

PROCESSO - A. I. Nº 115484.0013/03-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRHL COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E MODAS LTDA. (SANDPIPER)
RECORRIDOS - BRHL COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E MODAS LTDA. (SANDPIPER) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0389-04/04
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 03/03/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0042-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 2. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. O parcelamento de débito pelo sujeito passivo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência do recurso acaso interposto. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 4ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta, através do Acórdão nº JJF 0389/04-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige imposto no valor de R\$212.489,45 acrescido da multa de 70%, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa (exercício de 1996) – R\$5.930,93;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes (exercícios de 1997 e 1998) – R\$206.558,52.

Na descrição dos fatos, a autuante consignou a seguinte informação: “*Em data, hora e local acima indicados, encerrei a fiscalização da empresa supracitada, referente aos exercícios de 1996, 1997 e 1998, em cumprimento à O.S. acima discriminada que determina a REFISCALIZAÇÃO, obedecendo os roteiros de Auditoria Fiscal Contábil, vez que o Auto de Infração n. 115484.0001101-1, foi julgado em primeira instância, TOTALMENTE PROCEDENTE, e após o Recurso de revista, julgado NULO, pois o autuado alegou que os documentos fiscais não apresentados apesar das oito intimações e declaração do seu representante legal de que haviam sido extraviados, reaPareceram e encontravam-se à disposição do Egrégio CONSEF, que, de pronto solicitou a DPF reprogramar a Ação Fiscal.*”

O autuado, em sua peça impugnatória, abordou, como preliminar, a decadência relativa às

imposições fiscais dos exercícios de 1996 e 1997. Ressaltou que o Auto de Infração foi lavrado no mês de dezembro de 2003, e os fatos geradores dizem respeito aos exercícios de 1996, 1997 e 1998. Nesta situação os dois primeiros exercícios se encontravam totalmente fora do prazo legal para sua constituição. Que o fato do primeiro Auto de Infração (nº 115484.0001/01-1) ter sido anulado por Decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no dia 12/8/02, não interrompia o prazo decadencial. Primeiro, porque o prazo decadencial, ao contrário do prescricional, não comporta interrupção, motivo pelo qual se quisesse, deveria a autoridade fiscal competente empreender nova fiscalização durante o curso dos 5 anos, especialmente quando intimada pelo próprio relator a respeito da existência dos livros então ditos como extraviados e, segundo, porque no caso em questão, sequer há como ser aplicada a regra do art. 173, II, do Código Tributário Nacional, vez que para aplicação deste regramento, questionável por violar o princípio básico das leis fiscais, ou seja, proteger o contribuinte de atos arbitrários emanados pelo Poder Público, deveria ser o lançamento anulado por vício formal. Porém, alegou, o que houve foi erro substancial, o que impedia, em definitivo, a regra da norma citada, já que os julgadores reconheceram o erro cometido pela agente fiscal ao se valer da regra de exceção relativa ao uso do arbitramento como base de cálculo. Para corroborar seu entendimento transcreveu ementa proferida pela Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes quando do julgamento do Recurso nº 132986 e comentários do jurista Ives Gandra da Silva Martins, in "*Comentários ao Código Tributário*" (página 435).

Ressaltando que o gerente da loja havia, precipitadamente, recolhido o débito da infração nº 1, referente ao exercício de 1996, adentrou no mérito da irregularidade apurada na infração 2, ou seja, sobre o imposto detectado através de passivo fictício.

Relembrando que a 2ª CJF anulou o anterior Auto de Infração vez que embasado tão somente em indícios, disse que a autuante, além de não ter observado esta Decisão, também não observou que se trata de uma empresa dos mesmos donos, que representa, em Salvador, os produtos SANDIPIPER, produzidos pela Travel Roupas Ltda, estabelecida na Rua Sacadura Cabral, nº 221, Saúde, Rio de Janeiro.

Afirmou que as pretensas obrigações em que se fundamenta a autuação, em verdade, não foram pagas. Disse que a empresa autuada funciona exclusivamente para revenda de produtos da Travel Roupas Ltda, com quem mantém contrato para revenda, exclusiva, dos produtos SANDIPIPER, cujas empresas pertencem aos mesmos sócios, tratando-se o autuado de simples sucursal da Travel Roupas Ltda. Neste sentido, descreveu a constituição da empresa, ou seja, o autuado foi constituído pelos sócios Napoleão Fonyat Filho e Breno Queiroz Guerra em 9/2/1995, sendo que o Sr. Napoleão, sócio majoritário da Travel Roupas Ltda, estabelecida no Rio de Janeiro e produtora da marca SANDIPIPER, passou a ser seu único fornecedor e o Sr. Breno passou a gerir os negócios da BRHL, sediada em Salvador/Ba. Em setembro de 1997, o Sr. Napoleão, enviou carta ao Sr. Breno reclamando atraso no pagamento das duplicatas. Em novembro daquele ano o Sr. Breno enviou resposta ao Sr. Napoleão Filho, explicando o porquê dos atrasos, esperando melhorar a situação para liquidação das dívidas. Em agosto de 1998, novamente o Sr. Napoleão enviou correspondência ao Sr. Breno Guerra solicitando liquidação das duplicatas. Em resposta, de 18/11/1998, o Sr. Breno, reconhecendo suas faltas, comunicou ao Sr. Napoleão que esperava, com a aproximação do Natal, que a BRHL comesse a ter condições de pagar suas dívidas. Em outubro de 1999, o Sr. Breno recebeu comunicação do Sr. Napoleão informando que não mais pretendia continuar com a sociedade. Após diversas negociações, em 10/11/1999, o Sr. Breno concordou em sair da sociedade e o Sr. Napoleão assumiu o controle acionário da sociedade. Para corroborar suas informações, anexou aos autos cópias reprográficas de documentos, dentre eles um demonstrativo resumo do conta corrente da empresa autuada com a Travel Roupas Ltda, visando demonstrar que os valores lançados no balanço de 1997 e 1998, correspondia fielmente a realidade da situação, ou seja, encontrava-se devedor com a Travel em dezembro de 1997 em um valor de R\$543.595,82 e, em dezembro de 1998, de R\$1.128.792,25.

Invocou a observância e a aplicabilidade do princípio da verdade material, a qual se contrapõe a verdade meramente subjetiva ou aparente. Entendeu que, em matéria de processo fiscal tributário, a autoridade administrativa há que, obrigatoriamente, buscar a verdade material. Para que o preposto fiscal pudesse afirmar sobre a existência de contas pagas e manutenção no passivo fictício ou inexistente dependeria de um trabalho de correlação entre o saldo contabilizado como devido ao fornecedor e o real valor do crédito a receber. Se este trabalho não foi realizado, disse, o saldo devedor contabilizado era o real valor, inexistindo a suposta omissão, objeto da autuação. Transcreveu o Acórdão CJF nº 0582/01, deste Colegiado, para subsidiar seu argumento.

Protestando por todo o gênero de provas em direito permitido, inclusive a juntada de novos documentos em contraprova, requereu a insubsistência das imposições fiscais correspondentes aos exercícios de 1996 e 1997, tendo em vista que o vício motivador era substancial e a improcedência da infração 2, referente aos exercícios de 1997 e 1998, por absoluta falta de suporte fático e fundamentação legal.

A autuante prestou informação discordando da preliminar de decadência argüida pelo defendente.

Quanto ao mérito argüido pelo impugnante, em referência a infração 2, do Auto de Infração, afirmou não merecer nenhuma consideração, vez que o próprio autuado apresentou documentos onde confessou que existiam diferenças do passivo pago e não contabilizado, os quais foram juntados conforme fls. 181/182 do PAF. Que, inclusive, o demonstrativo elaborado pela própria empresa já demonstrava o cálculo do imposto devido. Porém e como não poderia deixar de ser, ao realizar os trabalhos de fiscalização, manuseando, exaustiva e cuidadosamente, os documentos apresentados, constatou que o ICMS a ser reclamado alcançaria outro total.

Quanto ao argumento de que foi comunicado à fiscalização de que a empresa pertencia ao mesmo proprietário do fornecedor e da qual era devedora, foi veemente em dizer que não foi comunicada de nada, pois além de somente trabalhar com documentos, as cópias das duplicatas que se encontram apenas aos autos atentam verdade de fato e estão todas transcritas em demonstrativos de forma inequívoca.

Em relação aos documentos apresentados pelo impugnante, os descaracterizou, já que cartas de queixas pelo não pagamento dos débitos contraídos pelo estabelecimento autuado, existem outras com pedidos de desculpas pelo mesmo fato. Ressaltou que o fato está transcrito nos livros Diário, Razão e Balancetes. Afora isto, as alterações contratuais, datadas de 29/01/2001 e 14/01/2004, não dizem respeito ao período fiscalizado.

Requereu a procedência total da ação fiscal.

Em 22/3/2004, em pauta suplementar de sessão de julgamento da 1ª JJF, ficou decidido que o presente PAF se encontrava em condições de ser julgado (fl. 378).

Na sessão de julgamento do dia 7/4/2004, feita a leitura do relatório e ouvidas as ponderações do representante da empresa, a 1ª JJF decidiu que os autos fossem encaminhados em diligência à ASTEC/CONSEF para revisão do lançamento, sendo solicitadas as seguintes providências (fl. 379):

1. Intimasse o contribuinte a apresentar: a) relação individualizada das aquisições que compõem o saldo de Balanço da contas “Fornecedor” de 31/12/1997; b) comprovação dos pagamentos do Passivo acima citado, realizado no exercício de 1998; c) relação individualizada das aquisições efetuadas no exercício de 1998, inclusive em relação aos fornecedores Engefim, BRR (fl. 21) e outros, se houver; d) comprovação dos pagamentos das aquisições efetuadas no exercício de 1998, excluindo as relativas ao Passivo de 1997; e) relação dos fornecedores que compuseram o passivo em 31/12/1998.

2. Considerando que o fornecedor Travel Roupas Ltda. apresentou como contas a receber do autuado o valor de R\$1.128.822,25, em 31/12/1998, intimasse o autuado a justificar a divergência a menor em sua contabilidade.

Com base nos elementos apresentados, elaborasse demonstrativo para identificação da existência ou não de passivo fictício nos exercícios considerados. Também foi observado que deveria ser verificado se foram contabilizados os valores indicados no documento à fl. 181, em correspondência entre o fornecedor Travel Roupas Ltda. e o autuado. Em caso negativo, considerasse tais diferenças na composição do passivo fictício.

Atendendo ao solicitado, revisor fiscal, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 110/2004, transcrevendo todos os itens discriminados pela 1ª JJF para serem verificados e analisados, informou:

1. com relação ao item "a", o autuado apresentou uma relação individualizada que somavam R\$577.387,86 (doc. 1 a 5 do Parecer). Como a conta "Fornecedores", no balanço de 31/12/1997, apontava o valor de R\$543.595,82 (fls. 113/120), existia uma diferença de R\$33.792,04 a maior na relação. Atentou que, à fl. 165, existia um Balanço de Abertura de 1/1/1998, cujo saldo da conta "Fornecedores" era de R\$499.104,01.
2. Em relação ao item "b" do pedido, o valor dos pagamentos do passivo de 1997 comprovados foi de R\$211.787,65, mesmo valor apurado pela autuante, conforme fl.19 do PAF.
3. referente ao item "c", o impugnante apresentou uma relação de compras no exercício de 1998 em um total de R\$796.984,07 (doc. 6 a 10). Com relação às empresas Engefim e BRR, informou que ditas empresas são empresas financeiras que negociam títulos mercantis. Com estas financeiras a empresa Travel Roupas Ltda, única fornecedora do autuado, na condição de sacadora, negociou títulos que tiveram como sacada o autuado e como cedentes a Engefim e BRR, como se pode apurar nos títulos apensados aos autos (doc. 24 a 30 e 197 a 205).
4. em relação ao item "d", afirmou que à fl. 21 estavam esclarecidas as aquisições de 1998 pagas em 1999. Deste modo, conforme documentação do PAF e informações do autuado, não houve compra de 1998 paga neste mesmo exercício.
5. quanto ao item "e" a relação é a mesma que atende ao item "c", já que todas as compras de 1998 compõem o saldo da conta "Fornecedores" do Balanço de 31/12/1998, uma vez que neste exercício não houve pagamento de aquisições deste mesmo exercício.

No que tange ao item 2 da solicitação deste Colegiado, afirmou que o sujeito passivo justificou que houve um engano na transcrição do débito na Conta Corrente da BRHL Com.Confeções de Modas LTDA no mês de junho de 1998, no valor de R\$30,00.

Em seguida, apresentando os valores de base de cálculo do imposto para os dois exercícios, observou que os passivos a descoberto são admitidos pelo autuado como existentes em sua vida comercial. Entretanto, alega que como a empresa Travel Roupas Ltda e o autuado por terem o mesmo sócio, Sr. Napoleão Fonyat Filho, este assumiu a dívida representada pelo passivo a descoberto objeto do Auto de Infração, juntando os documentos 37 a 105 e 106 a 196 que são cópias de duplicatas da Travel contra o autuado, nas quais contém carimbo com os seguintes dizeres: "ASSUMIDA POR NAPOLEÃO FONYAT FILHO PARA FUTURO ACERTO COM O SÓCIO BRENO DE QUEIROZ GUERRA." Em relação a essa assunção de dívida por uma pessoa física, o autuado não apresentou comprovação que se pudesse entendê-la como sólida, a exemplo de contrato específico da assunção da dívida devidamente registrado ou mesmo registro contábil nas escritas das empresas.

Chamado a tomar conhecimento da diligência realizada, o autuado manifestou-se (fls. 546/549), informando, preliminarmente, que atendeu a todos os pedidos solicitados pela 1ª JJF. Em seguida, transcrevendo a informação do diligente sobre a assunção de dívida apresentada pelo sócio das

empresas (autuada e Travel Roupas), disse que o mesmo havia extrapolado o pedido formulando. Entendeu que, da análise do pedido, somente tinha relevância os itens “a”, “b” e “c”, que foram, disse, plenamente esclarecidos.

Ratificou seu pedido de Improcedência da ação fiscal.

Através do Acórdão JFJ Nº 0389/04-05, a 4.ª JFJ julgou procedente em parte o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à arguição preliminar de decadência dos exercícios de 1996 e 1997, após transcrever o art. 173, II, do CTN, entendeu a R. Junta que *“observando a data da anulação do lançamento anterior (Acórdão nº CJF Nº 0292-12/02), 12/8/2002, a Fazenda Pública, a partir desta data, tem cinco anos para refazer o procedimento fiscal ou homologar o lançamento efetuado pelo autuado”*, salientando que *“No caso presente foi lavrado novo Auto de Infração em 11/12/03”*;
- b) o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 determina, como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração apresentar saldo credor de caixa, suprimento de caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como as entradas de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, salvo se o contribuinte provar o contrário, ou seja, o ônus da prova em desconstituir a presunção é do sujeito passivo. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei;
- c) no tocante ao mérito da infração 1, *“Todos os dados apurados pela fiscalização foram retirados do livro Razão apresentado pelo sujeito passivo”*, ao passo que *“O autuado apenas diz que o gerente da loja, inadvertidamente, recolheu o imposto, porém não teceu qualquer argumento de mérito contrário à acusação”*, razão pela qual a primeira instância manteve *“a autuação no valor de R\$5.930,93, com homologação do valor recolhido”*;
- d) no que tange à infração 2, decidiu a Junta que *“embora o sócio, Sr. Napoleão Fonyat Filho seja sócio majoritário da empresa à época dos fatos geradores que constituíram o imposto e que tenha desfeito, posteriormente, a sociedade com o Sr. Breno de Queiroz Guerra, esta situação não interfere na matéria em discussão”*. Isso porque, prossegue, *“Para efeito da legislação do ICMS, os estabelecimentos, vendedores e compradores, são autônomos entre si, mesmo que pertençam, exclusivamente, ao mesmo proprietário (art. 11, & 3º, II da Lei Complementar nº 87/96)”*, assim, *“suas operações comerciais são independentes, não se confundindo uma com a outra”*. Além do mais, o autuado, ao contrário do que afirmou a defesa, não é sucursal do seu estabelecimento situado no Rio de Janeiro;
- e) além disso, ainda quanto à infração 2, ressaltou o *a quo*, primeiramente, que *“no livro Razão, na conta “Fornecedores Diversos” dos exercícios de 1997 e 1998, a empresa lançou os valores de R\$543.595,82 e R\$1.128.792,25, respectivamente, como obrigações a serem pagas no exercício seguinte”*, tendo a autuante *“realizado um levantamento de todas as duplicatas pagas em 1998 (exercício de 1997) e 1999 (exercício de 1998), das compras realizadas”*, e constatado *“uma diferença de R\$331.808,18 e de R\$883.241,96, respectivamente, como obrigações não comprovadas pelo contribuinte como não quitadas”*;
- f) o autuado *“não comprovou que houve os pagamentos”*, visto que *“A cópia reprográfica de folhas do livro Razão Analítico da empresa Travel Roupas Ltda, trazidas aos autos com a defesa com os mesmos valores das obrigações não pagas pelo autuado, nos dois exercícios, não podem ser aceitas haja vista a total divergência entre as informações produzidas pelo impugnante em relação a este fornecedor, ou seja: à fl. 181 consta correspondência da Travel Roupas Ltda, datada de 15/3/1999 acusando os valores que, efetivamente, foram pagos durante o exercício de 1998”*, ao passo que, *“consta à fl. 317, informação da contabilidade da Travel*

Roupas Ltda (fornecedor) apontando valores divergentes da correspondência acima citada”; logo, diante da situação, os dados fornecidos por aquela contabilidade demonstram que os registros contábeis não merecem credibilidade por não constar todos nos levantamentos de pagamentos realizados pelo autuado ao seu fornecedor;

- g) outrossim, quanto à alegação de que as diferenças encontradas no passivo foram assumidas pelo sócio Napoleão Fonyat Filho, *“em momento algum houve comprovação do fato, até porque se este sócio assumiu, a quitação, esta situação se caracterizaria como empréstimo do sócio ao autuado, situação não provada nos autos”*; se não paga, *“restaria comprovado de que, independentemente do compromisso assumido pelo sócio junto ao fornecedor (empresa a ele mesmo pertencente) deveria estar provado nos autos de que tais valores devidos pelo autuado continuaram em aberto junto ao seu fornecedor, porém não com a simples alegação de que o Sr. Napoleão assumiu a dívida através de um carimbo apostado nas duplicatas”*; ademais, *“cotejando o valor das aquisições referentes ao ano de 1998 (único fornecedor a Travel Roupas Ltda) consta no balanço (fl. 142) o valor de R\$1.067.817,41”*, ao passo que, *“Quando da diligência o autuado apresentou o valor contabilizado de aquisições na ordem de R\$796.984,07 (fls. 343/347)”*; assim, tais situações não possuem o condão de elidir a autuação, tendo o próprio impugnante confirmado a presunção da omissão de saídas de mercadorias tributáveis ao reconhecer a existência das diferenças do Passivo Fornecedores no valor de R\$331.808,17, para o exercício de 1997 e no valor de R\$551.433,78 (exercício de 1998), ditos assumidos pelo Sr. Napoleão;
- h) em face de tudo quanto acima exposto, entendeu a Junta que, *“em relação ao exercício de 1997, o saldo do Balanço apurado na contabilidade do impugnante foi de R\$543.595,82, tendo sido contabilizado no exercício seguinte o valor de R\$211.787,64 como pagamentos efetuados, restando a falta de comprovação do valor de R\$331.808,18”*; quando da diligência solicitada, *“época em que o impugnante foi intimado à apresentar os comprovantes de pagamentos para descaracterizar o passivo em aberto, não houve esta comprovação”*; por tal razão, não tendo o autuado trazido aos autos qualquer documento que desconstituisse o lançamento efetuado, à luz do art. 123, do RPAF/99, conclui-se pelo acerto da autuação no valor de R\$56.407,39;
- i) no que concerne ao exercício de 1998, asseverou a primeira instância que *“o contribuinte informou um saldo na sua conta de “Passivo Fornecedor” na ordem de R\$1.128.792,25”*; assim sendo, *“a autuante deveria ter excluído a parcela correspondente ao valor exigido a título de passivo fictício do exercício de 1997, pois este valor nele encontra-se incluído”*; além disso, considerando a correspondência apresentada à fl. 181, decidiu a Junta que *“o valor efetivamente pago neste exercício foi da ordem de R\$568.487,35, sendo que dele, R\$211.787,64 corresponde a pagamentos comprovados em relação ao passivo fornecedor do exercício de 1997 e o restante referente às aquisições do próprio exercício”*; elaborou-se novo demonstrativo de débito, reduzindo-se o quantum devido para R\$101.307,37;

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$50.000,00, a referida 2.^a JFJ recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, reconhecendo a infração 1, apesar de militar em seu favor a decadência dos valores exigidos no exercício de 1996. No que se refere à citada infração, repisou integralmente os argumentos expendidos em sua peça defensiva, bem como na peça acostada aos autos após a diligência, aduzindo que *“considerando que o autuante acolheu todas as informações prestadas e consubstanciadas em 205 documentos acostados, legítimo não é, extrair-se daí, razões para se afirmar que a acusação é patente vez que o que está sub judice é se existem duplicatas pagas e não contabilizadas”*. Alega, ainda, que *“Como razões susceptíveis a modificar o julgamento da Junta de Julgamento Fiscal, registre-se que inexistiu a pretendida manutenção no Passivo de contas já pagas”*, sendo que *“tudo restou substancialmente comprovado, de que somente havia*

um fornecedor, a Travel Roupas Ltda., por seu sócio majoritário, que assumiu o Ativo e o Passivo". Ao final, postulou pelo provimento do Recurso Voluntário, a fim de que fosse julgado improcedente o item 2, da autuação.

Encaminhado os autos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer acerca da matéria objeto do presente PAF, a ilustre Procuradora Dr.^a Sylvia Amoedo, discordou da análise feita no julgamento de primeira instância, vez que, primeiramente, o sócio majoritário da loja de Salvador, era também da única fornecedora da marca exclusiva revendida pelo autuado, a empresa do Rio de Janeiro, tudo funcionando como uma espécie de franquia, e que o autuado não teria pago suas compras por culpa do sócio minoritário, o que levou ao desfazimento da sociedade, assumindo então a dívida do autuado, para com o fornecedor, onde o sócio das duas era o mesmo. Entende que não se trata de empréstimo de sócio sem comprovação e sim de efetiva assunção de dívida, comprovada por duplicatas não pagas a fornecedor, cujo sócio é também sócio da devedora, não tendo ocorrido, pois, o fato gerador do ICMS, o que se dará com a venda dessas mercadorias, o que somente pode ser verificado em outras contas da escrita da empresa, não havendo como se provar, porém, a efetiva saída dessas mercadorias, salvo através de um levantamento quantitativo para apurar compras e vendas e estoques, o que não ocorreu, pois a autuação se deveu a "Passivo Fictício". Discorda também do julgamento da 4.^a Junta de Julgamento Fiscal em suas conclusões, posto que as duplicatas anexadas se constituem em documentos comerciais, com significação jurídica e valor probante da assunção da dívida, bem como não é obrigatório para a existência e validade deste negócio jurídico um contrato formal e registrado, inclusive o direito comercial e civil atribui a essas duplicatas a validade de títulos passíveis de serem cobrados judicialmente, tendo a Lei nº 5.474/68, nos seus arts. 15 e seguintes, regulamentado até o processo para cobrança judicial deste título e que no caso dos autos irá servir como documento hábil para a apuração dos haveres dos sócios quando do processo de liquidação da sociedade. Assevera que o autuado reconhece a existência deste passivo na conta fornecedores, mas pelo fato do mesmo existir por não ter sido quitado a esse fornecedor e por ter sido assumido por um de seus sócios, quando da dissolução da sociedade e este sócio ser também um dos sócios do fornecedor em questão. Ao final, opinou pelo provimento do Recurso interposto para que seja modificada a Decisão recorrida.

O Procurador Assistente encaminhou, através de Despacho, o presente Recurso Voluntário ao Auditor Fiscal Ricardo Rego para análise e pronunciamento técnico, requerendo que, posteriormente, os autos retornassem para Parecer conclusivo.

O ilustre Auditor Fiscal Ricardo Rego emitiu Parecer técnico, asseverando, após apresentar esboço histórico do processo, que o recorrente, em nenhum instante, negou a existência deste passivo na sua escrita contábil, afirmando, apenas, que o mesmo não era fictício. Além disso, o recorrente deixou de comprovar (sequer tentou) que tal passivo não teria chegado a ser quitado por ele próprio (a tese de acusação é a de que o autuado pagou pelas duplicatas, mas não deu baixa nas mesmas), ou seja, que o mesmo (o passivo), de fato, representaria uma obrigação ainda a ser paga. Ademais, ressalta, os documentos de fls. 374/533 (as duplicatas), por estarem em cópia (não estando autenticadas, inclusive), e diante da controvérsia instaurada neste PAF, não são documentos hábeis para comprovar a argumentação do recorrente, notadamente se for observado que os citados dizeres (que constam nas duplicatas) sequer estão acompanhados da assinatura do Sr. NAPOLEÃO. É importante observar que toda operação que envolva direitos e obrigações de uma empresa precisa observar certas formalidades de escrituração (fiscal e contábil), sob pena de não poderem ser aceitas pelo Fisco. *In casu*, aduz que a operação explicada pelo recorrente, para ser aceita, precisaria, necessariamente, ser comprovada contabilmente, por meio de lançamentos contábeis e dos respectivos documentos fiscais, que pudessem refletir, sob o ponto de vista da empresa autuado, a extinção das dívidas (obrigações lançadas na Conta Fornecedores) junto ao fornecedor TRAVEL ROUPAS LTDA., bem como, no mesmo passo, o surgimento de empréstimo junto ao sócio Sr. NAPOLEÃO, em idêntico valor de tais dívidas. E nenhum documento neste

sentido foi trazido aos autos, pelo sujeito passivo. Afirma que seria também essencial que o autuado trouxesse aos autos a escrituração contábil da empresa TRAVEL ROUPAS LTDA., de modo a restar comprovado, se fosse o caso, que tal empresa não possuía mais qualquer direito junto ao recorrente, no tocante às duplicatas de fls. 374/533, face à alegada assunção da dívida pelo Sr. Napoleão. Noutras palavras, deveria ter sido feita, pelo recorrente, a comprovação de que esta dívida caberia, agora, ao Sr. Napoleão. Ademais, prossegue, seria ainda mais fundamental que a escrita da empresa TRAVEL ROUPAS LTDA tivesse sido trazida aos autos, pelo recorrente, no intuito de comprovar, se fosse o caso, que tal empresa não teria chegado a receber, por parte do autuado, qualquer pagamento pelas duplicatas de fls. 374/533. Saliente-se que os documentos de fls. 293/317, apesar de, em tese, se constituírem em documentação contábil da empresa TRAVEL ROUPAS LTDA, não estão alinhados com as informações inseridas no documento de fl. 181, o qual teria sido emitido por esta própria empresa. Aliás, foi exatamente por este motivo, que o Relator da 4.^a JJF, em seu voto desqualificou a documentação de fls. 293/317. Ao final, entendeu o Auditor Fiscal não haver comprovação material nos autos, a ponto de permitir ou autorizar o acolhimento dos argumentos do recorrente, no sentido de que o seu passivo relativo à empresa TRAVEL ROUPAS LTDA teria sido efetivamente assumido pelo Sr. Napoleão, ou seja, de que tal passivo existia de fato ao final dos exercícios objeto da autuação (1997 e 1998).

O recorrente atravessa petitório com o objetivo de informar que aderiu ao Convênio ICMS 91/05, cuja cópia acostou em anexo à sua petição, razão pela qual, comprovada a efetiva regularidade no pagamento do débito atinente ao crédito tributário constante no presente processo, requereu o sobrestamento do feito até a sua efetiva quitação. Além disso, requereu que a Douta Procuradoria fosse comunicada acerca do feito, a fim de evitar o ajuizamento de execução fiscal em nome do autuado. O recorrente acostou aos autos, além da cópia do referido convênio, uma cópia do Requerimento dos Benefícios da Lei nº 9.650/05, em que reconhecido parcialmente o débito, datado de 27 de setembro de 2005, bem como DAE no valor de R\$ 60.000,00, devidamente pago em 29 de setembro do corrente ano.

A PGE/PROFIS emite novo Parecer, através do qual, corroborando com o entendimento esposado pelo Assistente Técnico daquele órgão, acima relatado, e invocando o quanto insculpido no art. 2.º, § 1.º, do Decreto nº 5.474/1968, cujo teor transcreveu, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário. Ressalta, ainda, que o recorrente, posteriormente ao julgamento recorrido, efetuou dois pagamentos relativos ao Auto de Infração em apreço, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) cada, com os benefícios da Lei nº 9.650/05, conforme documentos colacionados aos Parecer, valores estes que devem ser homologados por esta Câmara de Julgamento Fiscal.

O Assistente do CONSEF, Sr. Israel José dos Santos, carrega aos autos *e-mail* pelo mesmo dirigido ao Sr. Ary Sacramento Hayne (Gestor SAJA), ressaltando que o presente PAF foi *“pago parcialmente nos valores do principal de R\$ 5.930,93 (em 22.12.2003), R\$ 60.000,00 (em 29.09.2005), R\$ 60.000,00 (em 31.10.2005) e mais R\$ 60.000,00 (em 30.11.2005), com os benefícios das Leis nºs 8.887/03 e 9.650/05, cujo total do débito reclamado e julgado pela JJF, correspondem ao principal de R\$ 212.489,45 e R\$ 163.645,69, porém o SISTEMA continua apresentando a seguinte mensagem: “AUTO NÃO PODE SER MODIFICADO. HOVE PAGTO OU ESTA EM PARCELAM”, apesar de já terem sido excluídos todos os pagamentos do SISTEMA.”* Ao final, solicitou *“urgente solução, com referência ao desbloqueio, para que possamos confirmar a devida Pauta de Julgamento”*.

O Sr. Ary Hayne responde ao *e-mail* anteriormente enviado, informando que o presente PAF *“teve seu fluxo desbloqueado”*.

VOTO

Trata-se, como já dito, de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão proferida pela 4.^a JJF, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

Inicialmente, ingressaremos no âmbito de análise do Recurso Voluntário interposto pelo

contribuinte, limitado à insurgência quanto a infração 2.

Nesse sentido, tendo em vista que o próprio recorrente reconheceu o débito e requereu o parcelamento junto à SEFAZ, que se deu após o julgamento de Primeira Instância, outra saída não resta a esta Câmara de Julgamento Fiscal, senão considerar Prejudicado o Recurso Voluntário interposto.

Note-se que os comprovantes de pagamento estão devidamente anexados às fls. 621 a 623, efetuados em três parcelas de R\$60.000,00 cada uma.

Logo, em face do quanto acima exposto e com espeque na Lei nº 9.650/05, voto no sentido de considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

No que se refere ao Recurso de Ofício apresentado pela Colenda 4ª JJF, não merece reforma a Decisão proferida pelo referido Órgão Administrativo de Julgamento.

Isso porque, quanto ao exercício de 1998, integrante da infração 2, restou comprovado, na Decisão recorrida, calcada na prova técnica anteriormente realizada pela ASTEC, que o autuado informou um saldo na sua conta de “Passivo Fornecedor” na ordem de R\$1.128.792,25”, razão pela qual caberia à autuante excluir a parcela correspondente ao valor exigido a título de passivo fictício do exercício de 1997, pois este valor já se encontrava nele incluído.

Ademais, tendo em vista a correspondência apresentada à fl. 181, agiu com acerto ao decidir a Junta que *“o valor efetivamente pago neste exercício foi da ordem de R\$568.487,35, sendo que dele, R\$211.787,64 corresponde a pagamentos comprovados em relação ao passivo fornecedor do exercício de 1997 e o restante referente às aquisições do próprio exercício”*, elaborando, inclusive, novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor do item, em relação ao qual não há reparo algum a fazer.

Destarte, com espeque na prova técnica produzida pela ASTEC, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **115484.0013/03-6**, lavrado contra **BRHL COMÉRCIO DE CONFECCÕES E MODAS LTDA. (SANDPIPER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$163.645,69**, atualizado monetariamente, acrescido da multa 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS