

**A. I. Nº** - 298921.0061/02-2  
**AUTUADO** - UNACAR UNA VEÍCULOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ARI SILVA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ VALENÇA  
**INTERNET** - 31. 03. 2003

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0077-04/03**

**EMENTA:** ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVAVA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A constatação pelo fisco de suprimentos de caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente lançamento, datado em 30/09/2002, exige ICMS no valor de R\$67.085,15, em razão de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa de fls. 71 a 92 dos autos descreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal.

Em seguida, sobre a informação do autuante de que a empresa é reincidente, pois incorreu na mesma prática anteriormente, a qual foi objeto do AI nº 269141.0011/01-3, tendo o mesmo sido julgado procedente, fez os seguintes esclarecimentos:

- a) Que não discutirá se houve ou não a omissão de receita apontada pelo autuante, porque tal fato é irrelevante para qualquer contribuinte do ICMS que tenha pago o imposto antecipadamente, como adiante se comprovará;
- b) Que o Auto de Infração teve seu julgamento procedente em razão da ocorrência da revelia, como consta no referido PAF, face a intempestividade da defesa, e não em razão da análise do mérito da ação fiscal.

Prosseguindo em sua defesa, como preliminares, transcreveu o teor do art. 2º, do RPAF/99, segundo o qual a intenção do legislador baiano foi o de assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Discorre sobre os princípios de direito, previsto na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional e em Lei Complementar à Constituição, os quais, em seu entendimento, devem ser

levados em consideração pela Junta de Julgamento e argüiu os seguintes pontos:

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA – Aduz que é garantido aos Estados membros da União o pacto mediante protocolos/convênios, para regular as operações interestaduais de circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, como norma complementar à legislação relativa ao ICMS, consoante disposto no art. 100, I, do CTN, cujo teor transcreveu, além da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 132/92, celebrado entre os Estados da Federação.

Segundo o autuado, atribuir ao destinatário a responsabilidade pelo descumprimento da obrigação tributária, só seria admissível quando comprovada a impossibilidade de alcançar o remetente das mercadorias. Diz que tal fato não restou comprovado, ensejando a nulidade do Auto de Infração, pois a empresa é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente feito, posto que não lhe cabe o saneamento de quaisquer obrigações tributárias, oportunidade em que citou o teor do art. 18, seu inciso IV e suas alíneas a e b, do RPAF/99, que trata da nulidade, além dos Acórdãos nºs JJF 0518/00, 1540/97 e 2217-04/01, através dos quais os Autos de Infrações lavrados foram julgados nulos, para embasar o seu argumento.

DA PRESUNÇÃO RELATIVA AO COMETIMENTO DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO ICMS. Alega que a imputação feita pelo autuante de que houve excesso de receita durante os exercícios de 1997 e 1998, não demonstrando de que tal excesso se originou de uma venda de mercadorias sem pagamento do ICMS, trata-se de mera presunção *juris tantum*, posto que a comprovação ou não da origem dos recursos de uma determinada empresa só tem o condão de determinar a existência de uma suposta omissão de saída de mercadorias, quando o imposto em comento, não tiver sido recolhido devidamente. Frisa que no caso do mesmo ter sido efetivamente pago, não há razão para ser questionado pela fiscalização estadual e sim, no máximo, ser objeto de fiscalização federal. Diz que a mera presunção de omissão de receita é causa de nulidade da exigência fiscal, posto que sem a prova da mercadoria do estabelecimento, não pode o Fisco Estadual exigir o pagamento do tributo. Transcreve ensinamento do autor Samuel Monteiro sobre o excesso de receita, segundo o qual não é prova de circulação de mercadorias, porque nem toda receita tem origem em vendas.

DO PRINCÍPIO DA NÃO BITRIBUTAÇÃO E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO. Diz que embora tenha procedido de maneira eficaz, pagando o imposto antecipadamente sobre veículos novos e recolhendo, através de DAEs, o ICMS relativo às suas operações normais, a empresa vê-se agora diante de uma dupla cobrança, através do presente lançamento, relativamente ao período de 1997 e 1998. Salienta que a dupla exigência fiscal tem como conseqüência o enriquecimento sem causa, prática condenada no mundo jurídico. Diz que o equívoco cometido pelo autuante ao exigir o mesmo imposto que já foi pago quando da constituição do crédito tributário, recai na ilegal figura jurídica tributária denominada *bis in idem*. Discorre acerca da validade e eficácia do ato administrativo e alega que a exigência do tributo se baseou em fatos inexistentes, posto que a empresa já havia pago o referido imposto sobre o mesmo fato gerador. Transcreve o teor do art. 150, seu inciso IV, da Constituição Federal, o qual veda o confisco tributário, além de entendimento de autor que indica e de Acórdão do CONSEF, como suporte ao seu argumento.

Quanto ao mérito, aduz que o autuante não tinha motivo para exigir imposto, pelo fato da empresa não ter razão alguma para praticar a infração imputada, ou seja, a de omitir receitas das vendas de mercadorias, porque sobre tais comercializações o ICMS já foi pago pelo remetente. Segundo o autuado, o imposto é devido quando das aquisições de veículos novos, fonte principal de sua atividade empresarial que sofre antecipação tributária por força do Convênio ICMS nº 132/92, oportunidade em que transcreveu as suas Cláusulas primeira e terceira, para embasar a sua

alegação.

Continuando em sua peça defensiva, o autuado reproduziu às fls. 85 e 86, os dados levantados pelo autuante, onde apurou os totais de R\$386.986,73 e R\$382.678,69, respectivamente, nos exercícios de 1997 e 1998, de mercadorias tributáveis. De acordo com a empresa, conforme DAEs em anexo (Doc. 4), o imposto relativo aos montantes acima foi devidamente pago, não restando comprovado que a suposta omissão de receita não decorre da falta de recolhimento do mesmo, razão pela qual inexistente motivo que sustente a autuação, oportunidade em que citou Acórdão do CONSEF, que julgou Improcedente Auto de Infração lavrado, além de julgado em Embargos de Divergências, em que foi considerada legal a Substituição Tributária para frente. Cita, também, o art. 37, da Constituição Federal e de entendimento de autores que indica, sobre o ato administrativo, segundo o qual é nulo, quando embasado em motivos falsos, inexistentes ou mesmos inidôneos.

Ao finalizar, requer a nulidade do Auto de Infração ou, caso assim não entenda o Eminente Órgão Colegiado, postula a sua improcedência.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 116 e 117 dos autos, com relação as preliminares de nulidade, onde o autuado alega ilegitimidade passiva, diz não prosperar, pois o Auto de Infração encontra-se fundamentado no art. 2º, parágrafo 3º, inciso II, do RICMS/97, que trata de suprimento de origem não comprovada e não de Substituição Tributária.

Quanto ao mérito, em que o autuado afirma que não discutirá se houve ou não a omissão de receita, porque tal fato é irrelevante para qualquer contribuinte do ICMS, esclarece que não houve a contestação ao lançamento, ou seja, a empresa não entrou no mérito, como estabelece o parágrafo 3º, do artigo acima citado, cujo teor transcreveu em apoio ao seu argumento. Aduz que a omissão de receita foi comprovada através dos demonstrativos, com base em cópias de cheques, extratos bancários, registro de duplicatas, os quais encontram-se anexados aos autos às fls. 24 a 65, não tendo o autuado apresentado elementos que modificassem os seus dados. Esclarece que às fls. 34 e 35, foi verificado que a empresa possui em seu estoque mercadorias tributadas de valores relevantes.

No tocante a alegação defensiva, de que o Auto de Infração nº 269141.0011/01-3 foi julgado procedente, em razão da intempestividade da defesa, diz não proceder, pois o prazo de trinta dias permite realizar qualquer contestação.

Ao concluir, diz que a infração é totalmente procedente.

## **VOTO**

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidades suscitadas, as quais rebaterei na mesma seqüência elencada pela defesa, pelos seguintes motivos:

Ilegitimidade passiva - Na presente autuação, não foi exigido do autuado imposto por Substituição Tributária, cuja responsabilidade é do remetente dos veículos e sim por omissão de saídas, apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada, uma vez que a empresa também comercializa mercadorias tributadas (peças e acessórios para veículos). Por tal motivo, considero sem nenhum fundamento o argumento defensivo.

Da presunção relativa ao cometimento da infração à legislação do ICMS - Ao contrário do alegado pela defesa, com base nos demonstrativos de fls. 24 e 25, restou comprovado o suprimento irregular feito ao caixa pelo autuado, o que autoriza a presunção da realização de operações com mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão da documentação fiscal e sem o

recolhimento do imposto correspondente, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da sua improcedência, o que não ocorreu no presente caso.

Do princípio da não bitributação e da vedação ao confisco – Não concordo com o autuado com tal alegação, pois, no presente lançamento, não houve a cobrança do imposto em duplicidade, tendo em vista que o autuado além de comercializar mercadorias que são adquiridas já com o imposto pago antecipadamente, também revende mercadorias tributadas. Ademais, caberia ao autuado comprovar que os suprimentos de caixa de origem não comprovada originaram-se de outras operações realizadas pela empresa, cuja receita não foi proveniente da venda de mercadorias tributadas.

Com base na explanação acima, afasto as preliminares de nulidades suscitadas na peça defensiva.

Adentrando no mérito da autuação, observei que o autuante para instruir a ação fiscal fez a juntada aos autos às fls. 24 a 65, além de outros documentos, dos Demonstrativos dos Suprimentos de Caixa de origem na comprovada (fls. 24 e 25), cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme recibo firmado no rodapé dos mesmos.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, uma vez que não fez a juntada de qualquer levantamento de sua autoria para contraditar com os elaborados pelo autuante, em que apontasse eventual falha no procedimento fiscal. De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa de origem não comprovada, além de outras ocorrências, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Como o autuado em sua defesa não comprovou o contrário, considero correta a exigência fiscal.

Ressalto, no entanto, que o autuante incorreu em equívoco ao incluir no Auto de Infração o imposto no valor de R\$1.360,00, com data de vencimento em 09/10/98, tendo em vista que o mesmo não consta do levantamento de fls. 24 e 25, razão pela qual deve ser excluído da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$65.725,15.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298921.0061/02-2**, lavrado contra **UNACAR UNA VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$65.725,15**, 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, 18 de março de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR