

INTA. I. Nº - 206987.0210/05-8
AUTUADO - MÓVEIS FENICIA LTDA.
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 28.04.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-01/06

EMENTA: ICMS. PASSIVO FICTICIO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTINS 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 acolhida a arguição de nulidade e indeferido o pedido de diligência ou perícia. Extinto o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário com relação ao exercício de 1999. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 06/12/2005 exige ICMS no valor de R\$128.042,59, pela falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001.

À fl. 63 dos autos consta informação do autuante de que, no dia 28/12/05, dirigiu-se ao estabelecimento do autuado para apresentação do presente Auto de Infração e seus anexos, além do termo de devolução dos livros e documentos utilizados na fiscalização dos exercícios de 1999 a 2001. O contribuinte recebeu os livros e documentos, assinou o termo (fl. 62) e recusou-se a assinar o Auto de Infração.

O autuado, às fls. 74/79, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando nunca ter omitido saída de mercadorias e que as mesmas estão registradas nos livros competentes, não existindo passivo fictício.

Alegou, preliminarmente, a decadência da faculdade do fisco constituir o crédito exigido no Auto de Infração nº 206987.0210/05-8, referente aos exercícios de 1999 e 2000, transcrevendo o art. 150, § 4º do CTN e que o autuado só foi cientificado regularmente da lavratura do Auto de Infração, no dia 12/01/2006, data que recebeu pelos correios a notificação expedida pela INFRAZ, não sendo verdadeira a afirmação de que teria se recusado a receber, no dia 28/12/2005, a cópia do Auto de Infração. E a constatação sobre tal ponto pode ser feita através do exame do livro de Ocorrências que foi entregue em branco, sem nenhuma anotação quanto à verificação de infrações no período.

Disse que o documento assinado pelo autuante se reporta à pessoa estranha ao quadro de funcionários do autuado, ou seja, a pessoa mencionada no documento é funcionária de outra empresa denominada Adailza Santos de Oliveira, CNPJ 73755039/0001-50, conforme cópia da carteira de trabalho anexa ao processo. Assim, não procede a alegação de que o autuado teria se recusado a tomar ciência do Auto de Infração e que, ainda por absurdo se admita que a notificação tenha ocorrido em 28/12/05, o crédito relativo ao exercício de 1999 estaria decaído.

Requeru seja decretada a decadência do direito da Administração Fazendária de constituir o crédito tributário relativo aos exercícios de 1999 e 2000.

No mérito, argumenta que a constatação de passivo fictício na contabilidade de um contribuinte é apenas indício de que existe omissão de saída de mercadorias, cabendo ao fisco demonstrar inequivocamente tal fato, levantando o estoque, verificando as entradas e saídas, etc, e nada disso foi feito.

Protestou alegando que o passivo apontado pelo autuante efetivamente existe e foi quitado no curso dos exercícios seguintes, como se comprova os documentos juntados (planilhas, triplicatas e livros razão). E, ainda que existisse o passivo fictício apontado este fato só interessa à legislação do imposto de renda, não havendo, amparo legal a cobrança realizada pelo autuante, já que a cobrança extrapola o âmbito do imposto definido pela Constituição Federal. Citou jurisprudência do STF em Recurso Extraordinário nº 80695-4 e, jurisprudência dos Tribunais Administrativos – Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, Acórdão nº 152- 2^a CP, constando na Ementa: “ICMS – Auto de Infração. A comprovação da não existência de “passivo fictício”, que deu sustentação ao Auto de Infração e Notificação Fiscal, determina a improcedência da ação fiscal.”

Considerando ter provado a veracidade das operações contabilizadas, o passivo fictício constatado na contabilidade de um contribuinte não realiza a hipótese do fato gerador do ICMS; o procedimento fiscal violou o princípio da Tipicidade Fechada, requereu que seja julgado o Auto de Infração improcedente e, na hipótese de prosseguir em fase de instrução, - a produção de provas admitidas em direito, indicando, de logo, a perícia contábil, e a juntada posterior de documentos.

O autuante, às fls. 537/538, informou ter lavrado o AI em 27/12/2005 e que referente ao exercício de 1999, foi refeito por ordem do CONSEF, em parecer exarado na Resolução nº 0331-11/05, do relatório de julgamento da 1^a Câmara em 20/09/2005, em conformidade com o art. 173, II do CTN. A ação fiscal se iniciou com o Termo de Intimação assinado em 14/10/2005 e seguido pelos Termos de Intimações datados de 20/10/2005 e 26/10/2005, todos assinados por José Rogério Mascarenhas – gerente da empresa. Com base no levantamento do crédito tributário – passivo fictício, com base no valor de R\$ 529.806,95, em 1999; R\$ 911.312,41, em 2000 e R\$ 1.265.017,06, em 2001, foi lavrado o 5º Termo de Intimação que foi assinado em 09/11/2005, solicitando a comprovação do saldo da conta fornecedores (art. 173, parágrafo único do CTN). Transcorrido o prazo estabelecido, sem que o contribuinte apresentasse os documentos exigidos, foi lavrado o Auto de Infração, apresentado em 28/12/2005 a Sra. Adailza Santos de Oliveira, esposa do Sr. Dinovaldo Dantas Moreira, sócio gerente da empresa que se recusou a assinar, tomar ciência do Auto de Infração, ordenando sua funcionária Luciana Teles da Silva que assinasse o termo de devolução de livros e documentos fiscais e contábeis, o que ocorreu na mesma data.

Nos autos está comprovado que a ação fiscal se iniciou dentro do prazo legal para a exigência do crédito tributário, não podendo ser considerado caduco o crédito relativo aos exercícios de 1999 e 2000 (art. 150 § 4º combinado com o art. 173 do CTN).

Esclareceu que após ter analisado os documentos (triplicatas e recibos) apresentados pelo autuado, desqualificou parcialmente os mesmos, tendo em vista que estes não merecem fé, posto que são quitações pelo valor original efetuadas através de triplicatas e recibos, referente a débitos vencidos nos anos de 2001 e 2002, tendo sido apostada manualmente a data de quitação com até cinco (05) anos após a data de vencimento do título. Também do saldo do passivo em aberto apresentado em 31/12/2001, no valor de R\$ 1.265.017,06, o autuado apresentou suposta comprovação de pagamento de apenas R\$ 294.294,46, sendo que deste total foi considerado idôneo apenas o valor de R\$ 61.410,54.

Refez o demonstrativo de débito apontando os valores de R\$ 83.236,28, R\$ 71.686,83 e R\$ 132.926,27, exercícios de 1999 a 2001, respectivamente. Anexou cópia de documentos às fls. 542/565.

Cientificado do resultado da informação fiscal, o autuado, às fls. 568/570, se manifestou reiterando os fundamentos quanto a decadência argüida na peça inicial. E, alegando que o autuante não

indicou novos elementos em que poderiam se louvar para desqualificar parcialmente os documentos apresentados pelo autuado, ferindo o §1º do art. 18 e 47 do RPAF/99. Também alegou que tal desconsideração é uma inovação do legislador das normas gerais do Direito Tributário, transcrevendo o parágrafo único do art. 116 do CTN.

Reiterou seu pedido no sentido de ser julgado improcedente o Auto de Infração.

VOTO

Rejeito a argüição de nulidade, pois não vislumbro a inobservância das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Também rejeito a solicitação de perícia ou diligência, haja vista que nos autos constam elementos suficientes para meu convencimento e apreciação da lide.

No tocante a argüição de decadência do direito da Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, passo a transcrever posicionamento já manifestado sobre a mesma matéria, através do Acórdão JJF 0499-01/04, conforme abaixo:

“Existem interpretações divergentes sobre a matéria em questão, até mesmo dentre os renomados tributaristas, quanto ao momento em que se dá o lançamento do crédito tributário.”

“Em parecer exarado pela PROFAZ, de nº 767/00, o parecerista daquele órgão, em relação a tal situação, conclui o que se segue:”

“Entendo, data vénia, que a regra do parágrafo quarto do art. 150 do CTN indica interpretação diversa. In verbis: “... expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário ...”

“O CTN estabelece que ocorre a homologação tácita se dentro do prazo decadencial a Fazenda Pública permanecer inerte, sem ação, sem fiscalizar os lançamentos efetuados pelo contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.”

“No processo em questão, a ação fiscal iniciou-se em outubro de 99 e tal fiscalização culminou com a lavratura do auto de infração em 27/12/99. A importância da intimação do contribuinte sobre a lavratura do auto de infração é indiscutível, sendo condição necessária à perfeição do ato, que visa resguardar o contraditório, dando ao contribuinte a oportunidade de defender-se amplamente.”

“Porém, a intimação não pode ser elevada a marco final da decadência. A manifestação da Fazenda Pública, ainda dentro do prazo previsto, afasta, peremptoriamente, a ocorrência da decadência.”

“O tributarista Alberto Xavier, em seu livro DO LANÇAMENTO: TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, 2ª edição, Ed. Forense, na pág. 195, cita Paulo de Barros Carvalho sobre a distinção entre o *lançamento* e a *notificação do lançamento*, com o seguinte ensinamento:”

“O lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude de notificação inexistente, nula ou anulada”.

“Uma coisa é acatarmos os vícios do ato de lançamento, outra é cogitar dos defeitos da notificação. Esta se presta, tão somente, para dar ciência ao sujeito passivo, da formalização do crédito, que nascera ao ensejo de acontecimento do fato jurídico tributário (...) Tal qual o lançamento, a notificação, como ato jurídico administrativo, pode existir; ser válida ou não válida; eficaz ou não eficaz. Notificação existente é a que reúne os elementos necessários ao seu reconhecimento. Válida, quando tais elementos se conformarem aos preceitos jurídicos que regem sua

função, na ordem jurídica. E eficaz aquela que, recebida pelo destinatário, desencadeia os efeitos jurídicos que lhe são próprios.”

“Se o lançamento existir e for válido, não irradiará qualquer efeito jurídico, enquanto não comunicado ao sujeito passivo, por intermédio do ato de notificação. Mesmo existente e válido, o lançamento pode ficar prejudicado em sua eficácia, pela demonstração de vício capital (nulidade absoluta) ou accidental (nulidade relativa) do ato de notificação”.

“Assim, é fato indiscutível que a notificação ao sujeito passivo é imprescindível para que o Auto de Infração seja eficaz, no entanto, tal ato não pode ser entendido como momento para determinação do prazo decadencial do direito de constituição do crédito tributário”.

“Efetivamente, o prazo para o Estado constituir o crédito tributário, praticando o ato administrativo de lançamento é de cinco anos. E não exercendo o seu direito, nesse período, a consequência é a perda pelo decurso do tempo”.

Desta maneira, entendo que os atos como: Termo de Intimação, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Arrecadação de Livros e/ou Documentos ou Termo de Apreensão, não devem ser o marco para determinação da constituição do crédito. No entanto, com a lavratura do Auto de Infração, ao meu ver, fica constituído o ato do lançamento do crédito tributário. A notificação fiscal é um ato administrativo cuja finalidade é a de tornar válida a constituição do crédito tributário.

No caso em tela, temos duas situações a serem analisadas. A primeira em relação ao exercício de 1999, haja vista, em lançamento de crédito tributário anterior, ter sido julgado nulo, mediante Acórdão CJF 0331-11/05, Auto de Infração lavrado contra o autuado, referente à cobrança de imposto por meio de Arbitramento da Base de Cálculo – Distorção na conta Mercadorias. E o autuante renovando a ação fiscal, com base no disposto no art. 173, II do CTN, exige, através do presente processo, a cobrança de imposto apurado mediante constatação de passivo fictício, ou seja, existência, no passivo, de obrigações já pagas.

Já na segunda situação, está sendo exigido imposto referente a crédito tributário relativo ao exercício de 2000, observado o disposto no inciso I do art. 173 do CTN.

Quanto a argüição de decadência em que envolve os exercícios de 1999 e 2000, constato que o Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2005 e se refere aos períodos fiscalizados de 1999 a 2001, tendo sido registrado o presente Auto de Infração no Sistema da SEFAZ em 27/12/2005 e o sujeito passivo sido notificado do lançamento, via correios, em 12/01/06.

Tratando da preliminar de mérito em relação ao exercício de 1999, entendo que só seria aplicado o disposto no art. 173, II, caso tivesse havido nulidade decorrente de erro por vício formal, o que, ao meu ver, não é o caso, haja vista se tratar de infrações distintas, ou seja, o Auto de Infração nº 233037.0174/04-8 julgado nulo tratou de exigência de imposto apurado mediante arbitramento da base de cálculo, sob acusação de lançamento ou registro fictício ou inexato na escrita contábil-fiscal, relativamente à escrituração de mercadorias inventariadas no exercício de 1999, com preços inferiores ao custo médio das entradas, contrariando o art. 330 do RICMS/BA. Na renovação do lançamento do crédito tributário (exercício de 1999) houve mudança total do fulcro da autuação, ou seja, está sendo exigido imposto pela falta de recolhimento por omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, situação divergente da que deu origem a nulidade do Auto de Infração. Assim, entendo, que a renovação do lançamento se deu por aplicação inadequada do roteiro de fiscalização aplicada, e não, por vício formal, ou seja, não se trata do mesmo objeto da ação fiscal anterior para que ficasse configurado o que estabelece o inciso II do art. 173 do CTN. O que me leva a concluir que nesse caso o prazo decadencial a ser observado é o estabelecido no inciso

I do art. 173 do CTN, e, por esta razão conlui pela desconstituição lançamento do crédito tributário exigido, em relação ao exercício de 1999, no total de R\$ 17.258,25.

Já em relação ao exercício de 2000 a ação fiscal foi constituída antes de ter operado a decadência, haja vista que o lançamento só seria desconstituído se ocorresse a partir do dia 01/01/2006, observado o art. 173, I do CTN, incorporado à Lei Estadual nº 3.956/81 e 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;

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 prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2000, ou seja, os fatos geradores só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2006.

Das peças processuais, considerando que o exercício de 1999 foi desconstituído por inobservância do prazo decadencial para exigência do crédito reclamado, passo a examinar o mérito em relação aos exercícios de 2000 e 2001.

O autuado junta cópias reprográficas de triplicatas e recibos, cujos vencimentos ocorreram em 2001 e 2002, tendo sido consignado data de quitação até com 5 (cinco) anos após o vencimento, sem que houvesse qualquer comprovação de que tais títulos foram objeto de “protestos”, através de Cartórios de Títulos e Protestos, ou mesmo que os fornecedores tivessem exigido o pagamento dos valores devidamente corrigidos pelo atraso no pagamento dos mesmos, já que se observa realização de operações com fornecedores em datas posteriores sem que houvesse o lançamento do efetivo pagamento das operações realizadas anteriormente, além do que as anotações de pagamento dos títulos estão apostas manualmente, fato que evidencia a descaracterização do documento apresentado como sendo do efetivo pagamento das duplicatas constantes dos registros contábeis do autuado.

Verifico que foi exigido ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrentes de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas, fato conhecido como “passivo fictício”. Assim, a exigência de imposto na identificação de saldos credores existentes no Balanço Patrimonial, em 31/12/00 e 31/12/01, relativamente a valores vencidos no exercício encerrado sem a devida comprovação de que os mesmos continuam pendentes junto aos seus Fornecedores, configura-se a existência de “Passivo Fictício”, cuja tributação é devida por “Presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas, anteriormente efetuadas sem o pagamento do imposto”, disposição legal definida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Desta maneira, a não comprovação, pelo sujeito passivo, da inexistência de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Observo que o autuante ao prestar informação fiscal elabora demonstrativo para identificar os valores correspondentes ao passivo fictício ou não comprovado, reconhecendo descaber, no exercício de 2002, parte do débito exigido (valor base de cálculo na quantia de R\$61.410,54), no entanto, ao apresentar o débito remanescente aponta imposto em valor superior ao crédito tributário exigido na presente autuação. Assim, tais valores devem ser alterados, conforme a seguir demonstrado, uma vez que de acordo com o art. 156 do RPAF/99 não pode haver majoração

do valor do débito exigido, devendo a autoridade fazendária examinar a possibilidade de cobrança da diferença apontada na informação fiscal, a salvo de falhas.

Demonstrativo de Débito

Mês/ Ano	Base de cálculo – Passivo fictício Auto de Infração	Valor comprovado (pagamentos efetuados no exercício seguinte)	Valor da base de cálculo remanescente	ICMS devido
31/12/2000	356.943,88	0,00	356.943,88	60.680,46
31/12/2001	294.728,70	61.410,54	233.318,16	39.664,08
TOTAL				100.344,54

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206987.0210/05-8, lavrado contra **MÓVEIS FENÍCIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$100.344,54**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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, 24 de abril de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR