

PROCESSO - A. I. Nº 279102.0005/04-0
RECORRENTE - ALABAH DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0038-05/06
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 26/06/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0215-11/06

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A manutenção no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Exigência subsistente. 2. CONTA “CAIXA”. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DO PAGAMENTO DE DUPLICATAS E DE NOTAS FISCAIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª JF, proferida através do Acórdão nº 0038-05/06, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$17.738,92, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$29.114,12, em razão de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas, inerente ao exercício de 2003, sendo exigido o ICMS de R\$16.370,14.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos de duplicatas e notas fiscais não contabilizados, inerente aos meses de: fevereiro, abril, maio, junho e dezembro de 2003, sendo exigido o imposto de R\$2.343,75.
3. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$10.400,23, referente a saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, estabelecida no Decreto nº 7.799/00, inerente aos meses de junho a agosto de 2004, por não ter a empresa atingido o percentual de 95% de vendas para contribuintes do ICMS, em relação ao valor global das saídas, perdendo tal direito nos termos do art. 11 do RICMS/BA.

A Decisão recorrida considerou procedente a primeira infração, com base na Diligência da ASTEC, a qual comprovou que todas as duplicatas discriminadas na coluna “*Saldo Credor a Comprovar*” do “*Demonstrativo de Lançamentos na Conta Fornecedores*”, elaborado pelo autuante, foram efetivamente quitadas no exercício de 2003. Assim, com base nos próprios elementos apresentados pela defesa e nos registros contábeis do autuado (fls. 19 a 137) a JF concluiu que ficou evidenciado que as obrigações apontadas pelo autuante e que fundamentam a acusação fiscal, apesar de quitadas no exercício de 2003, foram mantidas com seus saldos credores nas respectivas contas de cada um de seus fornecedores, razão que mantém a autuação, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 2, ressalta que o autuado comprovou que as Notas Fiscais nº: 22808, 23823 e 24060, referentes a bonificações, bem como outros pagamentos, devidamente contabilizados, foram objetos da autuação. Reduz a exigência para R\$1.368,78, conforme acatado pelo autuante.

No que tange à infração 3, destaca a JJF que o sujeito passivo comprovou que houve um erro nas informações inicialmente prestadas pelo SINTEGRA, mas corrigidas através do envio de novos arquivos, sendo que o próprio autuante reconhece que considerou em seu levantamento diversas vendas para não contribuintes ou para isentos, quando na realidade eram para contribuintes do ICMS. Assim, conclui a JJF ser indevida esta exigência fiscal.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 2.037 a 2.051 dos autos, onde inicialmente aduz que é evidente a “bitributação” no lançamento em exame, inerente às infrações 1 e 2, o que segundo o recorrente culmina na nulidade da ação fiscal por vício insanável, uma vez que o autuante se vale de duas presunções prevista no RICMS ao apurar a ocorrência do fato gerador do ICMS (a saída de mercadorias tributáveis): pagamentos não registrados e o passivo fictício, o que contraria o art. 60, § 1º, do RICMS/BA.

Também alega que o autuante deixa de considerar, a respeito da infração 1, que boa parte das mercadorias comercializadas pelo contribuinte é sujeita à substituição tributária ou isentas, o que entende ser inapropriado o referido roteiro de auditoria para atividade do contribuinte, conforme reiteradas decisões deste Órgão Julgador.

No mérito, destaca que o autuante não observou que houve um mero descumprimento de obrigação acessória quando da existência de um passivo fictício, vez que, conforme atesta o próprio Parecer da ASTEC, o autuado detinha saldos mensais suficientes da Conta Caixa para honrar os pagamentos das duplicatas levantadas pelo autuante, elidindo, assim, qualquer indício de omissão de receita decorrente de saídas de mercadorias tributáveis.

Assim, requer que seja julgada nula a ação fiscal, ou, se assim não entender o CONSEF, requer que seja julgada Improcedente.

A PGE/PROFIS, às fls. 2.068 a 2.070 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que não há qualquer similitude dos dois fatos contábeis, pois um se refere a pagamentos não lançados na conta passivo (passivo fictício) e o outro diz respeito justamente ao contrário, isto é, a existência de pagamentos efetuados sem que haja suporte legal de numerários no Caixa, caracterizada pela utilização de receitas marginais, decorrente da utilização de Recurso para os pagamentos das respectivas despesas, oriundos de vendas não contabilizadas.

No tocante à alegação da impropriedade do roteiro de auditoria ante a cobrança de mercadorias sujeitas à substituição tributária, entende também que não como prosperar, pois destituída de qualquer lastro probatório a lhe confirmar.

Por fim, quanto à alegação de que o Parecer ASTEC teria testificado a existência na sua conta ativo de receitas suficientes a cobrir o suposto passivo fictício encontrado, o opinativo é de que não cabe acolhimento, pois a transcrição feita pelo recorrente corrobora tão-somente a conclusão laborada pela JJF de que não havia motivo plausível para a manutenção na conta passivo de obrigações já pagas, existindo, assim, um iniludível *animus* em formar uma fraude fiscal.

VOTO

Da análise das razões do Recurso Voluntário observo que as alegações do recorrente são incapazes de modificar a Decisão recorrida, uma vez que descabe a aludida “bitributação”, aqui entendida *bis in idem*, supostamente ocorrida entre as duas primeiras infrações, as quais apuram, simultaneamente, como ocorrido o fato gerador do ICMS a saída de mercadorias tributáveis, por presunção legal, decorrentes de pagamentos não registrados e passivo fictício.

Engana-se o recorrente em sua argumentação, pois o referido artigo 60 do RICMS dispõe que a base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, é:

I - nas hipóteses de saldo credor de caixa, de suprimento de caixa de origem não comprovada, de passivo fictício ou inexistente e de entradas ou pagamentos não registrados na escrituração, o valor do saldo credor de caixa ou do suprimento de origem não

comprovada, ou do exigível inexistente, ou dos pagamentos ou do custo das entradas não registrados, conforme o caso, que corresponderá ao valor da receita não declarada (art. 2º, § 3º);

Tendo o aludido § 1º previsto que:

§ 1º Na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas.

Portanto, no caso concreto, para a exclusão da presunção legal de menor valor, necessário se faz avaliar se a presunção excluída está compreendida na presunção de maior valor.

Observo que a primeira infração diz respeito à presunção legal de manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, constatada através de pagamentos não registrados, decorrentes de receita não contabilizada, originária de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ou seja, receita não oferecida à tributação.

Por outro lado, a segunda infração a qual se refere à presunção legal, que é de pagamentos não contabilizados, também, de igual modo, decorre de receita não contabilizada, originária de operações anteriormente realizadas e não contabilizadas.

Portanto, vislumbro que as duas exigências, ao contrário do que pretende o recorrente, não se excluem, mas, sim, se complementam, determinando o valor total da receita omitida, por não se encontrarem compreendidas entre si, pois, em ambas as situações, ocorreram desembolso de numerários para quitação das obrigações, as quais não foram contabilizadas em razão de se tratar de receitas omissas. Logo, não existe a duplicidade de incidência do imposto por se tratar de operações complementares.

Em relação à alegação do recorrente de que, na apuração da infração 01, não se considerou que boa parte das mercadorias comercializadas pelo contribuinte é sujeita à substituição tributária ou isentas, o que entende ser inapropriado o referido roteiro de auditoria para atividade do contribuinte, conforme reiteradas decisões deste Órgão Julgador, devo ressaltar que, realmente, esta 1ª CJF vem assim entendendo quando se trata de contribuintes com atividades predominantemente ou exclusivamente de comércio de mercadorias com o imposto já pago pelo regime de substituição tributária ou isentas, a exemplo de comércio varejista de combustíveis, farmácias e drogarias, comércio varejista de calçados, etc., o que determina, por questão de bom senso, que o roteiro é inapropriado, haja vista que não se pode presumir saídas anteriores de mercadorias tributadas se não condiz com os produtos comercializados, já com o imposto pago.

Contudo, no caso concreto, trata-se de contribuinte com atividade econômica de “Atacadista de Produtos de Higiene Pessoal, de Cosméticos e de Perfumaria” (fl. 2053), com inúmeros produtos sujeitos à tributação pelo regime normal do ICMS. Assim, nesta condição, o roteiro de auditoria foi devidamente aplicado, devendo, *por presunção legal*, considerar como omissão de saídas de mercadorias tributáveis, os valores apurados através das duas infrações, independentes das parcelas de mercadorias sujeitas à tributação por substituição ou isentas, fato este que não foi comprovado pelo recorrente.

Por fim, também entendo descabida a alegação do recorrente de que a existência do passivo fictício se trata de um mero descumprimento de obrigação acessória, vez que, conforme atesta o próprio Parecer da ASTEC, o autuado detinha saldos mensais suficientes da Conta Caixa para honrar os pagamentos das duplicatas levantadas pelo autuante, elidindo, assim, qualquer indício de omissão de receita decorrente de saídas de mercadorias tributáveis.

Concordo com a JJF que ao analisar o aludido argumento sustenta “...que mesmo havendo saldo de caixa suficiente, a existência no passivo de obrigações já pagas, indica que o sujeito passivo

efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas”. Ademais, se pressupõe como verdadeiros os numerários disponíveis na contabilidade (Caixa e Bancos). Caso fosse admissível tal situação, os valores registrados como receitas seriam apenas escriturais, pois não corresponderiam, também, com a realidade.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279102.0005/04-0**, lavrado contra **ALABAH DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.738,92**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 1 e 4): Conselheiros (as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Denise Mara Andrade Barbosa, Fábio de Andrade Moura e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido quanto às infrações 1 e 4): Conselheiro: Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS