos infringentes (fls. 295 e 296), a legislação estadual como também traz uma síntese da sentença singular (fls. 296 a 298) que julgou o auto de infração em questão parcialmente procedente, todavia, o contribuinte discorda da decisão monocrática, alegando que para ficar caracterizada a acusação de falta de lançamento de notas fiscais nos livros próprios teria o Fisco Estadual que comprovar o recebimento das mercadorias a que se referem as listagens constantes nos autos, além disso a instância monocrática não se pronunciou acerca das provas apresentadas contra o Passivo Fictício referente aos exercícios de 2015 e 2016.

No mérito, a recorrente reitera que quanto à falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios não houve comprovação do recebimento das mercadorias pela empresa acusada, bem como repete que há divergência entre a acusação e os demonstrativos fiscais, vez que estes se reportam a NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS – OMISSÃO EM ARQ.MAGNÉTICO – ICMS, motivo pelo qual requer a nulidade do feito fiscal por incorrer nas hipóteses contida nos artigos 16 e 17, inciso II, da Lei nº 10.094/2013 (fls. 298 a 302).

No tocante ao Passivo Fictício, argumenta que o Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba já decidiu que esta técnica fiscal não é aplicável aos contribuintes que comercializam exclusivamente, ou quase que exclusivamente, mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, cujo ICMS devido pelas operações subsequentes é recolhido na origem pelo substituto tributário.

Neste norte, registra que o estabelecimento em tela exerce o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, por conseguinte, as operações de maior predominância são regidas pela substituição tributária, em conformidade com o Anexo V, do art. 390 do RICMS/PB.

Na sequência, revela que as saídas predominantes nos exercícios de 2015 e 2016 alcançaram o percentual de 85% (oitenta e cinco) por cento do total das saídas, as quais se reportam às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, segundo cálculos anotados às fls. 303 e 304.

Com base nestes esclarecimentos, requer a nulidade por vício material da denúncia, acosta aos autos jurisprudência deste órgão colegiado (fls. 304 a 306).

Por derradeiro, requer a reforma da sentença exarada na instância monocrática, a fim de que o auto de infração sub judice seja julgado totalmente improcedente, de acordo com argumentos, provas e jurisprudências acostadas aos autos.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 307 a 311 dos autos.

É o relatório.

VOTO

Versam os autos a respeito das seguintes infrações: ***falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF e Passivo Fictício (obrigações pagas e não contabilizadas)***, incorrendo o contribuinte em falta de recolhimento do imposto estadual nos exercícios de 2014 a 2016, conforme descrições das infrações contidas peça inicial, lavrada contra a empresa JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP, nos autos qualificada.

TEMPESTIVIDADE

Com relação à alegada tempestividade da peça recursal, compete-me reconhecer que todos os prazos processuais consignados na Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT) foram suspensos, primeiramente, até 19 de abril de 2020, por força da Portaria nº 55/2020/SEFAZ, fundamentada no Decreto Estadual nº 40.122, de 20 de março de 2020, os quais foram seguidamente prorrogados por normas subsequentes regularmente editadas e publicadas no veículo de imprensa oficial, em razão da declaração do Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) pelo Ministério da Saúde, órgão do Governo Federal.

Posteriormente, os prazos processuais tiveram sua contagem restabelecida a partir de 8 de setembro de 2020, haja vista a edição do Decreto Estadual nº 40.502, de 4 de setembro de 2020 que assim determinou, *ipsis litteris*:

Art. 1º Os prazos processuais, de que trata a Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, e para pagamentos dos créditos tributários regularmente notificados ao sujeito passivo, para fins do art. 89 da Lei nº 6.379, de 2 de dezembro de 1996, terão a sua contagem, reiniciada, integralmente, a partir do dia 8 de setembro de 2020.

Na sequência, a Portaria nº 112/2020/SEFAZ alterou o art. 6º da Portaria nº 60/2020/SEFAZ ratificando o reinício da contagem dos prazos processuais contidos da Lei nº 10.094/2013, consoante transcrição a seguir:

Art. 6º Os prazos processuais, de que trata a Lei Estadual nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, terão a sua contagem, reiniciada, integralmente, a partir do dia 8 de setembro de 2020.

Conseqüentemente, fica evidenciado que o recurso voluntário foi formalizado em tempo hábil, visto que foi protocolado na repartição fiscal em 28 de setembro de 2020, de acordo com fl. 292.

Antecedendo a discussão de mérito, é fundamental o exame dos aspectos de natureza formal do auto de infração, motivo pelo qual será analisada a infração abaixo, que embora não tenha sido suscitada no recurso voluntário foi afastada na instância singular.

0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF

A matéria em apreciação versa sobre a acusação de falta de recolhimento do ICMS em virtude de irregularidades no uso de equipamentos emissores de cupons fiscais - ECF.

Segundo consta na nota explicativa do Auto de Infração ora em análise, a infração materializou-se quando detectada falta de lançamento da Redução “Z” referente aos exercícios de 2014/2016.

Com efeito, a supressão de dados da Redução “Z” acarreta ausência de informações imprescindíveis à apuração do ICMS e, *ipso facto*, resulta em falta de pagamento do imposto devido.

Ocorre que, ao efetuar a denúncia, a fiscalização descreveu a conduta como “Falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF”, apontando, como infringidos, os artigos 376, 379 c/c art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 376. O contribuinte que mantiver ECF em desacordo com as disposições deste Capítulo pode ter fixada, mediante arbitramento, a base de cálculo do imposto devido.

Art. 379. São considerados tributados valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas deste Capítulo.

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

II – até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

A Redução “Z” contém os registros totais das vendas diárias, segregando-as com base no regime tributário das mercadorias vendidas, devendo ser informada no Registro C405 da Escrituração Fiscal Digital (Sped Fiscal), cujo Guia Prático define o conteúdo do citado Registro C405 da seguinte forma:

REGISTRO C405: REDUÇÃO Z (CÓDIGO 02, 2D e 60)

Este registro deve ser apresentado com as informações da Redução Z de cada equipamento em funcionamento na data das operações de venda à qual se refere a redução. Inclui todos os documentos fiscais totalizados na Redução Z, inclusive as operações de venda realizadas durante o período de tolerância do Equipamento ECF.

Por oportuno, destaco que os demonstrativos fiscais que instruem a acusação estão intitulados como **REDUÇÕES Z NÃO LANÇADAS EM ARQUIVO MAGNÉTICO**, consoante fls. 49, 51 e 53 dos autos.

No entanto, a acusação contida no auto de infração retrata situação relativa à irregularidade no uso de ECF, ou seja, a materialidade da infração fica vinculada ao manejo do equipamento Emissor de Cupom Fiscal, que deve ser fundamentada na demonstração de que o contribuinte utiliza determinado equipamento que não obedece aos regramentos impostos pela legislação de regência.

Logo, infere-se que há um descompasso entre a descrição da acusação e o que fora registrado na nota explicativa do auto de infração. Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional a **irregularidades no uso do ECF**, a segunda afirma que houve **falta de lançamento de Redução “Z” no mapa resumo do ECF**.

Assim, da análise dos autos, percebe-se que o fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo deixado de registrar operações realizadas por meio de equipamentos ECF, refletindo, desta forma, em supressão de parcela do tributo devido ao Estado da Paraíba.

Por conseguinte, ao contrário do que indica a descrição da infração e as provas que a embasaram, não houve irregularidades no uso do ECF. Em verdade, o que ocorreu foi a ausência das respectivas informações das Reduções “Z” no sped fiscal,

conforme evidencia os demonstrativos fiscais anexos às fls. 49, 51 e 53, por isso não se tem por infringidos os artigos 376 e 379 do RICMS/PB.

Com base nas razões suscitadas acima, havemos de concluir que, para o caso em análise, a descrição do fato e a norma legal infringida não se coadunam com a situação fática descrita na Nota Explicativa do Auto de Infração, motivo pelo qual se impõe o reconhecimento de existência de vício formal que contaminou os créditos tributários pertinentes, em sua integralidade, capaz de gerar sua nulidade, por afronta ao disposto no artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13:

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.

(grifos nossos)

A propósito, destaco que esta matéria já foi objeto de discussão neste colegiado, resultando no reconhecimento da nulidade, por vício formal, sobre a qual discorro, por isso colaciono abaixo as ementas que acompanham o Acórdão nº 90/2019, da lavra desta relatoria, como também o Acórdão nº 386/2019 de autoria do Conselheiro Sidney Watson Fagundes da Silva, os quais abordam a matéria em comento:

Acórdão nº 090/2019

Processo nº 0898202015-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Relatora: CONS.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. DESCRIÇÃO IMPRECISA DOS FATOS. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador, o qual inquinou de vício formal a peça acusatória e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal, respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

(grifos nossos)

Acórdão nº 386/2019

Processo nº 1794962016-1

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Relator: CONS.^o SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – RESTAURANTES E SIMILARES - REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO

RECONHECIDA – DENÚNCIA CARACTERIZADA EM PARTE – AJUSTES REALIZADOS – **FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF – VÍCIO FORMAL CONFIGURADO – NULIDADE** - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 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 do RICMS/PB.

- Imperiosa a redução da base de cálculo do ICMS, por se tratar de restaurante conforme preconiza o artigo 34, IV, do RICMS/PB. Inexistência de fundamento legal para exclusão do benefício em tela, ainda que verificada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

- *A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, 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. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.* (grifos nossos)

Destarte, apesar do defeito de forma que comprometeu a infração fiscal em análise, culminando na declaração de sua nulidade, esta decisão não decide em definitivo em favor do acusado, vez que fica ressalvado o direito de a fiscalização proceder à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelece o artigo 18 da Lei nº 10.094/13 c/c o art. 173, II, do Código Tributário Nacional.

Em vista disso, perfilho-me ao entendimento esposado pela instância singular, quanto à nulidade, por vício formal, do ato infracional em análise.

Passemos ao mérito.

0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS e 0555 – PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÃO JÁ PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS)

A *falta de registro nos livros próprios de notas fiscais de aquisição* como também da *manutenção no passivo de obrigações já pagas* impelem a denúncia de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, as quais têm por fundamento a presunção *juris tantum*, ou seja, aquela que admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte, nos termos do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 32.718/12 (DOE de 25.01.12).

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimimento 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. (grifos nossos)

Por oportuno, é importante destacar que a supracitada redação do art. 646 do RICMS/PB foi posteriormente subdividida em incisos de acordo com o ato infracional cometido, conforme reprodução abaixo, no entanto, sem modificar o seu teor, *ipsis litteris*:

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

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. (grifos nossos)

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.

Em face da norma vigente acima transcrita, vê-se que a imposição tributária está alicerçada em presunção, ou seja, a legislação de regência determina que a falta de contabilização e/ou registros de notas fiscais de aquisição, assim como a manutenção no passivo de obrigações já pagas autorizam a presunção de omissão das saídas de mercadorias

tributáveis sem pagamento do imposto, fato apoiado em notas fiscais emitidas por terceiros, destinadas a ora recorrente e não escrituradas, como também duplicatas pagas e não contabilizadas, respectivamente.

Contudo, em seu favor, a recorrente alegou na instância monocrática que opera quase que exclusivamente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em virtude de realizar o comércio varejista de medicamentos, conforme consta no cadastro da SEFAZ/PB.

Diante disso, pesquisando as informações do contribuinte contidas no sistema ATF, no módulo ATENDIMENTO/ DOSSIÊ DO CONTRIBUINTE, consultando o relatório das operações por CFOP, constatamos que, de fato, as saídas são predominantemente sujeitas ao regime de substituição tributária, de acordo com a transcrição abaixo:

Contribuinte : 16.120.068-0 JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP

Período: 01/2014 à 12/2014 (mm/aaaa) * Consultar

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
1102	COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO	479.835,40	375.599,92	83.946,88	0,00	0,00	+	x		
1202	DEVOLUÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	2.648,50	2.671,58	444,78	0,00	0,00	-	x		
1403	COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OPERAÇÃO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBS	1.541.033,30	335.528,98	57.038,24	0,00	0,00	+	x		
1411	DEVOLUÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERAÇÃO	11.981,35	10.554,96	1.704,39	0,00	0,00	-	x		
1910	ENTRADA DE BONIFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDE	11.922,49	3.214,12	548,35	0,00	0,00			x	
1940	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO ESPECIFICADA	241,44	241,44	41,07	0,00	0,00	+	x		
2101	COMPRA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO	624,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x		
2102	COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO	44.434,24	33.959,23	3.209,10	0,00	0,00	+	x		
2202	DEVOLUÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	91,20	84,57	10,14	0,00	0,00	-	x		
2403	COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OPERAÇÃO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBS	290.827,76	65.496,64	10.537,73	0,00	0,00	+	x		
2411	DEVOLUÇÃO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERAÇÃO	291,40	254,69	30,56	0,00	0,00	-	x		
2910	ENTRADA DE BONIFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDE	184,37	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00		x	
Total Entradas:		2.391.985,45	857.606,13	137.499,21	0,00	0,00				

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERÇO	576.892,58	571.176,73	97.100,27	0,00	0,00	+	x		
5202	DEVOLUÇÃO DE COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO	2.322,50	639,91	106,78	0,00	0,00	-	x		
5403	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERAÇÃO COM MERCADORI	211,38	202,39	24,28	0,00	0,00	+	x		
5405	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERAÇÃO COM MERCADORI	3.148.071,51	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x		
5411	DEVOLUÇÃO DE COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OPERAÇÃO COM MERCADORIA SUJEITA AO	3.125,05	731,63	21,94	0,00	0,00	-	x		
5927	LANÇAMENTO EFETUADO A TÍTULO DE BAIXA DE ESTOQUE DECORRENTE DE PERDA, ROUBO OU D	899,33	0,00	0,00	0,00	0,00			x	
5928	LANÇAMENTO EFETUADO EM DECORRÊNCIA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL RELATIVO A OPE	1.822,59	0,00	0,00	0,00	0,00				x
6202	DEVOLUÇÃO DE COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO	63,33	63,33	10,77	0,00	0,00	-	x		
6403	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERAÇÃO COM MERCADORI	20,68	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x		
6411	DEVOLUÇÃO DE COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OPERAÇÃO COM MERCADORIA SUJEITA AO	964,26	125,80	15,10	0,00	0,00	-	x		
Total Saídas:		3.724.284,91	572.539,69	97.281,14	0,00	0,00				

Secretaria Executiva da Receita x +

https://www4.sefaz.pb.gov.br/atf/

Identificação Contatos Sócio Contador Omissão Inadimplência Recolhimento Faturamento Vendas-Atacado Vendas-Varejo CFOP Docs fiscais Apuração Estoque Benefício Fiscalização

Processo Inconsistências Atendimento Ação Judicial

Período: 01/2015 à 12/2015 (mm/aaaa) * Consultar

Informações Econômico-Fiscais (Entradas)

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
1101	COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO	5.881,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
1102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	584.354,08	408.831,17	89.179,79	0,00	0,00	0,00	+	x	
1202	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	3.011,13	2.380,00	404,80	0,00	0,00	0,00	-	x	
1403	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBS	1.709.231,45	551.162,70	93.641,04	0,00	0,00	0,00	+	x	
1411	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO	5.896,87	3.042,76	517,25	0,00	0,00	0,00	-	x	
1910	ENTRADA DE BONIFICACAO, DOACAO OU BRINDE	11.038,99	7.019,87	1.193,40	0,00	0,00	0,00	x		
1928	LANCAMENTO EFETUADO A TITULO DE RECLASSIFICACAO DE MERCADORIA DECORRENTE DE FORM	2.505,43	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
2101	COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO	2.482,75	1.211,76	84,83	0,00	0,00	0,00	+	x	
2102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	32.836,85	26.188,50	2.820,38	0,00	0,00	0,00	+	x	
2202	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	250,88	234,72	28,15	0,00	0,00	0,00	-	x	
2403	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBS	358.801,38	337.347,18	36.200,83	0,00	0,00	0,00	+	x	
2411	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO	293,40	293,40	35,20	0,00	0,00	0,00	-	x	
2910	ENTRADA DE BONIFICACAO, DOACAO OU BRINDE	196,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
Exportar: PDF Excel CSV XML										
Total Entradas:		2.726.529,99	1.338.791,95	204.105,17	0,00	0,00				

Informações Econômico-Fiscais (Saídas)

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERC	634.126,42	831.324,67	107.325,24	0,00	0,00	0,00	-	x	
5202	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	826,89	239,13	40,85	0,00	0,00	0,00	-	x	
5403	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORI	582.083,57	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
5405	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORI	2.794.951,85	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
5411	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO	4.288,96	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-	x	
5928	LANCAMENTO EFETUADO A TITULO DE RECLASSIFICACAO DE MERCADORIA DECORRENTE DE FORM	181,94	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
5927	LANCAMENTO EFETUADO A TITULO DE BAIXA DE ESTOQUE DECORRENTE DE PERDA, ROUBO OU D	4.031,27	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
5929	LANCAMENTO EFETUADO EM DECORRENCIA DE EMISSAO DE DOCUMENTO FISCAL RELATIVO A OPE	20,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		x
6202	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	76,86	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-	x	
6411	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO	457,34	293,40	35,21	0,00	0,00	0,00	-	x	
Exportar: PDF Excel CSV XML										
Total Saídas:		4.000.744,70	631.857,20	107.401,10	0,00	0,00				

31°C Chuva fraca

Secretaria Executiva da Receita x +

https://www4.sefaz.pb.gov.br/atf/

Identificação Contatos Sócio Contador Omissão Inadimplência Recolhimento Faturamento Vendas-Atacado Vendas-Varejo CFOP Docs fiscais Apuração Estoque Benefício Fiscalização

Processo Inconsistências Atendimento Ação Judicial

Período: 01/2016 à 12/2016 (mm/aaaa) * Consultar

Informações Econômico-Fiscais (Entradas)

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
1102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	582.401,28	493.458,27	88.597,13	0,00	0,00	0,00	+	x	
1202	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	1.376,84	1.376,84	247,83	0,00	0,00	0,00	-	x	
1401	COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUB	71,28	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
1403	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBS	1.725.040,45	194.505,60	35.011,43	0,00	0,00	0,00	+	x	
1411	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO	3.241,42	384,19	69,15	0,00	0,00	0,00	-	x	
1558	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	9.802,01	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+		
1853	COMPRA DE COMBUSTIVEL OU LUBRIFICANTE POR CONSUMIDOR OU USUARIO FINAL	2.757,68	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+		
1910	ENTRADA DE BONIFICACAO, DOACAO OU BRINDE	16.815,07	5.023,28	904,13	0,00	0,00	0,00	x		
1928	LANCAMENTO EFETUADO A TITULO DE RECLASSIFICACAO DE MERCADORIA DECORRENTE DE FORM	8.898,93	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
2102	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	38.984,77	29.494,24	2.872,80	4.839,90	554,93	0,00	+	x	
2202	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS	171,51	146,94	17,83	0,00	0,00	0,00	-	x	
2403	COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBS	703.410,84	174.465,85	19.202,96	0,00	0,00	0,00	+	x	
2411	DEVOLUCAO DE VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO	4.210,28	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-	x	
2558	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	704,80	704,80	84,58	0,00	0,00	0,00	+		
Exportar: PDF Excel CSV XML										
Total Entradas:		3.095.925,54	899.468,11	147.007,64	4.839,90	554,93				

Informações Econômico-Fiscais (Saídas)

CFOP	Descrição CFOP	VC	BC	ICMS	BC ST	ICMS ST	F	E	I	N
5102	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERC	795.155,44	734.801,59	132.085,09	0,00	0,00	0,00	+	x	
5202	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	4.032,04	909,38	163,70	0,00	0,00	0,00	-	x	
5403	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORI	1.779.120,21	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	+	x	
5405	VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS EM OPERACAO COM MERCADORI	2.299.593,20	849.824,44	7,01	0,00	0,00	0,00	+	x	
5411	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO	3.843,23	144,00	4,32	0,00	0,00	0,00	-	x	
5928	LANCAMENTO EFETUADO A TITULO DE RECLASSIFICACAO DE MERCADORIA DECORRENTE DE FORM	1.299,77	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
5927	LANCAMENTO EFETUADO A TITULO DE BAIXA DE ESTOQUE DECORRENTE DE PERDA, ROUBO OU D	4.926,87	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	x		
6202	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO	43,34	43,34	5,20	0,00	0,00	0,00	-	x	
6411	DEVOLUCAO DE COMPRA PARA COMERCIALIZACAO EM OPERACAO COM MERCADORIA SUJEITA AO	1.114,06	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	-	x	
Exportar: PDF Excel CSV XML										
Total Saídas:		4.885.898,16	1.385.722,73	132.245,32	0,00	0,00				

31°C Chuva fraca

Desse modo, observando as operações de saídas nos exercícios de 2014, 2015 e 2016, percebe-se facilmente que a maior parte das operações realizadas é constituída por produtos sujeitos ao regime de substituição tributária dentro do próprio Estado, portanto, neste caso, praticamente não há tributação das saídas pelo ICMS.

Com o objetivo de avaliar o percentual das operações de saídas sujeitas ao regime de substituição tributária, nas quais o ICMS deve ter sido retido na origem ou pago por antecipação ao ingressar no Estado da Paraíba, vejamos a relação entre as referidas operações e o total das saídas do seguinte modo:

EXERCÍCIO 2014

Operações sujeitas a ST (5403 e 5405) → R\$ 3.148.282,89

Total das Operações das Saídas → R\$ 3.734.284,51

Temos que: $(R\$ 3.148.282,89 / R\$ 3.734.284,51) \times 100 = 84,30 \%$

EXERCÍCIO 2015

Operações sujeitas a ST (5403 e 5405) → R\$ 3.357.045,42

Total das Operações das Saídas → R\$ 4.000.744,70

Temos que: $(R\$ 3.357.045,42 / R\$ 4.000.744,70) \times 100 = 83,91 \%$

EXERCÍCIO 2016

Operações sujeitas a ST (5403 e 5405) → R\$ 4.075.713,41

Total das Operações das Saídas → R\$ 4.885.898,16

Temos que: $(R\$ 4.075.713,41 / R\$ 4.885.898,16) \times 100 = 83,41 \%$

Destarte, a partir das informações prestadas pela empresa constantes no sistema ATF, vê-se que em torno de 84% (oitenta e quatro por cento) das operações de saídas foram sujeitas à sistemática da substituição tributária, portanto, fica evidente que a maior parte das saídas do contribuinte não é resultante de mercadorias tributáveis nas saídas, por isso não é razoável cogitar em omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Recordando a legislação que fundamenta a autuação, o comando normativo gravado no artigo 646 do RICMS/PB, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS, quando for verificada a entrada de mercadorias não contabilizadas ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas, vez que estas condutas autorizam a presunção legal de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, o fez partindo do princípio que se tratavam de mercadorias tributáveis.

Partindo desta premissa, resta evidente que, para que se produzam os efeitos presuntivos autorizados pela legislação, é condição *sine qua non* que a empresa comercialize produtos sujeitos ao regime normal de tributação.

Diante deste fato, a conclusão lógica que se pode extrair é que, nos casos em que seja comprovado que o contribuinte opera, em sua maior parte, com produtos que não passam pela incidência do ICMS nas saídas, como demonstrado anteriormente, não há como subsistir a presunção de que tenham ocorrido omissões de saídas de produtos tributáveis. Admitir-se o contrário, implicaria afronta ao próprio dispositivo autorizador da presunção *juris tantum*, isto porque, conforme já demonstrado, é imprescindível que a empresa atue com produtos sujeitos à tributação pelas saídas.

Por oportuno, destacamos que o entendimento de que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS deve estar fundamentada no fato de o contribuinte comercializar mercadorias tributáveis está pautado tanto no RICMS/PB como na jurisprudência prolatada pelo Conselho Recursos de Fiscais do Estado da Paraíba, consoante Acórdão nº 94/2019 cuja ementa transcrevo a seguir, *in verbis*:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – PASSIVO FICTÍCIO - DENÚNCIAS NÃO CONFIGURADAS – AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO

A presunção legal insculpida no artigo 646 do RICMS/PB não se sustenta quando comprovado que o contribuinte comercializa, quase que exclusivamente, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, ante a inocorrência de repercussão tributária.

Acórdão nº 94/2019 – Processo nº 121.813/2014-4

Relator: Cons. Sidney Watson Fagundes da Silva (grifos nossos)

Com estes fundamentos,

V O T O pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e, voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento do primeiro, e, provimento do segundo, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002611/2019-48, lavrado em 21 de setembro de 2019, contra a empresa JOSELITA MACHADO DA SILVA EPP., inscrição estadual nº 16.120.068-0, devidamente qualificada nos autos, desobrigando-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Todavia, quanto à infração 0254, fica ressalvado o direito de a Fazenda Estadual constituir novo procedimento fiscal, desta feita com a correta descrição da infração condizente com a conduta do sujeito passivo, ficando o fato bem explicitado na nota explicativa, observando-se, para tanto, o prazo decadencial previsto no art. 173, II, do CTN, em virtude das razões expendidas neste voto.

Intimações necessárias, na forma da legislação de regência.

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência, em 26 de abril de 2022.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira

