

PROCESSO - A. I. Nº 206987.0210/05-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MÓVEIS FENÍCIA LTDA.
RECORRIDOS - MÓVEIS FENÍCIA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0136-01/06
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 21/09/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0321-12/07

EMENTA: ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTILIS 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. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Extinto o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário com relação ao exercício de 1999. Acolhida a arguição de decadência referente ao exercício de 2000. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração exige ICMS, no valor de R\$128.042,59, referente a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a decadência relativamente aos exercícios de 1999 e 2000. No mérito, afirmou que o passivo existia e foi quitado no curso dos exercícios seguintes, como comprovam documentos juntados aos autos.

Na informação fiscal, o autuante explicou que em relação ao exercício de 1999 o lançamento foi feito por determinação do CONSEF, conforme o Acórdão nº 0331-11/05. Disse que corrigiu o levantamento fiscal e apurou os débitos de R\$83.236,28, R\$71.686,83 e R\$132.926,27, para os exercícios de 1999, 2000 e 2001, respectivamente.

Por meio do Acórdão JF nº 0136-01/06, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte no valor de R\$100.344,54.

Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora rejeitou a arguição de nulidade do lançamento, argumentando que não vislumbrava a inobservância de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolheu a solicitação de perícia ou diligência, pois entendia que já havia elementos suficientes para a formação de seu convencimento.

Quanto à decadência suscitada na defesa, a Junta de Julgamento Fiscal afastou a alegação relativamente ao exercício de 2000, sob o argumento de que a legislação tributária estadual fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser aplicado o disposto no art. 150, § 4º do

CTN. Já no que tange ao exercício de 1999, a Primeira Instância acolheu a alegação da defesa, tendo a ilustre relatora fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Quanto à arguição 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 concluo pela desconstituição lançamento do crédito tributário exigido, em relação ao exercício de 1999, no total de R\$17.258,25.

No mérito, quanto aos exercícios de 2000 e 2001, a Junta de Julgamento Fiscal desconsiderou parcialmente os documentos apresentados na defesa, sob a argumentação de que:

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.

Prosseguindo em seu voto, a relatora salientou que na informação fiscal o autuante reconheceu a existência de pagamentos efetuados no decorrer do exercício de 2002, no montante de R\$61.410,54, porém, indevidamente, o auditor majorou o débito original referente a 2001. Dessa forma, a primeira instância retificou o valor devido em 2001 (de R\$50.103,88 para R\$39.664,08) e manteve inalterado o débito referente a 2000, tudo conforme demonstrativo à fl. 578 dos autos.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com o julgamento da 1ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que a Decisão recorrida merece ser reformada, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, o recorrente argúi a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente ao exercício de 2000. Alega que o art. 145 do CTN prevê que o lançamento só se perfaz com a regular notificação do sujeito passivo, a qual diz que se efetivou em 12/01/06. Sustenta que

a doutrina de Alberto Xavier não se aplica ao caso em tela, pois o citado tributarista prega que somente com a notificação válida o lançamento produz os efeitos jurídicos que lhe são próprios, dentre eles, a prevenção da decadência. Pondera que admitir a lavratura do Auto de Infração como sendo o marco inicial da constituição do lançamento gera insegurança jurídica. Diz que o entendimento exposto na Decisão recorrida vai de encontro à sistemática constitucional que assegura os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Destaca que o Auto de Infração não foi lavrado em 2005, pois no livro Registro de Ocorrências, entregue pelo auditor fiscal em 28/12/05, não consta qualquer anotação quanto ao lançamento em lide.

No mérito, diz que os fatos narrados pelo autuante não caracterizam fatos geradores do ICMS. Afirma que a constatação de passivo fictício é apenas um indício de omissão de saída de mercadorias, cabendo ao fisco demonstrar tal fato. Sustenta que o passivo apontado pelo autuante existia e foi pago no curso dos exercícios seguintes, conforme provam os documentos anexados à impugnação. Assegura que jamais omitiu entradas ou saídas de mercadorias e, por esse motivo, nada de irregular foi constatado em seus estoques.

Explica que as duplicatas foram pagas diretamente aos fornecedores e, por esse motivo, as quitações foram feitas manualmente. Diz que os títulos não ficaram pendentes, pois a praça de pagamento era a cidade de Ipirá, onde o cartório não protesta títulos.

Sustenta a tese de que, mesmo sendo o passivo apontado na autuação fictício, esse fato só interessaria à legislação do imposto de renda, pois os pagamentos encobertos por artifícios contábeis não caracterizam operação de circulação de mercadorias e, portanto, não há amparo legal para a cobrança realizada pelo autuante. Cita jurisprudência para embasar sua alegação.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, indicando a perícia contábil e a juntada de documentos.

Ao exarar o Parecer de fls. 597 a 603, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) prevê em seu art. 23 um prazo decadencial diferenciado do previsto no art. 173, I, do CTN, não assistindo razão ao recorrente quanto à decadência suscitada. Para embasar suas assertivas, transcreve farta doutrina. Quanto à notificação acerca do lançamento, diz que a contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário não possui qualquer correlação com a manifestação da pessoa autuada.

No mérito, o ilustre procurador afirma que a existência de passivo fictício não é fato gerador do ICMS, porém a constatação dessa ocorrência autoriza a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, fato gerador do imposto. Diz que o recorrente não se desincumbiu de fazer prova contrária à presunção que embasa o lançamento. Ao finalizar, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, por maioria, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações:

- a) fosse verificado se a composição do passivo nos exercícios autuados corresponde aos números apresentados pelo autuante na informação fiscal e acatados pelo autuado;
- b) fosse emitido Parecer técnico/contábil acerca das quitações dos títulos que compõem o passivo objeto da autuação. Também foi solicitado o encaminhamento do processo à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer jurídico acerca da preliminar de decadência pertinente ao exercício de 1999.

Conforme o Parecer ASTEC nº 226/2006, fls. 609 a 611, auditor fiscal estranho ao feito informou que os valores lançados na contabilidade do autuado e no levantamento do autuante são idênticos aos acatados pela Junta de Julgamento Fiscal. Quanto ao segundo item da solicitação, o preposto da ASTEC assim se pronunciou:

Examinando os documentos anexados pelo autuado, referentes à comprovação dos pagamentos efetuados, contata-se que os títulos que compõem a conta do passivo existem,

porém foram quitadas em momento anterior, permanecendo, todavia, registrados na contabilidade da empresa.

O fato de a escrita contábil indicar a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, significa dizer que os Recursos aplicados nos pagamentos das mesmas, por terem respaldo contábil, tiveram a sua origem desconhecida, ou seja, ingressaram de fato no “Caixa real” do estabelecimento, sem contudo ter sido registrado no “Caixa contábil”, significando dizer que fica comprovado o ingresso de Recursos, para fazer frente a tal pagamentos, sem a comprovação da sua origem, pressupondo-se que tais Recursos advieram da omissão de saídas tributáveis.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente afirma que o Parecer da ASTEC está equivocado, uma vez que não há passivo fictício. Assevera que jamais omitiu entrada ou saída de mercadorias. Ressalta que o passivo apontado pelo autuante efetivamente existiu e foi quitado no curso dos exercícios seguintes, conforme comprovam os documentos acostados aos autos. Diz que as duplicatas foram quitadas manualmente, pois foram pagas diretamente aos fabricantes ou prepostos das empresas credoras. Sustenta que a constatação de passivo fictício é apenas um indício de omissão de saída, cabendo ao fisco demonstrar tal fato, o que diz não ter sido feito. Frisa que os documentos referentes ao exercício de 2000 não foram apresentados, pois já se operou a decadência, uma vez que só foi notificado acerca do lançamento em 12/01/06. Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Encaminhado o processo à Dra. Sylvia Amoedo, procuradora do Estado, para emissão de Parecer, foi solicitado que o Parecer fosse emitido pelo Dr. José Augusto Martins, procurador do Estado, que já tinha se pronunciado nos autos anteriormente.

Em Parecer à fl. 621, o Dr. José Augusto Martins reiterou o opinativo de fls. 597/603, no sentido do Improvimento do Recurso Voluntário, uma vez que a diligência fiscal certificou que os títulos insertos na conta do passivo foram pagos e, no entanto, foram mantidos na referida conta contábil, o que autoriza a presunção de omissão de saídas tributáveis, conforme previsto no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCIDO

Ao apreciar o Recurso Voluntário, inicialmente afasto a preliminar de decadência referente ao exercício de 2000, pois o termo inicial da contagem do prazo decadencial é determinado de acordo com o previsto no art. 173, I, do CTN, isso é, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Não há como se aplicar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que a legislação tributária estadual, utilizando a autorização dada no próprio § 4º do art. 150 do referido Código, fixou no art. 107-A, inc. I, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Efetivamente, o recorrente só foi intimado acerca do lançamento em 12/01/06, porém a data a ser considerada para a contagem do prazo decadência é a da lavratura do Auto de Infração (06/12/05). Conforme já bem explicado na Decisão recorrida, *“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”*. Dessa forma, em consonância com o Parecer da PGE/PROFIS, considero que, para fins de contagem do prazo decadencial, o termo inicial é a data de lavratura do Auto de Infração, e não a da notificação do sujeito passivo.

Ressalto que, na contagem do prazo decadencial utilizada na Decisão recorrida, não houve qualquer violação a princípios constitucionais, como alega o recorrente. Não pode a Fazenda

Pública Estadual ficar refém de contribuintes que, visando provocar a decadência, se recusam a assinar Auto de Infração, como ocorreu no caso em tela.

O recorrente alega que o Auto de Infração não foi lavrado em 2005, uma vez que não consta qualquer anotação acerca do lançamento no seu livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO). Não acolho essa alegação, pois a anotação acerca do lançamento no RUDFTO não é condição de existência ou de validade de Auto de Infração.

Adentrando no mérito da lide, ressalto que, efetivamente, o passivo fictício não é fato gerador do ICMS, porém, no caso em tela, não se está cobrando imposto sobre tal fato contábil. Conforme consta no Auto de Infração, o lançamento em lide exige ICMS referente à *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.”* Prevê o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 que o fato de a escrituração contábil indicar a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, dentre outras hipóteses, autoriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova de improcedência da presunção. Desse modo, não há como prosperar a tese recursal de que o passivo fictício é apenas indício de omissão, pois é a lei que expressamente determina que se presuma a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabendo ao recorrente comprovar a improcedência da presunção.

Essa previsão legal contida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 põe por terra a tese recursal de que o passivo fictício só interessa à fiscalização do Imposto de Renda. Quanto à jurisprudência citada no Recurso Voluntário, saliento que as decisões mencionadas não vinculam a presente lide e, além disso, elas divergem de expressa determinação da legislação tributária baiana.

Para a caracterização da irregularidade imputada ao recorrente não há necessidade da realização de levantamentos quantitativos de estoques, como alega o recorrente. A ocorrência da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes já é suficiente para que se presuma a realização de operações de circulação de mercadorias sem pagamento do imposto, nos termos do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção legal.

Quanto às duplicatas e aos recibos apresentados na defesa, foi correta a Decisão da Primeira Instância, pois as provas da quitação de parte desses títulos são, no meu convencimento, insuficientes para elidir o passivo fictício. As duplicatas e os recibos não acolhidos pelo autuante são referentes a aquisições com vencimento nos exercícios de 2001 e 2002 e, no entanto, foram manualmente “quitadas” em 2005 e 2004. Não é razoável admitir que compras efetuadas em 2001 tenham sido pagas em 2005 sem a cobrança de juros e multa. Além disso, o recorrente poderia ter trazido aos autos cópia dos cheques compensados ou dos depósitos bancários efetuados para provar os pagamentos. Em suma, os documentos apresentados na defesa e não acolhidos na Decisão recorrida não podem ser aceitos, pois não são provas suficientes da quitação dos passivos correspondentes.

Em face do acima comentado, entendo que a Decisão recorrida está correta, não havendo qualquer reparo a fazer.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, observo que a Fazenda Pública Estadual sucumbiu em relação ao valor exigido no exercício de 1999 (R\$17.258,25), bem como em parte do valor referente ao exercício de 2001, o qual passou de R\$50.103,88 para R\$39.664,08.

No que tange à parcela referente ao exercício de 1999, verifico que o recorrido teve contra si lavrado o Auto de Infração nº 233037.0174/04-8. Nesse Auto de Infração, foi cobrado ICMS apurado mediante arbitramento da base de cálculo, em razão de existência de lançamento ou registro fictício ou inexato na escrita fiscal-contábil. O referido Auto de Infração foi julgado nulo, tendo a 1ª CJF determinado a renovação da ação fiscal pelos métodos normais de fiscalização. Cumprindo o determinado pela 1ª CJF, foi lavrado o presente Auto de Infração, para cobrar

imposto referente as omissões de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes.

Determina o art. 173, II, do CTN, que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados *“da data em que tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado”*.

Examinando o caso em lide, entendo que a nulidade declarada por este CONSEF em relação ao Auto de Infração nº 233037.0174/04-8 foi decorrente de um vício no método empregado para apurar o imposto devido e, portanto, trata-se de um vício formal. Nessa situação, por força do disposto no art. 173, II, do CTN, ainda não estava decaído o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente ao exercício de 1999.

Por expressa determinação da 1ª CJF, cabia ao autuante renovar a ação fiscal *“pelos métodos normais de fiscalização”*. Considerando que o autuante não poderia mais utilizar o método excepcional do arbitramento, pois já fora afastado pela 1ª CJF, decidiu o auditor fiscal aplicar um roteiro de auditoria contábil e examinar as contas do passivo da empresa fiscalizada, tendo apurado a infração em tela.

Dessa forma, entendo que foi correto o posicionamento do autuante e que a infração está caracterizada quanto ao exercício de 1999, sem que tenha decaído o direito de a Fazenda Pública Estadual lançar o crédito tributário referente àquele exercício. Ressalto que a segunda fiscalização foi mais benéfica ao recorrido, pois o valor originalmente cobrado (R\$68.001,99) ficou reduzido para R\$17.258,25 e, além disso, o refazimento da ação fiscal comprovou que o recorrido no período em questão tinha incidido em falta de recolhimento do imposto.

Em face do acima comentado, entendo que a Decisão recorrida, relativamente ao exercício de 1999, deve ser modificada, para restabelecer a exigência fiscal.

Já quanto ao exercício de 2001, foi acertada a Decisão recorrida, pois o recorrente trouxe cópia dos depósitos bancários e dos boletos pagos em bancos, provas satisfatórias dos pagamentos acolhidos e excluídos da autuação. Saliento que esse fato foi reconhecido pelo próprio autuante que refez o levantamento, excluindo da autuação os valores comprovados.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restaurar a exigência fiscal original relativamente ao exercício de 1999, mantendo inalterado o valor apurado pela Primeira Instância para o exercício de 2001.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente, impende-nos apreciar os argumentos constantes do Recurso Voluntário interposto pelo autuado.

Suscita o mesmo, em sede de preliminar de mérito, a decadência concernente ao exercício de 2000.

Comungamos com o entendimento externado pelo nobre relator, ao apreciar a matéria, quando afirma que deve ser apreciado ao caso vertente o quanto disposto no art. 173, I, do CTN e não o quanto insculpido no art. 150, § 4º, do CTN.

Divergimos, porém, do referido julgador quando afirma que a *“data a ser considerada para a contagem do prazo de decadência é a da lavratura do Auto de Infração (06/12/2005), e não da data da intimação do recorrente, ocorrida em 12/01/2006”*.

Isso porque cristalina é uma disposição constante do art. 145, do Código Tributário Nacional, ao prescrever que o lançamento apenas se constitui com **a regular notificação do sujeito passivo**, realizada *in casu* apenas em 12/01/2006, como expressamente reconheceu a referida decisão recorrida e o próprio voto vencido acerca da matéria.

Entender que o marco inicial da constituição do crédito é simplesmente o da lavratura do Auto de Infração não só vilipendia a norma acima invocada, mas, principalmente provoca irremediável insegurança jurídica aos administrados, notadamente porque fariam emergir créditos já atingidos pela decadência.

Inquestionável, de igual forma, que a conclusão apresentada no *decisum a quo* trafega em sentido contrário naquele sistematizado na Carta Magna de 1988, Lei Maior que assegura o princípio da publicidade dos atos da administração, o princípio do contraditório e o da ampla defesa como garantias fundamentais do cidadão brasileiro.

Acresça-se a isso, a fim de rechaçar a tese sustentada na Decisão recorrida e acolhida no voto vencido que o Auto de Infração não foi lavrado no ano de 2005 e, muito menos, houve recusa do recorrente em assiná-lo oportunamente.

Tal argumento se apresenta raso em fundamentação válida quando verificamos que no livro de Registro de Ocorrência entregue pelo fiscal autuante em 28/12/2005 não consta qualquer anotação à autuação em apreço.

Más não é só. Depreendemos, da simples leitura do instrumento que resultou da lavratura do Auto de Infração (fl. 02), que o visto do saneador e da Autoridade Fazendária (cujas assinaturas são idênticas) foram realizadas apenas em 06/01/2006 quando já fulminado pela decadência o exercício de 2000.

Ademais, a própria correspondência (AR) que intimou o acionado fora protocolada apenas em 11/01/2006. Ora, havendo recusa por parte do autuado em assinar o Auto de Infração, deveria a fiscalização ao menos “protocolar” a intimação dentro do exercício de 2005, o que efetivamente não ocorreu.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de decadência do lançamento tributário em relação ao exercício de 2000, julgando improcedente a autuação quanto ao aludido período.

Antes de ingressar na seara de *meritum causum* do Recurso Voluntário, com a devida vênia do emitente relator, mas uma vez divirjo do entendimento pelo mesmo esposado, uma vez que existe nulidade flagrante no presente processo administrativo fiscal.

Fundamenta o voto vencido a sua discordância no fato de que a presunção erigida no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 põe por terra a tese recursal suscitada no Recurso Voluntário.

Ora, aquela presunção se refere apenas às saídas, não podendo a fiscalização de deixar de comprovar a existência das quitações dos títulos que compõem o passivo objeto da autuação, considerando que a definição de “passivo fictício” envolve duas situações: a) ou o lançamento contábil corresponde a títulos inexistentes, ou seja, lançamentos sem suporte documental; ou b) os títulos que compõem a conta do passivo existente, porém foram quitados em momento anterior, permanecendo, todavia, registrados na contabilidade empresarial.

Comungamos, nesse envolver, com o entendimento manifestado pela Douta 1ª Junta de Julgamento Fiscal na referida Decisão recorrida, invocando, inclusive, os argumentos constantes no Acórdão nº 0499-01/04, também atinente à mesma matéria.

Ora, a nulidade decretada pela 1ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0331-11/05, em relação ao Auto de Infração anteriormente lavrado contra o autuado, decorreu de “erro da própria fiscalização” ao optar por método de apuração do imposto (arbitramento) absolutamente equivocado. Quem deu causa àquela nulidade não foi o contribuinte, mas sim a própria fiscalização.

Inocorreu no lançamento anterior qualquer vício formal, mas sim mudança total do fulcro da autuação, situação absolutamente distinta daquela que deu origem à nulidade do Auto de Infração anterior.

Daí porque a aplicação inadequada do roteiro de fiscalização não pode se confundir com o “vício formal”, como entendeu o ilustre relator do presente PAF, não se tratando do mesmo objeto da ação fiscal anterior, fato impeditório, portanto, da incidência da regra insculpida no art. 173, II do CTN.

Quanto aos demais aspectos referentes ao Recurso de Ofício abordados no voto vencido, acompanho o nobre relator.

Assim, 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, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206987.0210/05-8, lavrado contra **MÓVEIS FENÍCIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.664,08**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ALVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. PGE/PROFIS