

**PROCESSO** - A.I. Nº 232941.0111/01-3  
**RECORRENTE** - SUPERMERCADO CINCO ESTRELAS LTDA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0143-01/02  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 24.07.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N.º 0281-11/02

**EMENTA.** ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORDEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos. Não acolhidas as arguições de nulidade. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/01, cobra imposto no valor de R\$42.500,00, acrescido da multa de 70%, em razão de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimimento de caixa de origem não comprovada (janeiro e maio de 2000).

O autuado (fls. 23 a 40), por advogados legalmente constituídos, apresentou defesa requerendo inicialmente a nulidade do lançamento fiscal, com base no princípio constitucional do DUE PROCESS OF LAW, contido no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, vez que o mesmo não preencheu os requisitos mínimos legais para sua constituição.

Entendeu que não existe lei estadual baiana que determine a presunção da ocorrência de operação de saídas de mercadorias tributáveis, conforme descrito no Auto de Infração. Tal determinação encontra-se inculpada, apenas, no RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97).

Que, igualmente, não foi observada a norma do art. 60, I do citado Regulamento, que transcreveu.

Explicou que tem por atividade econômica o comércio varejista de supermercado e lida com mais de 6.000 itens de venda, que possuem alíquotas diferenciadas. Assim, jamais poderia ser aplicada, uniformemente, a alíquota de 17%, como feito, e em desacordo com o que manda o art. 50, I, “a”, do já citado RICMS/97, ou seja, a legislação baiana não autoriza a aplicação, indistintamente, deste percentual, pois segue o princípio da Seletividade previsto no art. 155, § 2º, III da Constituição Federal.

A fiscalização, além de não verificar os livros fiscais, bem como seu inventário a partir de 1999, não lhe concedeu qualquer direito de aproveitamento de crédito fiscal. Entendeu que se existe a pretensão de se cobrar ICMS por presunção, deve haver, também, o direito do contribuinte de se creditar, por presunção, do valor correspondente as entradas ditas omitidas, em respeito ao princípio da Não-cumulatividade do imposto.

Para corroborar o que até aqui expôs, transcreveu Ementa do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo sobre estoque de mercadorias e decisões em Recursos Especiais do Estado do Ceará e Pernambuco quanto a matéria “arbitramento de lucro presumido” referente ao Imposto de Renda.

Argumentou que, como o Auto de Infração é um ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal (art. 142, do CTN), não é admissível imprecisão, devendo ser apontado efetivamente o fato gerador que configure hipótese de incidência do imposto. Neste sentido, transcreveu ensinamentos do jurista Roque Antonio Carrazza.

Combateu extensivamente o percentual de multa aplicada entendendo ilegal, pois criada por Lei Estadual sem arrimo em lei complementar federal e ao arrepio da Constituição.

Também se insubordinou contra a aplicação da Taxa Selic utilizada para correção do débito tributário. Disse que o Decreto Estadual nº 7.886 nos seus artigos 137 e 138 determina que o débito tributário deve ser corrigido pela Taxa Selic, criada pelo Governo Federal através da Lei nº 9.250/95. No entanto, inúmeros questionamentos judiciais estão em andamento quanto a sua inconstitucionalidade.

Por derradeiro, entendendo nula a ação fiscal, requereu:

1. que fosse expedida certidão negativa de débitos ou então positiva com efeitos negativos nos termos do art. 206, do CTN;
2. que o Sr. Inspetor Fazendário da Inspetoria de Teixeira de Freitas autorizasse a emissão regular de talonários de notas fiscais e não, apenas, a impressão de um só talonário por vez.

O autuante (fls. 43 a 45) rebateu os argumentos defensivos, informando:

1. sem sustentação legal a afirmativa de que a autorização da presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto esteja, tão somente, inserida do RICMS/97. A Lei nº 7.014/96 determina em seu art. 4º, § 4º, ressalvado ao contribuinte a prova contrária, esta presunção. Estão anexados ao PAF (fls. 10 a 20) xerox dos livros Diário e Razão, onde foram escriturados suprimentos à conta Caixa do tipo “empréstimos de sócios”. Antes da lavratura do Auto de Infração, o autuado foi intimado a comprovar tais empréstimos (fl. 4), não o fazendo.
2. Que as disposições contidas no art. 60, I, do RICMS/97 foram fielmente observadas quando da apuração do imposto.
3. Quanto a contestação do percentual de alíquota aplicada, salientou que aqui não foi realizado levantamento quantitativo de estoques. Trata-se sim, de presunção de saídas de mercadorias tributáveis omitidas e conforme determina o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.
4. Em relação à solicitação de utilização dos créditos fiscais, informou não ser possível atender ao pleito, vez que quando ocorre omissão de saídas de mercadorias “é porque a entrada não foi omitida e o crédito já foi utilizado.”

A 1ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“A defesa se restringiu a requerer a nulidade da ação fiscal alegando motivos diversos, que passo a comentar, um a um:

1. não procede o argumento de defesa de que não existe lei estadual baiana à determinar a presunção de ocorrência de operação de saídas de mercadorias tributáveis, através de suprimento da Conta Caixa de um estabelecimento comercial. O art. 4º, § 4º da Lei nº

7.014/96 (Lei Estadual em vigor do ICMS) determina como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração contábil apresentar saldo credor de caixa, suprimimento de caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes e as entradas de mercadorias não contabilizadas, salvo se o contribuinte provar o contrário. O RICMS/97 apenas recepcionou esta determinação.

2. Ao contrário do que se apegou o impugnante, a ação fiscal observou a norma insculpida no art. 60, I do Regulamento, ou seja, calculou o imposto com base no valor da receita não declarada. As decisões de tribunais trazidas aos autos, com o intuito de descaracterizar o lançamento, aqui nada acrescentam pois dizem respeito a matéria alheia ao ICMS, tratando do Imposto sobre a Renda, do âmbito Federal.
3. Não sendo conhecida as mercadorias saídas do estabelecimento sem os respectivos documentos fiscais, o princípio da Seletividade não pode ser aplicado. Ressalto que a autuação não teve por base o levantamento quantitativo dos estoques, quando as mercadorias são conhecidas. Aqui se detectou saídas de mercadorias tributáveis desacobertada de documento fiscal. Neste caso, o percentual da alíquota a ser aplicada é a de 17%, ou seja, operações internas realizadas e na situação que cuida o art. 50, I, “a”, do RICMS/97.
4. Sem qualquer respaldo legal a pretensão do autuado em obter créditos fiscais, por presunção e no valor correspondente as entradas ditas omitidas, em respeito ao princípio da Não-cumulatividade do imposto, uma vez que o imposto foi apurada, também por presunção. O Estado, por dever, respeita o princípio constitucional da Não-cumulatividade, porém os créditos fiscais somente poderão ser utilizados a vista do documento fiscal idôneo (art. 31 da Lei nº 7.014/96), única forma de se conhecer o seu real valor. Além do mais e no caso em questão, não se está a tratar de entradas de mercadorias e sim, de vendas efetuadas sem emissão de notas fiscais e cujo ingresso de dinheiro se deu mediante lançamento de empréstimos.
5. De fato, uma ação fiscal é ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal, porém o ora combatido apontou, efetivamente, o fato gerador que configurou a hipótese de incidência do imposto, mais precisamente, a irregularidade apurada na presente ação fiscal está devidamente respaldada na norma expressa no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cuja previsão legal é de que a empresa realizou operações de saída de mercadorias sem a emissão do documento

Diante do exposto, são rejeitadas todas as arguições de nulidade aventadas pelo impugnante.

Adentrando no mérito da matéria em discussão, constata-se que o suprimimento de caixa foi explicado por terem sido detectados dois empréstimos lançados nos livros Diário e Razão em 02/01/00 e 09/05/00. Como o simples lançamento não dar validade à operação, o autuante, antes da lavratura do Auto de Infração, intimou o sujeito passivo a comprovar a origem de tais empréstimos (fl. 4). O autuado, em nenhum momento, tanto no período da ação fiscal, como no exercício de sua defesa, o fez. Assim, não resta dúvida quanto ao acerto da acusação fiscal, estando caracterizado de que os ditos empréstimos representaram valores contabilizados com o propósito de encobrir sua verdadeira origem e, esses valores, até prova em contrário, são considerados procedentes de vendas não registradas ou de serviços prestados, mas não contabilizados, presunção devidamente respaldada na Lei nº 7.01/96, como anteriormente já explanado e o Auto de Infração deve ser mantido na sua íntegra.

Quanto a multa aplicada, esta se arrima no art. 42, III da Lei Estadual nº 7.014/96, não havendo qualquer pertinência o argumento de defesa de que lei federal lhe deva dar sustentação.

Também se equivoca o impugnante em se insurgir contra a aplicação da Taxa Selic para correção do imposto ora cobrado. A taxa Selic somente é usada quando do parcelamento do débito tributário. No caso, os acréscimos moratórios estão determinados no art. 51, da já citada lei Estadual e que correspondem a 1% por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 dias de atraso e a correção monetária do imposto, que corresponde a inflação do período, conforme regras do art. 32 da Lei nº 7014/96 e art. 137 do RICMS/97.

Por derradeiro, quanto a solicitação da expedição de certidões ou de autorização para emissão de talonário de notas fiscais, tais procedimentos são atribuições da Repartição Fiscal e não deste Colegiado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração para cobrar o ICMS no valor de R\$42.500,00”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado pela 1ª JJF do CONSEF, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0143-01/02. (fls. 57 a 86).

Comenta o procedimento fiscal e o entendimento do autuante quanto à fundamentação em que embasou o Auto de Infração.

Repete argumentos já apresentados anteriormente, como os princípios constitucionais do “DUE PROCESS OF LAW” e da Seletividade do ICMS. Contesta a tipificação da omissão de saídas de mercadorias, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, tendo sido analisados tão somente o livro Razão e o livro Diário, sem verificar o livro de Entrada e Saída, bem como o livro de controles de estoques.

A seguir comenta os percalços que sofrem as presunções no direito tributário, e só em casos especialíssimos é que o Poder Jurídico os admite. Espera dos Conselheiros uma melhor atenção para os princípios constitucionais apresentados no Recurso.

Transcreve o artigo nº 146 da C.F. e o artigo 99 do CTN, além do artigo nº 60 do ICMS/BA para consubstanciar as suas assertivas.

Cita ensinamentos de Gilberto Ulhôa Canto, Ives Gandra Martins, Aires F. Barreto, Cleber Giardini Geny, Maria Rita Ferragut, e transcreve acórdãos de Tribunais Superiores sobre a matéria presunção legal”.

Transcreve o artigo nº 155, § 2º III da Constituição Federal, para discernir sobre o Princípio da Seletividade dos Impostos, e apresenta Decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo para consubstanciar a nulidade deste Auto de Infração.

A seguir apresenta transcrições de decisões do STJ em diversos processos inerentes as matérias “presunção e arbitramento”.

Lembra entendimento do jurista Roque Antônio Carraza sobre o lançamento do ICMS, e afirma que, a autuação em apreço violou os princípios da Tipicidade e da generalidade.

Fundamenta a ilegalidade e a inconstitucionalidade das normas que referendam as multas tributárias neste caso aplicadas.

Grifa o artigo nº 146, III, “b”, da C.F., e transcreve os artigos 142 e 113 da Lei nº 5172/66, além do artigo 97, V, do CTN.

Contesta a falta de referência expressa por parte da autuação, da indicação de qual forma de correção monetária foi aplicada sobre o crédito tributário.

Encerra pedindo a reforma completa da Decisão de Primeira Instância, para que ocorra a realização do direito,

Para um melhor esclarecimento aos julgadores, relato oralmente, na sua integralidade, o Recurso exarado as folhas de nºs 57 a 86 deste Processo.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que os argumentos trazidos são os mesmos apresentados desde a defesa inicial, todos já exaustivamente analisados e rechaçados, inexistindo fundamento capaz de alterar o acórdão guerreado.

Opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

#### **VOTO**

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer da PROFAZ exarado às folhas nºs 94 e 95 do Processo.

Os argumentos trazidos pelo patrono do autuado já foram apreciados pela Decisão Recorrida conforme consta do relatório.

Inclusive, as nulidades suscitadas, foram rechaçadas e fundamentadas o seu não acolhimento.

A imputação fiscal é simples e direta quando cobra a comprovação da origem dos Recursos que lastrearam dois empréstimos lançados nos livros Diários e Razão em 02/01/00 e 09/05/00. Bastava o recorrente, ao invés de laborar em tão extensa e consubstanciada peça recursal, apresentar a comprovação da origem de tais Recursos, o que não fez durante todo o processo.

Por não vislumbrar fato ou fundamento capaz de modificar a fundamentada Decisão Recorrida, e por concordar integralmente com seus fundamentos transcritos no relatório, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232941.0111/01-3, lavrado contra **SUPERMERCADO CINCO ESTRELAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.500,00**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ