

A. I. N° - 124740.003/05-2
AUTUADO - PORTO VELHO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO CESAR PINTO PAES NUNES
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 04/11/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0389-03/05

EMENTA: ICMS. 1. CONTA CAIXA. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. EMPRÉSTIMOS EFETUADOS POR SÓCIOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ante a falta de comprovação da origem do numerário e da capacidade financeira dos fornecedores para fornecer os valores contabilizados, presume-se que tais recursos são decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Presunção não elidida. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. b) CUPONS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. c) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS c.1) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO c.2) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigações acessórias. Multas. **d) EMISSÃO EM DESACORDO COM A NORMA REGULAMENTAR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. e) TALÕES DE NOTAS FISCAIS. UTILIZAÇÃO IRREGULAR. MULTA. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 5- LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. 6- DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES FISCAIS - DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. 7- DOCUMENTOS CONTÁBEIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. DE COMPROVANTES DE OPERAÇÕES CONTABILIZADAS. 12- DOCUMENTOS FISCAIS - USO DE TALONÁRIOS FISCAIS EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES.** Reconhecido o cometimento das infrações 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE** . Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 20/06/05, para exigir ICMS no valor de R\$54.207,61, acrescido das multas de 70% e 60%, além das multas, por descumprimento de obrigação acessória, no montante de R\$447,86, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada - R\$53.795,70, acrescido da multa de 70%;

2. Deixou de recolher no(s) prazo(s) regulamentar (es), ICMS referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios – R\$48,00, acrescido da multa de 70%;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinada ou ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$365,45, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento – R\$33,00, acrescido da multa de 60%;
5. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 – R\$1,46, acrescido da multa de 60% ;
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal – multa no valor de R\$7,86;
7. Falta de escrituração de cupons fiscais de ECF no Livro Registro de Saídas, referentes a operações de vendas de mercadorias do regime de substituição tributária – multa no valor de R\$40,00;
8. O contribuinte emitiu nota fiscal de entrada de mercadoria, nº 023264, em 16/04/2001, com CFOP que não corresponde a operação efetivamente realizada, pois se trata de RETORNO de remessa para venda fora do estabelecimento em operação sujeita ao regime de substituição tributária (1.96), mas foi apontado o CFOP 1.78, de DEVOLUÇÃO de venda de mercadoria adquirida e/ou recebida de terceiros em operações sujeitas ao regime de substituição tributária – multa no valor de R\$40,00;
9. Escriturou livro(s) fiscal (is) em desacordo com as normas regulamentares. Lançou em duplicidade no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, nº de ordem 05, à folha 51, a nota fiscal nº 7891, no mês de novembro de 2001 (anexo 09) – multa no valor de R\$120,00;
10. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas por DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) - multa no valor de R\$120,00;
11. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado - multa no valor de R\$80,00;
12. Não manteve fixo nos talonários de notas fiscais modelo 1, série 2, manuscritos, as duas vias das notas que compõem estes respectivos talões, adotando como sistemática o desmembramento de todos eles e a conseqüente retiradas de todas as suas vias, a revelia da norma do ICMS - multa no valor de R\$40,00.

O autuado apresenta impugnação às fls. 116/126, sustentando primeiramente que no que concerne especificamente à infração 01, refuta a base de calculo utilizada pela fiscalização, que presumiu a existência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, pelo fato da escrituração indicar a existência de saldo credor de caixa.

Em relação às demais infrações, o autuado reconhece a cobrança exigida pelo fisco, e, conseqüentemente, declara que irá efetuar o recolhimento destes créditos tributários

Com o intuito de rechaçar a existência da primeira infração, continua sua defesa arguindo preliminar de decadência da faculdade do fisco de constituir o suposto crédito exigido pelo presente Auto de infração, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de maio de 2002. Fundamenta sua pretensão no artigo 150, “caput” e § 4º do Código Tributário Nacional e na doutrina de Edvaldo Brito e de Hugo de Brito.

Já em relação ao mérito da infração contestada (infração 01), o autuado sustenta que esta não corresponde com realidade dos fatos. Isto porque entende, que o Fisco inobservou que o saldo credor existente na Conta-Caixa da empresa adveio de empréstimos realizados pelos sócios e, devidamente, registrado na Escrituração-Fiscal do Autuado. Logo, conclui que não se trata de operação mercantil, e, que, portanto, não configura hipótese de incidência de fato gerador de ICMS.

Ressalta que o empréstimo supra mencionado, que teve o de suprir o caixa da autuado, justificou-se pelo fato da mesma ter necessitado efetuar pagamentos superiores à sua disponibilidade financeira. Desta forma sustenta que o Autuante se equivocou ao ter lavrado a suposta infração nº 01 contra o autuado, sob a mera alegação de ter ocorrido sonegação de imposto, face ao suprimento indevido do caixa. Alega, ainda, que tal equívoco fica mais patente em razão dos sócios terem comprovado que possuíam capacidade econômica de realizarem estes empréstimos, que por sua vez, já foram à época, totalmente liquidados. Portanto conclui, defendendo que não houve qualquer violação ao artigo 2º, parágrafo 3º, II do RICMS, já que entende ter comprovado a origem do suprimento do caixa e, que, portanto, não se trata de artifício contábil destinado a possibilitar o registro de operações mercantis realizadas em fraude ao Fisco.

O autuante acostou sua informação fiscal á as fls. 131/133, sustentando, com fulcro no artigo 173, inciso I, parágrafo único do Código Tributário Nacional, e no artigo 965, inciso I, parágrafo único do RICMS/97 que o direito da fazenda pública constituir crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, até a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Assim, para ações fiscais que culminem em lançamentos de créditos tributários, objeto de fatos geradores ocorridos durante o exercício fiscal do ano de 2000, sua decadência, somente poderia ser argüida a partir de 01/01/2006.

No tocante ao mérito, alega o autuante, que a tentativa da defesa de descaracterizar a ocorrência do fato gerador da incidência do ICMS, objeto da infração 01, sustentando que não se trata de operação mercantil, não é cabível visto que a Lei 7014/96, em seu artigo 4º, inciso XV, parágrafo 4º, e o art. 2º, parágrafo 3º, inciso II do RICMS, estabelecem que o fato de a escrituração indicar suprimentos a caixa não comprovado, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Informa o autuante, que o autuado, devida e especificamente intimado, não apresentou documentos ou peças que comprovem efetivamente os referidos empréstimos, limitando-se apenas a apresentar, quanto ao ingresso do recurso na conta caixa, notas promissórias emitidas a favor de seus sócios e cópias das declarações do Imposto de Renda Pessoa Física destes mesmos sócios, que não fazem referência a estas respectivas operações.

Afirma que o fato de os sócios possuírem capacidade econômica para realizarem empréstimos não garante efetivamente que o caixa da empresa tenha sido suprido. Quanto a sócia Lorena Aparecida B. de Andrade, CPF 758.595.645-20, não se sustenta nem a capacidade econômica para realização do empréstimo, pelo menos no exercício de 2000.

Destaca, por sua vez, que, quanto ao ingresso de recursos registrado na contabilidade do Autuado, a débito (recebimento), da sua conta Bradesco - Bancos c/movimentos e a crédito (pagamento) da conta caixa, em 31/05/2000, no valor de 41.233,54 (folhas 49 e 59), quanto ao mérito de autuação, não foi contestada.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado, pelas razões

seguintes:

Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, este CONSEF tem, reiteradamente, entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, depois de decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Contudo, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Portando, é clara a inaplicabilidade do § 4º artigo 150 do Código Tributário Nacional, devendo ser aplicado o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3959/81, art. 28, §1º), como a lei do ICMS (Lei 7014, art. 31, § 1º) e também o RICMS no seu artigo 965, inciso I, parágrafo único, que discorrem sobre a matéria afastando a ocorrência da decadência suscitada.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto, objeto da decadência suscitada, ocorreram no período de fevereiro/2000 a maio/2000 e o prazo para a constituição do crédito tributário, da forma acima exposta, se extinguiria no dia 31/12/05. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2005, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

No mérito, o autuado, em sua peça de defesa (fls. 116/126), contesta especificamente uma das infrações (infração 01), reconhece a cobrança do Fisco em relação às demais infrações constante do presente Auto de Infração, declarando que irá efetuar o recolhimento destes créditos tributários.

Portanto, a lide se resume exclusivamente à primeira infração, não reconhecida pelo autuado.

A infração contestada foi lavrada devido à omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Na ação fiscal, o autuante constatou lançamentos contábeis a débito da conta caixa do autuado que não tiveram a devida e correspondente comprovação do efetivo ingresso ou recebimento desses recursos, na época da auditoria.

O autuado alega que o autuante se equivocou, pois, inobservou que o saldo credor existente na Conta-Caixa da empresa adveio de empréstimos realizados pelos sócios, devidamente, registrado na escrituração fiscal do Autuado. Logo, conclui que não se trata de operação mercantil, e, que, portanto, não configura hipótese de incidência de fato gerador de ICMS.

Sustenta que tal equívoco fica ainda mais patente, em razão dos sócios terem comprovado que possuíam capacidade econômica para realizarem estes empréstimos.

Como bem destacou o autuante, quanto ao ingresso de recursos registrado na contabilidade do Autuado, a débito (recebimento), da sua conta Bradesco - Bancos c/movimentos e a crédito (pagamento) da conta caixa, em 31/05/2000, no valor de 41.233,54 (folhas 49 e 59), o autuado não se manifestou. Portanto, considero este fato incontroverso e reconhecido pelo autuado.

Constato que o autuado se limitou a anexar em sua defesa algumas xerocópias de notas promissórias, sem qualquer autenticação e emitidas pelo mesmo, para comprovar supostas operações de empréstimos por ele contraído junto aos seus sócios e terceiros, e cópias das declarações do Imposto de Renda Pessoa Física destes mesmos sócios, que não fazem referência a estas respectivas operações, além disso, não elaborou qualquer demonstrativo de sua autoria, para contrapor aos que foram elaborados pelo autuante, em que restasse demonstrada a não ocorrência de saldo credor na conta caixa.

A lei 7.014/96 em seu art. 4º, parágrafo 4º estabelece:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

De acordo com o §3º do artigo 2º do RICMS/97, “presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração indicar: II – suprimento a caixa de origem não comprovada.”

Portanto, pelo que se vê, a ocorrência de suprimentos de Caixa deve ser regularmente comprovada para evitar a presunção legítima, de tratar-se de recursos provenientes de vendas não registradas.

Após examinar os documentos constantes no Auto, apresentados pelo autuado com objetivo de elidir a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis, julgo-os insuficientes para a comprovação do efetivo ingresso dos recursos apontados nas supostas operações de crédito. O autuado não apresentou documentos que efetivamente comprovem os referidos empréstimos como extratos bancário, depósitos autenticados dos valores, cópia dos contratos de mútuos etc.

Só o fato de os sócios terem capacidade econômica para realizar o suposto empréstimo não prova que realmente existiram essas operações, portanto não elidem a presunção, ficando caracterizada a utilização de recursos decorrentes de operações mercantis tributadas, omitidas da escrita fiscal do autuado e sem o pagamento do imposto.

Pelo acima exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124740.0003/05-2**, lavrado contra **PORTO VELHO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento ICMS no valor de total de **R\$54.207,61**, sendo R\$48.661,16, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70.% sobre R\$48.659,70. e de 60% sobre R\$1,46, previstas no art. 42, incisos III e inciso II, alínea “d.”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$5.148,00 acrescido da multa de 70%, e R\$398,45 acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, inciso III e inciso II, alínea “f” do mesmo da citada Lei, e dos acréscimos legais, além das multas

no valor total de **R\$447,86**. previstas no art.915, incisos XX e XXII, do Dec.nº 6.284/97 e art. 42, inciso XVIII, alíneas “b” e “c” da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR