

**A. I. N°** - 207095.1229/04-6  
**AUTUADO** - SANVIZA VEÍCULOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 18. 05. 2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0149-04/05

**EMENTA:** ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A permanência no passivo de obrigações inexistentes indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Entretanto, comprovada que a totalidade das mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo ou está enquadrada no regime da substituição tributária, ou tem a base de cálculo do imposto nas saídas reduzida a 100%, o que leva a inadequação do método de auditoria realizada. Rejeitadas as arguições de nulidade levantadas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2004, exige ICMS, no valor de R\$81.514,26 acrescido da multa de 70%, decorrente da omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Consta descrito que os valores se referiam ao Passivo Circulante – Conta Fornecedores com saldos registrados no livro Diário de nº 6 a 10.

Em sua defesa (fls. 69/80), o autuado, representado por advogado, inicialmente afirmou ser pessoa jurídica de direito privado tendo como objetivo a intermediação de vendas de veículos, tendo sido, anteriormente, contribuinte do ICMS por promover a comercialização de veículos. Anexou, aos autos, o contrato social da empresa.

Em seguida, requereu a nulidade do lançamento referente ao exercício de 1999 entendendo caracterizada a decadência do imposto com base no art. 150, § 4º, do CTN. Para embasar seu entendimento, trouxe ensinamentos dos tributaristas Hugo de Brito Machado e Paulo de Barros Carvalho e Acórdãos de tribunais.

Como mérito, passou a analisar as obrigações não liquidadas, conforme balancetes apensados aos autos. Em relação ao exercício de 1999, ressaltou que o passivo, dito fictício, se referia a duas contas: “Adiantamentos de Clientes” e “Provisões”. Na primeira, existiam duas sub-contas. Uma nominada “Clientes Diversos” eram valores que o autuado ficou devendo à clientes com os quais realizou intermediações de vendas de veículos usados de particulares. Nestas transações, algumas vezes recebia um valor e quando da revenda ela era feita em valor inferior ao anteriormente acordado, obrigando a empresa a devolver o numerário recebido a mais. Nesta situação, algumas vezes não honrou com o seu compromisso. Na outra, sub-conta “Jorge Marcelino dos Santos” se referia a despesas que o então gerente arcava para fazer face à determinadas obrigações com terceiros e posterior ressarcimento, que não ocorreram. Observou, em seguida, que este empregado já havia sido contratado por outra empresa do mesmo grupo, conforme cópia da sua carteira do trabalho. Na segunda conta (Provisões) o valor indicado pela

fiscalização se refere exclusivamente à provisão para pagamento do PIS e COFINS, débito que é verídico e que até a data da defesa ainda não havia sido quitado, gerando cobranças da Receita Federal conforme documentos anexados aos autos.

Quanto ao exercício de 2000, afirmou que o autuante, neste ano, errou ao manter o mesmo passivo de 1999, completamente equivocado. Além do mais, neste ano, o débito contraído com o Sr. Jorge Marcelino dos Santos foi quitado, sendo também, contraído empréstimo à Sanpa – Santos participações Ltda, que até o momento não havia sido honrado.

No que tange ao exercício de 2001, o autuante errou ao indicar como valor do suposto passivo fictício o montante do Ativo Circulante da empresa, conforme Balancete do estabelecimento comercial que anexou ao PAF. Em 2002 a fiscalização manteve o mesmo valor do passivo do ano de 2001, referente a Adiantamentos de Clientes, Empréstimos, Financiamento e Provisão para pagamentos de imposto não quitados, pois estes valores foram equivocadamente tributados em 1999. Em 2003, repetiu o mesmo argumento exposto para o exercício de 2002.

Em seguida, esclareceu que mesmo se porventura houvesse algum registro equivocado em sua contabilidade, como seja, o passivo dito fictício, a fiscalização não poderia exigir qualquer valor do ICMS pelo simples fato de que as mercadorias comercializadas (veículos novos) estão sujeitas ao regime da substituição tributária, chegando ao seu estabelecimento com o imposto já recolhido. Para corroborar seu entendimento, fez citação do art. 353, II, 18, do RICMS/97 e art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Por fim requerendo diligência em seus livros e documentos fiscais para todos os fatos que alegou, principalmente em relação à substituição tributária, pugnou pela improcedência da autuação.

O autuante (fl. 124) informou que o autuado solicitou a baixa de sua inscrição cadastral junto a esta Secretaria da Fazenda em 20/9/2004, quando foram solicitados todos os seus livros e documentos fiscais. Que ratificava, nesta oportunidade, os termos da Intimação realizada (fl. 16), em relação a alguns itens dos documentos não entregues. Em seguida, relatando, sumariamente, os procedimentos adotados até o lançamento do auto no sistema informatizado desta Secretaria, ratificou o lançamento referente ao exercício de 2001, pois de fato havia se utilizado do total do valor do Ativo Circulante ao invés do total do Passivo Circulante. Com esta modificação, aumenta o valor do débito do ICMS exigido neste ano.

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls.126/127), o sujeito passivo manifestou-se (fls. 131/133), reiterando todos os termos de sua primeira impugnação e acusando sua ciência quanto à modificação do débito feito pelo fiscal autuante.

## VOTO

Inicialmente, cumpre afastar as preliminares de nulidade argüida pelo impugnante por decadência do crédito fiscal dos lançamentos dos débitos correspondentes aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1999 com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN.

O art. 173, I do CTN, incorporado ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

*Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*II - .....*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa seu prazo. Os créditos constituídos e contestados relativos ao exercício de

1999 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2005. Ressalto, neste momento, que o seu lançamento foi realizado em 29/12/2004.

Rejeito o pedido de diligência fiscal dento em vista meu convencimento sobre o desfecho da lide ora em discussão.

Adentrando no mérito da lide e apreciando as razões de defesa para desconstituição do crédito fiscal, é meu entendimento:

Quanto às razões de defesa em relação às contas mantidas no passivo ditas pelo sujeito passivo como não quitadas – “Adiantamentos de Clientes” e “Provisões”, não posso tal argumento na sua inteireza para que possa desconstituir o lançamento fiscal. Para as sub-contas “Clientes Diversos” e “Jorge Marcelino dos Santos”, integrante da conta “Adiantamentos a Clientes”, o defendente apenas alega que eram obrigações não pagas à clientes e a seu funcionário sem trazer, aos autos, qualquer prova desta alegação. Determina o art. 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. No exercício de 2000, foi alegado, ainda, que a sub-conta “Jorge Marcelino dos Santos” foi quitada e no seu lugar foi contraído um empréstimo junto à “Sanpa – Santos Participações Ltda. Este fato, de igual forma, não foi provado. Em relação à conta “Provisões”, de fato existe um débito do autuado junto a Receita Federal e não quitado até 2002, conforme correspondência deste órgão federal apensado aos autos à fl. 95. No entanto, diante do meu convencimento sobre a lide não solicito diligência fiscal para excluir, ou não, do levantamento, o valor nesta conta indicado, conforme adiante explico.

No que tange a inclusão do passivo fictício apresentado pelo autuante, a partir de 2000, sem abater aquele apurado no exercício anterior, de fato é argumento pertinente. No caso, o autuante deveria ter excluído a parcela correspondente ao valor exigido a título de passivo fictício do exercício de 1999, por exemplo, pois este valor encontra-se incluído no exercício de 2000 e, assim, sucessivamente.

O erro cometido no exercício de 2001, ou seja, indicado como valor do passivo fictício apresentado o montante do Ativo Circulante da empresa e não do Passivo Circulante, o próprio autuante sanou o problema.

Feito estas colocações, me reporto ao tipo de mercadoria comercializada pelo contribuinte. Conforme os dados cadastrais do mesmo junto a esta Secretaria da Fazenda (fl. 9) e Contrato Social (fl. 14) apresentado, o estabelecimento autuado tem por atividade a intermediação do comércio de veículos automotores. Na sua defesa ele informa que comercializa com veículos novos e usados. Em qualquer momento, nos autos, ficou provado, nem mesmo dito, que em 1999, o autuado comercializava com peças de automóveis que somente entrou no rol das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária em 2000. Neste contexto, seu comércio é exclusivamente de veículos automotivos. Sendo novos estão enquadrados no regime da substituição tributária. Sendo usados, a base de cálculo nas suas saídas fica reduzida em 100% conforme determinações do art. 83, do RICMS/97, ou seja, não existe a obrigação do recolhimento do imposto.

Nesta situação, inclusive com o entendimento da 2ª Instância deste Colegiado que já se manifestou sobre a matéria, através, por exemplo, do Acórdão CJF Nº 0353-11/04, a ação fiscal não pode ter sustentação. Ficou constatado que a totalidade das mercadorias comercializadas pelo contribuinte se constituem em “mercadorias outras” ou mercadorias com a alíquota do imposto “reduzida a zero”. Assim, a auditoria fiscal aplicada para apurar omissão de saídas por presunção é um método inadequado, pois a presunção legal tem por finalidade de lançar imposto incidente sobre saídas de mercadoria. Para deixar clara a posição deste Colegiado, transcrevo parte do voto do citado Acórdão:

.....  
*Minha conclusão é simples e objetiva, o levantamento de passivo (situação outra que permite a presunção ora em discussão), com o fito de identificar a manutenção de obrigações já pagas, para apurar omissão de saídas por presunção, no presente caso, é um método de auditoria totalmente inadequado. Vou mais longe, não há nem como se falar em utilizar uma possível proporcionalidade, visto que o lançamento de ofício para exigência de tributo deve ser preciso, e a proporcionalidade implica em estimativa, o que geraria incerteza no montante do débito.*

*Considerando que a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, no presente caso, em razão do encerramento da fase de tributação, isto não é possível, pois implicaria em bitributação, e entendo que o recurso Recorrido não merece reparos.*

Assim, diante do exposto, voto pela improcedência do lançamento fiscal.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207095.1229/04-6, lavrado contra **SANVIZA VEÍCULOS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO- PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR