

PROCESSO - A. I. Nº 124740.0003/05-2
RECORRENTE - PORTO VELHO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0389-03/05
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 09/03/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-11/06

EMENTA: ICMS. 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 supridores para fornecer os valores contabilizados, presume-se que tais recursos são decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Presunção não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, 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 menos 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.

Sustenta a Decisão ora recorrida que:

- deixa de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado, pelas seguintes razões:

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.

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.

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.

- 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.
- 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 R\$41.233,54 (folhas 49 e 59), o autuado não se manifestou. Portanto, considera este fato incontroverso e reconhecido pelo autuado.
- 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;

- 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.*”
- 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, julga-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.

Conclui pela Procedência do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente apresentou Recurso Voluntário no qual alega, em síntese, preliminarmente, a ocorrência da decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até maio de 2000.

No mérito, reitera os termos da defesa, no sentido de inoccorrência do fato gerador do ICMS no caso em análise, tendo em vista que o saldo credor existente na sua conta caixa decorreu de empréstimos contratados com duas sócias da empresa.

Por fim, alegou o prestígio de uma presunção como verdade absoluta pela Decisão recorrida, que desconsiderou o negócio jurídico celebrado entre a recorrida e suas sócias.

Instada a se manifestar a representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente não deve ser acolhida.

Isto porque, é cediço na doutrina e jurisprudência pátria que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quando o contribuinte não realiza o pagamento antecipado do tributo exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, uma vez que não há o que homologar. Nesta hipótese, o prazo para o Fisco constituir o crédito tributário é aquele expresso no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, ou seja, 05 (cinco) contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ser efetuado.

No mesmo sentido, Prof. Luciano Amaro¹ ensina:

“Uma observação preliminar que deve ser feita consiste em que quando não se efetua o pagamento ‘antecipado’ exigido pela lei, não há possibilidade de lançamento por homologação, pois simplesmente não há o que se homologar, a homologação não pode operar no vazio. Tendo em vista que o art. 150 não regulou a hipótese, e o art. 149 diz que apenas que cabe lançamento de ofício (item V), enquanto, obviamente, não extinto o direito do Fisco, o prazo a ser aplicado para hipótese deve seguir a regra geral do art. 173, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que (à vista da omissão do sujeito passivo) o lançamento de ofício poderia ser feito.”

¹ Direito Tributário Brasileiro, 11ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 409.

Na situação em análise, restou demonstrado que 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, já que o recorrente não realizou o pagamento antecipado do tributo.

Assim, 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.

No mérito, entendo que também não merece ser acolhida a alegação do recorrente de não ocorrência do fato gerador do imposto em testilha, uma vez que a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem recolhimento do imposto torna-se imperiosa.

Como bem salientado pela Decisão recorrida, o recorrente se limitou a anexar algumas xerocópias de notas promissórias, sem qualquer autenticação e emitidas por ele próprio, no intuito de comprovar supostos empréstimos por ele contraídos junto a seus sócios.

Ressalta-se, ainda, que o recorrente não colacionou aos autos qualquer outro documento capaz de comprovar a realização efetiva da operação mencionada, tais como extratos bancários, instrumento contratual e comprovante de depósito bancário, como bem destacou a 3ª JJF.

Não bastasse isso, as declarações do imposto de renda pertinente às sócias não fazem qualquer menção à operação de mútuo noticiada, servindo como contraprova da alegação em espeque, robustecendo ainda mais a autuação.

Neste contexto, a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto prescrita no parágrafo 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, deve prevalecer para considerar como ocorrido o fato gerador do imposto sub examine, ante a existência de suprimimento de caixa de origem não comprovada.

Por fim, no que diz respeito à arguição de desconsideração do negócio jurídico celebrado entre o recorrente e suas sócias, de igual sorte, não assiste razão ao sujeito passivo, uma vez que em momento algum comprovou a efetiva celebração de contrato firmado entre ele e aquelas.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter na íntegra a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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 124740.0003/05-2, lavrado contra **PORTO VELHO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto 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 60% sobre R\$1,46, previstas no art. 42, III e II, “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, III e II, “f”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$447,86**, previstas no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, e XVIII, “b” e “c”, XX e XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00, com os devidos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS