

A. I. N° - 269275.0007/05-3
AUTUADO - QUITÉRIA MEDEIROS DE SOUZA ROCHA
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 14.06.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0198-02/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Fato reconhecido pelo sujeito passivo. 2. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em face da constatação da existência, no Passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e por conseguinte sem pagamento do imposto, a menos que seja feita prova da insubsistência da presunção. Corrigidos erros do levantamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/9/05, apura seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 700,00, com multa de 50%;
2. “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes” [*sic*], sendo lançado ICMS no valor de R\$ 3.970,60, com multa de 70%.

O contribuinte defendeu-se suscitando preliminarmente a nulidade do Auto de Infração. Fala da natureza do lançamento e do Auto de Infração, e da distinção entre obrigação tributária e crédito tributário. Frisa que a falta de fiscalização em observância dos critérios legais pode eventualmente reportar-se a lançamento nulo ou anulável. Aduz que a exigibilidade da obrigação pode ser inexistente ou não, ser válida ou inválida, eficaz ou ineficaz. Conclui a preliminar ponderando que não há razão para se falar em exigibilidade da obrigação tributária sem a prévia instauração do processo de fiscalização, de forma a assegurar a real apuração das supostas infrações tributárias. Comenta os fatos levantados pela fiscalização.

Quanto ao direito, reconhece ser devido o débito objeto do item 1º do Auto de Infração. Juntou comprovante do pagamento do débito correspondente.

Já com relação ao item 2º, após realçar a importância do princípio da verdade material, reclama que no presente caso não lhe está sendo dado o tratamento devido, pois é exigido o cumprimento de obrigação tributária sem que seja instaurado o devido processo de fiscalização nos livros fiscais. Alega que analisou seus livros contábeis e facilmente verificou imprecisão quanto às supostas omissões de receita. Especifica as duplicatas cujos pagamentos não foram considerados pelo agente fiscal nos levantamentos que deram suporte ao Auto de Infração. Argumenta que o simples fato de não ter sido efetuado o pagamento dos credores por si só não caracteriza omissão

de receita tributária, pois a forma devida de apuração deve ser mediante instauração de processo de fiscalização dos livros contábeis pela autoridade competente, e não por simples arbitramento. Nega que houvesse no Passivo obrigações já pagas ou inexistentes. Diz que, se houve a entrada da mercadoria, sua respectiva saída e o respectivo pagamento de todos os tributos exigidos, a cobrança do imposto imposta neste Auto de Infração caracterizaria bitributação. Lembra que é remansoso o entendimento de que o fisco só pode arbitrar imposto caso não haja possibilidade de fiscalizar e apurar a existência do fato gerador da obrigação, sendo que, neste caso, todas as operações estão comprovadas e todos os pagamentos foram devidamente escriturados, podendo isso ser verificado através dos livros de entrada de mercadorias. Considera que a imputação em análise carece de fundamentação legal, haja vista ter o lançamento sido feito por simples arbitramento, e não mediante o devido processo de fiscalização, necessário à apuração da verdade material. Salienta que, de acordo com a Constituição, ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal. Nega ter havido infração. Fala da vedação de confisco tributário. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente, extinguindo-se o crédito lançado.

Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação contrapondo que a preliminar de nulidade suscitada pela defesa não há de prosperar, uma vez que o processo de fiscalização foi regularmente instaurado, seguindo todas as normas legais e regulamentares.

Observa que o contribuinte reconheceu a procedência do lançamento de que cuida o item 1º do Auto de Infração.

Quanto ao item 2º, informa que, com relação às duplicatas a que alude a defesa, no caso do exercício de 2002, apenas a primeira duplicata, no valor de R\$ 189,26, merece ser aceita, uma vez que todas as outras têm vencimentos muito anteriores ao final do referido exercício e o contribuinte não demonstrou que os depósitos por ele apresentados se referem especificamente às duplicatas em questão.

No que concerne ao exercício de 2003, o fiscal reconhece que todas as quatro duplicatas apresentadas pela defesa deveriam ter sido consideradas no levantamento fiscal, e não foram, num total de R\$ 1.610,93.

Elaborou demonstrativos, refazendo os cálculos dos valores do imposto que considera devidos, a saber: R\$ 3.664,91 em 2002 e R\$ 31,83 em 2003.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou reclamando que o agente fiscal deixou de conferir detalhadamente todos os títulos apresentados pela defesa, tendo-se restringido apenas a conferir o primeiro título, desprezando os demais, referentes ao exercício 2002. Argumenta que pelo simples fato de constar no título a data de vencimento no exercício 2002 não se pode afirmar que o pagamento foi feito no exercício 2002. Diz ser comum no seu ramo de atividade a concessão de prazo prolongado para pagamento das compras. Alega que não é por não ter sido procedida a baixa no livro Razão que se deva atribuir uma obrigação tributária. Não concorda com a tese do agente fazendário no sentido de que não possam ser aceitas as duplicatas pelo simples fato de terem seus vencimentos anteriores ao final do exercício 2002. Alega que foram acostados à impugnação todos os comprovantes de pagamento dos títulos, e isso não foi avaliado pelo agente fiscal. Faz uma lista das duplicatas cujos pagamentos não foram considerados, relativamente aos exercícios de 2002 e 2003. Reproduz considerações já expostas na defesa. Renova os pedidos de improcedência do lançamento e da conseqüente extinção do crédito tributário.

O processo foi remetido em diligência à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, a fim de que fosse efetuado o exame dos elementos apresentados pelo autuado na defesa e na sua manifestação posterior, segundo os critérios convencionais da auditoria de “passivo fictício”.

O auditor designado para fazer a revisão informou que, com relação ao exercício de 2002, identificou títulos que, apesar de considerados pelo fiscal autuante como obrigações já pagas como mantidas no passivo, foram pagos no exercício de 2003. Quanto ao exercício de 2003, a Nota fiscal apresentada tem vencimento em 2004. Elaborou demonstrativos, remanescendo omissões de saídas de mercadorias no exercício de 2002 no valor de R\$ 6.697,38, com imposto no valor de R\$ 1.138,55, sendo que, no caso do exercício de 2003, o valor das omissões apresentou saldo “negativo” (o autuado comprovou saldo acima do declarado).

Ao ser dada ciência do resultado da revisão do lançamento ao sujeito passivo, este voltou a se manifestar reclamando que não foram conferidos detalhadamente todos os títulos apresentados pela defesa. Argumenta que pelo simples fato de constar no título a data de vencimento no exercício 2002 não se pode afirmar que o pagamento foi feito no exercício 2002. Diz ser comum no seu ramo de atividade a concessão de prazo prolongado para pagamento das compras. Alega que não é por não ter sido procedida a baixa no livro Razão que se deva atribuir uma obrigação tributária. Não concorda com a tese fiscal de que não possam ser aceitas as duplicatas pelo simples fato de terem seus vencimentos anteriores ao final do exercício 2002. Alega que foram acostados à impugnação todos os comprovantes de pagamento dos títulos, e isso não foi levado em conta. Faz uma lista das duplicatas cujos pagamentos não foram considerados, relativamente ao exercício de 2002. Reproduz considerações já expostas na defesa. Renova o pedido de improcedência do lançamento do crédito tributário. Juntou documentos.

VOTO

O fato imputado no item 1º do Auto de Infração foi reconhecido pela defesa, cujo valor pago deverá ser homologado.

No 2º item, a acusação foi feita nestes termos: “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”.

A defesa suscitou uma preliminar, pleiteando a nulidade do Auto de Infração. Discorre acerca da natureza do lançamento e do Auto de Infração, fala da distinção entre obrigação tributária e crédito tributário, alega que a falta de fiscalização em observância dos critérios legais pode eventualmente reportar-se a lançamento nulo ou anulável, aduz que a exigibilidade da obrigação pode ser inexistente ou não, ser válida ou inválida, eficaz ou ineficaz, e conclui a preliminar ponderando que não há razão para se falar em exigibilidade da obrigação tributária sem a prévia instauração do processo de fiscalização, de forma a assegurar a real apuração das supostas infrações tributárias. Com relação ao item 2º, após realçar a importância do princípio da verdade material, reclama que no presente caso não lhe está sendo dado o tratamento devido, pois é exigido o cumprimento de obrigação tributária sem que seja instaurado o devido processo de fiscalização nos livros fiscais, por simples arbitramento. Reclama que está havendo bitributação.

Pelo visto, a questão suscitada pela defesa não constitui, a rigor, matéria preliminar, mas de mérito, visando a instrução adequada do lançamento, em face das provas apresentadas. Porém, já que a defesa apela para o princípio da verdade material, que é uma das faces do sobreprincípio da legalidade, considero oportuno aclarar melhor o teor da imputação objeto do 2º item deste Auto de Infração, que acusa o contribuinte de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”.

Acusação feita nestes termos é muito vaga. O ideal é que, ao ser feita exigência fiscal dessa natureza, seja informado ao contribuinte a razão, o fundamento dessa exigência, para que ele, pretendendo defender-se, disponha de elementos para fazê-lo.

O ICMS não incide, evidentemente, sobre manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. O fato gerador do ICMS, no âmbito mercantil, são as operações relativas à

circulação de mercadorias. A venda de mercadorias, por exemplo. “Passivo fictício” não é fato jurídico gerador de obrigação tributária no âmbito do ICMS.

No entanto, quando uma empresa realiza vendas mas não as declara em sua contabilidade (vendas sem Notas Fiscais), ela dispõe da receita efetiva das operações efetuadas, porém a receita dessas operações não se reflete na conta Caixa. Por essa razão, ela fica impossibilitada de contabilizar os pagamentos efetuados, se esses pagamentos são superiores aos valores do saldo da conta Caixa. Desse modo, diante da constatação de manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas, conclui-se que a empresa vendeu mercadorias sem Notas Fiscais. O § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações tributáveis anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar no Passivo dívidas já pagas, a não ser que o contribuinte prove que a presunção é inaplicável.

Na fase de instrução do processo, em face da reclamação do autuado de que o fiscal deixou de conferir detalhadamente todos os títulos apresentados na defesa, foi determinada a realização de diligência, a cargo da Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, a fim de que fosse efetuado o exame dos elementos apresentados pelo autuado na defesa e na sua manifestação posterior. O auditor designado para fazer a revisão informou que, com relação ao exercício de 2002, identificou títulos que, apesar de considerados pelo fiscal autuante como obrigações já pagas como mantidas no passivo, foram pagos no exercício de 2003. Quanto ao exercício de 2003, a Nota fiscal apresentada tem vencimento em 2004. Elaborou demonstrativos, remanescendo omissões de saídas de mercadorias no exercício de 2002 no valor de R\$ 6.697,38, com imposto no valor de R\$ 1.138,55, sendo que, no caso do exercício de 2003, o valor das omissões apresentou saldo “negativo” (o autuado comprovou saldo acima do declarado).

O autuado voltou a questionar o lançamento, juntando documentos para provar não haver no seu Passivo obrigações já pagas.

Examinei os documentos listados pelo autuado em sua última manifestação (fl. 468) e as provas apresentadas (fls. 471/528). Trata-se de duplicatas que constam no Balanço de 2002 como ainda não pagas, alegando a defesa que os pagamentos teriam ocorrido em 2003. Ocorre que, de acordo com as provas anexadas (fls. 471/528), a única duplicata que foi paga em 2003 foi a de nº 66954/1, de Calçados Bibi Nordeste Ltda., no valor de R\$ 480,81, emitida em 5/11/02 e paga em 19/3/03, conforme comprovante de pagamento na parte inferior do documento à fl. 481. Quanto aos demais títulos, os comprovantes de pagamento apresentados deixam claro que os pagamentos foram feitos antes de 31/12/03 (fls. 472, 477, 486-487, 492, 497, 502, 506, 516, 521 e 525). Noto que na lista dos documentos feita pelo autuado à fl. 468 consta a duplicata 479/1 da Via Franca, sendo apresentada como prova de que a quitação da duplicata teria ocorrido em 7/2/03 (fl. 511). Ocorre que o comprovante apresentado (fl. 511) diz respeito à duplicata 479/2, ao passo que a duplicata em questão é a 479/1 (fl. 468).

Assim, do saldo remanescente das omissões de saídas (passivo fictício), objeto do item 2º do Auto de Infração, apurado na diligência fiscal, relativamente ao exercício de 2002 (fl. 459), no valor de R\$ 6.697,38, deve ser abatida a quantia de R\$ 480,81, correspondente à duplicata nº 66954/1, de Calçados Bibi Nordeste Ltda., emitida em 5/11/02 e paga em 19/3/03, conforme comprovante de pagamento na parte inferior do documento à fl. 481, passando a base de cálculo do imposto a ser de R\$ 6.216,57, com imposto no valor de R\$ 1.056,82.

Quanto ao exercício de 2003, de acordo com o resultado da diligência fiscal (fl. 459), não há imposto a ser lançado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269275.0007/05-3**, lavrado contra **QUITÉRIA MEDEIROS DE SOUZA ROCHA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.756,82**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 700,00 e de 70% sobre R\$ 1.056,82, previstas no art. 42, I, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de junho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR