



PROCESSO Nº 0963652017-8

ACÓRDÃO Nº 223/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP.

Recorrida: TDL IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: CARLOS GUERRA GABÍNIO.

Relatora: CONS.^a MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS). MATERIALIDADE COMPROVADA. PASSIVO FICTÍCIO. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA. LEI 12.788/23. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias) obriga o contribuinte a efetuar o estorno desses créditos na proporção da redução verificada, mercê do princípio da não cumulatividade do ICMS.

- 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.

- Nos termos do artigo 92 da Lei nº 10.094/13, tem-se por definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

- Redução da penalidade em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.

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 do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo *seu parcial provimento*, para alterar a sentença que julgou *parcialmente procedente* o Auto



de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001475/2017-07, lavrado em 26/06/2017, contra a empresa, TDL IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA., inscrição estadual nº 16.159.284-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 638.155,04 (seiscentos e trinta e oito mil, cento e cinquenta e cinco reais e quatro centavos), sendo R\$ 364.660,02 (trezentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e dois centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 85, III; 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 273.495,02 (duzentos e setenta e três mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e dois centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o valor de R\$ 91.165,00 (noventa e um mil, cento e sessenta e cinco reais), pelos motivos acima delineados.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de abril de 2024.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, EDUARDO SILVEIRA FRADE E LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 0963652017-8

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: TDL IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: CARLOS GUERRA GABÍNIO.

Relatora: CONS.^a MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS). MATERIALIDADE COMPROVADA. PASSIVO FICTÍCIO. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA. LEI 12.788/23. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A saída de mercadorias tributáveis abaixo do custo de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias) obriga o contribuinte a efetuar o estorno desses créditos na proporção da redução verificada, mercê do princípio da não cumulatividade do ICMS.

- 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.

- Nos termos do artigo 92 da Lei nº 10.094/13, tem-se por definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

- Redução da penalidade em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001475/2017-07, lavrado em 26/06/2017, contra a empresa, TDL IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA., inscrição estadual nº 16.159.284-8, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2013 e 31/12/2014, constam as seguintes denúncias:



- FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS) >>
Utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição (prejuízo bruto com mercadorias) resultando na obrigação de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS DECORRENTES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS ABAIXO DO VALOR DE AQUISIÇÃO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS), APURADO ATRAVÉS DO LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS DOS EXERCÍCIOS DE 2013 E 2014, RESULTANDO NA OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, CONFORME QUADROS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

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

Nota Explicativa:

PASSIVO FICTÍCIO APURADO ATRAVÉS DO CONFRONTO ENTRE O SALDO DA CONTA FORNECEDORES (CONTAS CÓDIGO 211101, 211201, 211301, 211501, 212201, 213307, 213317 E 219501) EXISTENTES EM BALANÇO, DUPLICATAS EM ABERTO (NÃO PAGAS) APRESENTADAS PELO CONTRIBUINTE, CONFORME SE ENCONTRA DETALHADO ATRAVÉS DOS QUADROS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. POR OPORTUNO, RESSALTAMOS QUE, MESMO APÓS TER SIDO CIENTIFICADO EM TRÊS OCASIÕES, O CONTRIBUINTE NÃO APRESENTOU NENHUMA DUPLICATA, TÍTULO, DEPÓSITO OU OUTRO DOCUMENTO QUE COMPROVASSE O RESPECTIVO PAGAMENTO NOS EXERCÍCIOS SEGUINTE, DEIXANDO, DESSA FORMA, DE DEMONSTRAR A LEGITIMIDADE DOS SALDOS EM ABERTO EXISTENTE AO FINAL DOS CORRESPONDENTES EXERCÍCIOS, ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS O ART. 646, INCISO II, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

Foram dados como infringidos os art. 85, III e arts. 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS-PB, com proposição das penalidades previstas no art. 82, V, “h” e “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 729.320,04 (setecentos e vinte e nove mil, trezentos e vinte reais e quatro centavos), sendo R\$ 364.660,02 (trezentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e dois centavos), de ICMS, e R\$ 364.660,02 (trezentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e dois centavos), de multa recidiva.

Cientificada da ação fiscal, pessoalmente, em 29/06/2017 (fl. 4), a autuada apresentou reclamação, em 28/07/2017 (fls. 34-51), contrapondo-se às acusações com as seguintes alegações:



- (i) Inicialmente aduz acerca da tempestividade da impugnação;
- (ii) Em seguida, realiza uma rápida digressão acerca da atividade econômica da empresa: Importadora e Distribuidora de vários artigos importados, especialmente produtos para a saúde;
- (iii) Em relação a acusação de Falta de Estorno (Prejuízo Bruto com Mercadorias), relata que deve ser considerada nula ou improcedente, pela inexistência de informação sobre a base de cálculo e alíquota utilizada, assim como, pelo equívoco cometido pela fiscalização, ao deixar de informar ou listar as supostas operações (movimentações) que foram realizadas com o valor abaixo do custo de aquisição, e, por fim, por ter sido proposta de forma genérica e imprecisa;
- (iv) Prossegue afirmando que o procedimento fiscal desrespeitou o artigo 142 do CTN, em virtude da incerteza na determinação do valor do imposto supostamente devido. Ou seja, a fiscalização mensurou o suposto valor da obrigação tributária de forma aleatória e arbitrária, não permitindo à empresa autuada exercer, plenamente, o seu direito ao contraditório e a ampla defesa;
- (v) Da mesma forma, relativamente à acusação de Passivo Fictício, requer a nulidade ou improcedência, por se tratar de uma denúncia “paradoxal”, uma vez que a tipificação atribuída contradiz ao que foi apregoadado pela autoridade fazendária na nota explicativa, não permitindo a empresa autuada exercer plenamente o seu direito ao contraditório e ampla defesa;
- (vi) Expressa que não ocorreu o Passivo Fictício já que todas as obrigações inscritas que geraram a conta “Fornecedores” no final de cada exercício foram pagas ou compensadas no ano seguinte e foram efetivamente baixadas.

Ao final, requer:

- Sejam os autos baixados em perícia, com a finalidade de comprovar suas alegações, antes do julgamento do processo;
- A nulidade da autuação pelos fundamentos trazidos em preliminar, sucessivamente a improcedência do feito acusatório;
- Por fim, que todas as intimações sejam realizadas no nome do Advogado Osmar Tavares dos Santos Júnior, OAB/PB nº 9.362, com escritório na Rua Machado de Assis, nº 137, Centro, João Pessoa.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (*fl. 304*), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 43.801,56 (quarenta e três mil, oitocentos e um reais e cinquenta e seis centavos), sendo R\$ 21.900,78 (vinte e um mil, novecentos reais e setenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 21.900,78 (vinte e um mil, novecentos reais e setenta e oito centavos), recorrendo



hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13 (fls.305/315), conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO FISCAL. PREJUÍZO BRUTO EM SUAS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTADAS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUDITORIA DA CONTA “FORNECEDORES”. SALDO CREDOR FICTÍCIO. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA. FALTA DE EXATIDÃO NA IDENTIFICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA INFRAÇÃO COMETIDA. VÍCIO FORMAL. NULIDADE.

- Confirmada a irregularidade fiscal que atestou a ocorrência de prejuízo bruto quando se verifica, através do levantamento da Conta Mercadorias de empresa detentora de uma escrituração contábil regular, que as vendas de Mercadorias tributáveis apontam um crédito total inferior ao Custo das Mercadorias Vendida, impondo pelo princípio da não cumulatividade, na necessidade de o contribuinte estornar o excesso de crédito apropriado na mesma proporção do prejuízo bruto, na forma prevista pela legislação de regência.
- Indicação de forma genérica e imprecisa do preceito legal da acusação acarretou a nulidade referente à denúncia de Passivo Fictício, com o cancelamento dos valores apurados, para nova feitura fiscal de acordo com o enquadramento legal pertinente à matéria.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância, via DT-e em 9/04/2021 (fl. 313), a autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de ofício, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001475/2017-07, lavrado em 26/06/2017, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal se procedeu conforme os requisitos da legislação de regência, estando nele delineadas as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14, 16 e 17, da Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), não se vislumbrando quaisquer incorreções ou omissões que venham a caracterizar a sua nulidade.

Do pedido de Perícia



Com vistas a comprovar a regularidade de suas operações, a recorrente, ao tempo que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, requer a realização de perícia técnica¹.

No caso vertente, concluímos pela desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação da matéria suscitada.

Conforme restará demonstrado quando da análise do mérito, os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento desta relatoria, tornando prescindível a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide.

Portanto, tendo em vista a desnecessidade de solução da demanda via diligência fiscal, rejeito o pedido formulado pela defesa, vez que ausente o requisito estabelecido no artigo 61 da Lei nº 10.094/13².

Do Pedido de Intimação dos Advogados

No tocante ao pedido da defesa para que a intimação da sentença seja realizada em nome dos seus advogados, registre-se que inexiste previsão na Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT/PB) de obrigatoriedade de que as notificações sejam feitas aos advogados, ou mesmo, que os Órgãos Julgadores atendam a tais requerimentos.

As intimações ao sujeito passivo devem ocorrer em conformidade com os artigos 11 e 46, c/c art. 4º-A, da Lei nº 10.094/2013, ou seja, podem ser feitas pessoalmente, por via postal, por meio eletrônico através do envio ao endereço eletrônico disponibilizado ao sujeito passivo, ou qualquer outro meio com prova de recebimento, e quando resultarem improficuos um dos meios previstos, a intimação poderá ser feita por edital.

Com o advento do meio de cientificação/notificação adotado pela SEFAZ/PB através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, previsto no art. 46, III, “b”, da Lei nº 10.094/2013, as notificações relacionadas aos processos administrativos tributários devem ser efetuadas por esse meio que será considerada pessoal para todos os efeitos legais

O sujeito passivo pode permitir o acesso de terceiros a seu DT-e, – inclusive, advogados, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º do Decreto nº 37.276/20173.

Ressalte-se, que apenas no interesse da Receita Estadual, a comunicação com sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação, nos termos do art. 4º-A, §4º, da Lei nº 10.094/13.

Após proferida a sentença e a saída dos autos processuais desta instância de julgamento, a responsabilidade de cientificação/notificação não pertence a este setor, ficando a cargo da Repartição Preparadora, que procederá conforme previsto na Lei nº 10.094/2013.

¹ A análise requerida pela recorrente encontra fundamentação no procedimento de Diligência, disciplinado no artigo 59 da Lei nº 10.094/13.

²Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada. (g. n.)



Oportuno assinalarmos, preliminarmente, que, em se tratando de recurso de ofício, o efeito devolutivo está restrito aos fundamentos da sentença monocrática que declarou nulo, por vício formal, a infração referente ao Passivo Fictício.

Conforme se observa às fls. 3, a transgressão verificada pela auditoria foi denunciada como violação aos artigos 158, I e 160, I do Decreto nº 30.478/09, acrescido em nota explicativa, o artigo 646, II:

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;

Nesta acusação, encontra-se presente a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, com fulcro no artigo 646, II, do RICMS/PB, *in verbis*:

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;**

A constatação de ocorrência de quaisquer das situações previstas no art. 646 do RICMS/PB 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.

O julgador monocrático entendeu pela nulidade, por vício formal, da infração acima, sob o fundamento de que a fiscalização falhou ao não apontar como dispositivo legal infringido o artigo 646, do RICMS/PB. Vejamos:

Neste contexto, evidencia-se, na peça acusatória, uma dissonância entre a conduta infracional e os dispositivos infringidos, já que as diferenças tributáveis apresentadas nos levantamentos fiscais revelam a existência de omissões de saídas, lastreadas em uma presunção fiscal, e dessa forma, necessariamente, também deve figurar no Dispositivo Legal Infringido, o art. 646, do RICMS/PB.



Nesta perspectiva, em meu ponto de vista, fica claro que a autuação se encontra eivada de vício insanável, na medida em que a fundamentação é deficiente, não permitindo com segurança proporcionar o adequado direito de defesa, razão pela qual viola o art. 17, inciso III, da Lei nº 10.094/13. (...)

Em que pesem os fundamentos apresentados na decisão singular, peço vênia para apresentar solução distinta para o caso.

De início, o teor da nota explicativa a ela associada delimita a matéria tributável com precisão, apontando o dispositivo infringido e deixando claro o fato que motivou a lavratura do auto de infração, na medida em que destaca, expressamente, que o “*PASSIVO FICTÍCIO APURADO ATRAVÉS DO CONFRONTO ENTRE O SALDO DA CONTA FORNECEDORES (CONTAS CÓDIGO 211101, 211201, 211301, 211501, 212201, 213307, 213317 E 219501) EXISTENTES EM BALANÇO, DUPLICATAS EM ABERTO (NÃO PAGAS) APRESENTADAS PELO CONTRIBUINTE, CONFORME SE ENCONTRA DETALHADO ATRAVÉS DOS QUADROS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO*”. POR OPORTUNO, RESSALTAMOS QUE, MESMO APÓS TER SIDO CIENTIFICADO EM TRÊS OCASIÕES, O CONTRIBUINTE NÃO APRESENTOU NENHUMA DUPLICATA, TÍTULO, DEPÓSITO OU OUTRO DOCUMENTO QUE COMPROVASSE O RESPECTIVO PAGAMENTO NOS EXERCÍCIOS SEGUINTE, DEIXANDO, DESSA FORMA, DE DEMONSTRAR A LEGITIMIDADE DOS SALDOS EM ABERTO EXISTENTE AO FINAL DOS CORRESPONDENTES EXERCÍCIOS, ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS O ART. 646, INCISO II, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

Isto posto, considero que a fiscalização delimitou a matéria tributável de forma clara, precisa e diligente, não deixando quaisquer dúvidas quanto ao fato que deu ensejo à autuação.

Restando demonstrada a inocorrência de prejuízo suportado pela recorrente, deve-se aplicar o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). Nesse sentido:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 57729 MA 2015/0064757-5 (STJ)

Data de publicação: 24/06/2015

Ementa: PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. DEFENSOR DATIVO NOMEADO. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO DEFENSOR DATIVO INTIMAÇÃO DO ACUSADO. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a legislação em vigor, é imprescindível, quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal, verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". 2. Inexiste manifesta ilegalidade, in casu, pois não há falar em nulidade em razão da ausência de



intimação do acusado, diante da substituição de um defensor dativo por outro patrono também nomeado pelo juízo. 3. Não há motivo para considerar indefeso réu, o qual foi assistido durante a instrução criminal por Defensor Dativo que atuou em todos os atos processuais, tendo em vista que houve apresentação de defesa prévia, comparecimento nas audiências e oferecimento de alegações finais, tendo havido, inclusive, pleito pela absolvição. 4. Recurso não provido

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

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

Assim, sem a apresentação de documentos que comprovem a existência das obrigações constantes na Conta Fornecedores, não há como ilidir a acusação de Passivo Fictício, o que faz persistir a presunção de que essas despesas foram pagas com recursos marginais, sendo irrelevante a existência de saldo de Caixa suficiente para fazer frente a essas expensas.

De mais a mais, da análise dos argumentos de defesa trazidos pela impugnante, bem como a ausência de provas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor do feito, vê-se de forma clara que a autuada não apresenta elementos suficientes para desconstituir o crédito tributário originalmente exigido.

Nesse ponto, vale recordar que cabe ao contribuinte apresentar provas capazes de desconstituir o lançamento, conforme preceitua o regramento do ônus processual previsto no parágrafo único do art. 56 da Lei nº 10.094/2013, *ipsi litteris*:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. **O ônus da prova compete a quem esta aproveita.** (g.n.)

No caso em apreciação, pelas razões expendidas, não há que se falar em descumprimento de requisitos obrigatórios, carência de indicação dos dispositivos legais, ausência de clareza ou afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo vislumbrado qualquer omissão ou inconsistência no dispositivo legal infringido, que possa justificar a decretação de nulidade da infração.

Por todo exposto, face ao efeito devolutivo do recurso de ofício, e ancorada na legislação de regência bem como na jurisprudência atualizada desta Egrégia Corte



fiscal, reformo a decisão *a quo*, recuperando o crédito tributário originalmente constituído no libelo basilar e julgando procedente a acusação em tela.

Falta de Estorno (Prejuízo Bruto com Mercadorias) – Exercícios 2013 e 2014

No que tange à acusação de *Falta de Estorno (prejuízo bruto com mercadorias)*, observa-se que a autuação decorreu da utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de saídas de mercadorias tributáveis abaixo do valor de aquisição, no exercício de 2011, o que resultou na obrigação de recolhimento do imposto estadual, nos termos do art. 85, III, do RICMS. *In verbis*:

Art. 85. O sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

III - for objeto de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Para tanto, A fiscalização realizou o refazimento da conta corrente fiscal, com exclusão dos créditos indevidamente apropriados, tendo como consequência recolhimento a menor do imposto devido, consoante demonstrativos acostados às fls. 07 e 08 dos autos.

Assim, em face do que se infere do Princípio da Não-Cumulatividade, pelo qual se assegura ao contribuinte o direito ao crédito pelas entradas com mercadorias tributadas, não pode ele vir a promover saídas de mercadorias em valores inferiores aos das entradas, sem o necessário estorno proporcional daquele crédito.

Tal procedimento fiscal é aplicado às empresas que apresentam contabilidade regular, e sendo identificado o prejuízo bruto, e este deve ser considerado na reconstituição da Conta Gráfica do ICMS como crédito a ser estornado no mês de dezembro, ou seja, no final do exercício, para efeito de apuração da repercussão tributária.

Pois bem. No tocante à alegação do contribuinte de que o Fisco deixou de informar ou listar as supostas operações (movimentações) que forma realizadas com o valor abaixo do custo de aquisição, não deve prosperar, uma vez que a técnica de auditoria adotada engloba como um todo, todas a operações com mercadorias tributáveis realizadas pelo sujeito passivo no exercício fiscal, cujo resultado é encontrado pela média das alíquotas decorrente do crédito apropriado pelo contribuinte oriundo das diversas operações fiscais de entradas de mercadorias tributáveis ao longo dos exercícios de 2013 e 2014.

Um ponto relevante se refere à característica do procedimento adotado pela fiscalização, que está lastreado em operações regulares, em outras palavras, declaradas pelo contribuinte, ou seja, a par do estoque inicial e final, é realizado confronto entre as entradas e saídas realizadas pelo contribuinte para se constatar se, no exercício,



o resultado foi superavitário ou não; assim, identificado o prejuízo bruto com mercadorias, deveria ter sido realizado o estorno do imposto, nos moldes delineados pelo art. 85, III do RICMS/PB, supracitado.

A fiscalização realizou o refazimento da conta corrente fiscal, com exclusão dos créditos indevidamente apropriados, tendo como consequência recolhimento a menor do imposto devido, consoante demonstrativos acostados às fls. 07 e 08 dos autos.

Analisando as alegações da defesa e a informação fiscal inserida pela fiscalização, os valores constantes na utilização desta técnica foram tomados a partir das informações da escrita fiscal e contábil da autuada e foram utilizadas as alíquotas incidentes relativas à média das alíquotas de entradas, logo, não se vislumbra erro na técnica aplicada nem quanto aos valores constantes nos levantamentos.

Outrossim, ressalto que não houve recurso voluntário, havendo a concordância tácita do contribuinte quanto ao crédito tributário remanescente da decisão singular, e definitivamente constituído, nos termos do art. 77, §1º, da Lei 10.094/13. Vejamos:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso 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.

(...)

Da multa aplicada

Inobstante o acerto da fiscalização quanto aos valores lançados a título de penalidades por infração quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzirmos o montante das multas aplicadas em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu nova redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.

Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento):”



Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando emanado do artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante de todo o exposto, o crédito tributário efetivamente devido pela autuada se apresenta conforme demonstrado na tabela a seguir:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS (A.I)	MULTA (A.I)	MULTA CANCELADA	ICMS DEVIDO	MULTA DEVIDA	TOTAL DE CRÉDITO DEVIDO
0063- FALTA DE ESTORNO (PREJUÍZO BRUTO COM MERCADORIAS)	EXERCÍCIO 2013	R\$2.878,82	R\$2.878,82	R\$719,70	R\$ 2.878,82	R\$ 2.159,12	R\$5.037,94
	EXERCÍCIO 2014	R\$19.021,96	R\$19.021,96	R\$4.755,49	R\$ 19.021,96	R\$ 14.266,47	R\$33.288,43
0555 - PASSIVO FICTÍCIO - OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS	EXERCÍCIO 2012	R\$202.391,26	R\$202.391,26	R\$50.597,81	R\$202.391,26	R\$151.793,45	R\$354.184,71
	EXERCÍCIO 2013	R\$16.932,24	R\$16.932,24	R\$4.233,06	R\$16.932,24	R\$12.699,18	R\$29.631,42
	EXERCÍCIO 2014	R\$123.435,74	R\$123.435,74	R\$30.858,94	R\$123.435,74	R\$92.576,80	R\$216.012,54
TOTAL		R\$364.660,02	R\$364.660,02	R\$91.165,00	R\$ 364.660,02	R\$273.495,02	R\$638.155,04

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo *seu parcial provimento*, para alterar a sentença que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001475/2017-07, lavrado em 26/06/2017, contra a empresa, TDL IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA., inscrição estadual nº 16.159.284-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no valor de R\$ 638.155,04 (seiscentos e trinta e oito mil, cento e cinquenta e cinco reais e quatro centavos), sendo R\$ 364.660,02 (trezentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e dois centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 85, III; 158, I e 160, I, c/fulcro no art. 646, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 273.495,02 (duzentos e setenta e três mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e dois centavos) de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o valor de R\$ 91.165,00 (noventa e um mil, cento e sessenta e cinco reais), pelos motivos acima delineados.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 30 de abril de 2024.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora