

A.I. - 269189.0606/04-0
AUTUADO - KELIA BRITO & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 03.02.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0015-01.06

EMENTA: ICMS. 1. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de pagamentos efetuados indica que o sujeito passivo utilizou recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias, bem como a existência de suprimento à caixa de origem não comprovada indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhida a argüição de nulidade. Não existiu cerceamento ao direito de defesa e contraditório, pois a descrição das situações verificadas foi feita corretamente. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2004, exige do autuado ICMS no valor de R\$11.351,87, acrescido da multa de 70%, sob a alegação de cometimento das seguintes irregularidades, no período fiscalizado de 01/01/2002 a 31/12/2003.

1 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de setembro a dezembro de 2003. Total da Infração: R\$6.508,05.

2 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de outubro e novembro de 2003. Total da Infração: R\$83,82.

3 - Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, referente ao mês de julho de 2003. Total da Infração: R\$4.760,00. Consta que os lançamentos a débito de caixa em 30/06/2003 no valor de R\$18.200,00 e R\$9.800,00, respectivamente, sob a alegação de integralização de capital, fato não comprovado, considerando que o contribuinte não iniciou suas atividades nesta data nem promoveu aumento de capital.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.54/78), atacando inicialmente a infração 01, dizendo que esta não pode subsistir por entender que qualquer presunção de omissão de receita exige necessariamente a demonstração de que o contribuinte não comprovou a origem externa dos recursos utilizados, a exemplo de empréstimos contraídos, aporte de capital, etc., bem como a efetiva prática de tais indícios.

Afirma que, partindo para o fictício, considerando que nenhum outro procedimento de apuração foi realizado, a não ser a relação no Demonstrativo de Débito da Base de Cálculo, havia a premente necessidade de comprovar a omissão de receita pela contagem das entradas e saídas das mercadorias efetuadas pela empresa, e efetuando em seguida a operação ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS- SAÍDAS, e comparando o resultado com as quantidades em estoque final registradas nos Livros de Inventário, no intuito de provar materialmente a responsabilidade do autuado sobre as operações que geraram o crédito tributário.

Prossegue, dizendo que nem sempre a receita de compra não contabilizada é omitida, pois nem toda mercadoria com as notas fiscais de compras não escrituradas serão necessariamente vendidas sem omissão das respectivas notas fiscais de saídas, significando dizer que na venda da mesma mercadoria não haja a sua regular emissão e, consequente pagamento do imposto devido.

Continua a sua peça defensiva, sustentado que o lançamento é irregular porque presumiu que toda a mercadoria foi efetivamente adquirida pelo autuado e revendida sem emissão de notas fiscais, não definindo a margem de lucro aplicada nem levando em consideração o crédito que o contribuinte faz jus sobre as respectivas entradas, direitos estes garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Diz que em nenhum momento ficou constatado que o autuado não dispunha de escrita contábil e que esta não estivesse revestida das formalidades legais, tendo a fiscalização todos os elementos necessários para verificar as compras e vendas realizadas o que não feito, implicando numa apuração irregular do crédito tributário.

Por fim, relativamente a este item da autuação, afirma que o que se diz não-escriturado está devidamente registrado nos livros, conforme cópia que anexa, sendo assim totalmente descabido o lançamento efetuado.

No que concerne à infração 02, argüi inicialmente que não foi possível identificar no Demonstrativo de Débito e no Auto de Infração/Termo de Encerramento, quais os fornecedores e que duplicatas foram pagas e não registradas, cerceando dessa forma o direito de defesa e do contraditório do contribuinte.

Afirma que não efetuou as referidas operações e que não descarta a hipótese de que outro estabelecimento, sem nenhum escrúpulo, emitiu tais documentos até mesmo para justificar ingresso de recursos em seus caixas, assim como, seria necessária a correspondência destas duplicatas com as respectivas notas fiscais de compras para que pudesse atestar junto aos fornecedores e até mesmo na sua própria escrita contábil a veracidade dos argumentos prolatados pelo autuante.

Prossegue dizendo que para se atribuir seguramente o pagamento de uma duplicata a determinado contribuinte deve-se no mínimo provar que: a)houve o aceite da duplicata com o respectivo recebimento das mercadorias identificando quem recebeu a mercadoria, em que data, fatos estes que indicam a concretização final do negócio de compra e venda e cessa a obrigação de DAR, não constando nos autos tais aceites; b) as condições de pagamento, a data em que foi efetuado, o meio de transmissão do numerário, o cheque, a duplicata e a ordem de pagamento, todos com a devida identificação de números e datas.

Sustenta que houve cerceamento do direito de defesa, pois o autuante lançou mão de documentos – duplicatas – que em nenhum momento são reconhecidos pelo autuado como constante de sua responsabilidade, tomando por base exclusivamente documentos apreendidos pelos funcionários do Estado da Bahia, sem autorização judicial e ou convênio, o que ofende a garantia da ampla defesa e do sigilo de dados prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Cita e transcreve o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, para corroborar as suas afirmações.

Reporta-se e transcreve sobre o artigo 199 do CTN, para afirmar que as duplicatas em questão foram obtidas de maneira ilícita, pois o Fisco Estadual não tem competência prevista em lei para obter informações junto às empresas estabelecidas fora de sua jurisdição, sendo necessário cumprir o que determina o artigo 199 acima referido, ou seja, deveria ter solicitado tais informações através da SEFAZ do Estado de origem das empresas fornecedoras.

Manifesta-se sobre a abrangência do termo “Processo”, citando e transcrevendo o inciso LV, do artigo 5º, bem como o artigo 37, ambos da Constituição Federal, para dizer que não se pode legitimar supostos efeitos jurídicos decorrentes de informação obtida com ofensa ao direito, pois corresponde à pretensão de legitimação de atos de arbitrariedade.

Conclui o seu arrazoado quanto a este item da autuação, dizendo que deve ser anulado, pelas razões expostas.

Relativamente à infração 03, sustenta que a glosa do suprimento de caixa efetuada pelo autuante não pode prosperar, considerando que houve a efetiva entrega do numerário ao autuado, sendo a sua origem empréstimos efetuados pelos sócios da empresa. Alega inexistir impedimento legal para obtenção de recursos de terceiros pela empresa, sejam com sócios, instituições financeiras e/ou particulares, inclusive dando aos sócios a liberdade de transformar tais empréstimos em aporte de capital.

Afirma que não merece prosperar o lançamento em tela, considerando que não restou comprovado o fato gerador do ICMS, ainda se com a glosa de tais empréstimos implicaria em saldo credor de caixa, citando e transcrevendo o entendimento da Receita Federal sobre a matéria.

Insurge-se ainda o autuado contra a aplicação da multa de 70%, dizendo que esta é confiscatória e que o fisco agiu desproporcionalmente ao valor econômico envolvido, ingressando na esfera de interesse da Constituição Federal, que caracteriza o ingresso desproporcional do Estado no patrimônio privado do cidadão, como conduta proibida e rejeitada socialmente, tanto que a caracteriza como “confisco”.

Cita o Código de Defesa do Consumidor, transcreve o artigo 150 da Constituição Federal, o § 3º do artigo 113 do CTN, posição doutrinária de Ives Gandra Martins e Emilio Giardina, decisão do STF e os Princípios da Anterioridade, Legalidade, da Capacidade Contributiva e da Capacidade Econômica, para corroborar o seu entendimento sobre o aspecto confiscatório da multa de 70%.

Discorda, também, da utilização da TAXA SELIC, afirmando que esta é ilegal e inconstitucional, citando para confirmar o seu entendimento a posição doutrinária, decisão do STJ, e o CTN.

Finaliza a sua peça impugnatória requerendo que esta seja conhecida e julgada procedente para o fim de anular totalmente o Auto de Infração.

Na informação fiscal apresentada(fls.81/83), o autuante esclarece que os procedimentos relativos a cada infração foram os seguintes:

Infração 01 - Foram conferidos todos os documentos fornecidos pela autuada referente a pagamentos realizados, constatou que os relacionados nas páginas 7 e 8 não estão lançados na conta Caixa do Razão Analítico (pág. 10 a 23) quando do seu pagamento.

Infração 02 - As notas fiscais (fls.46 e 47) não tiveram seus pagamentos lançados na conta Caixa do Razão Analítico(pág.10 a 230).

Infração 03 - Suprimento de caixa de origem não comprovada (pág.10), débito de caixa lançado sem nenhum documento de origem, considerando que a empresa não iniciou as atividades nesta data.

No que concerne às alegações defensivas, cita o artigo 123 do RPAF/99, para dizer que é indispensável para se fazer justiça o conhecimento da lei e da verdade do fato, sendo necessário comprovar o que se alega.

Afirma que o autuado reconhece a existência de notas fiscais não escrituradas(fl.56), alegando que as mercadorias foram tributadas na saída, não tendo sentido deixar de escriturar as entradas, consequentemente abrindo mão das deduções e dos créditos, para pagar mais ICMS na saída.

Prosegue, dizendo que na fl. 58 o contribuinte alega que o que se diz não escriturado está devidamente registrado nos livros conforme cópias em anexo. Questiona o autuante: Que livro? Que cópias? Afirma que o único livro existente é o Razão Analítico anexo (fls.10/23) onde está lançada toda a movimentação da empresa, as compras quando a vista e os pagamentos das duplicatas quando a prazo. Acrescenta que no caso de pagamento das duplicatas o autuado perdeu o controle de seus registros, omitia as notas fiscais de entrada, mas esqueceu de omitir os pagamentos das duplicatas respectivas, apresentando as mesmas devidamente quitadas ao fisco.

Esclarece que a relação das duplicatas pagas e não registradas encontram-se em anexo (fls.7/8) e os respectivos documentos (fls.24/45) que foram fornecidos pelo contribuinte tirado cópia e devolvidos. Registra que a afirmação do autuado à fl. 58 de que não efetuou as referidas operações é no mínimo estranha, pois apresenta os documentos quando intimado e agora diz que não lhes pertencem. Chama a atenção para o fato de a maioria dos pagamentos das duplicatas terem sido realizados no Bradesco S/A –Ag. 2482 – Luis Eduardo Magalhães, município onde se localiza o estabelecimento do autuado.

Quanto às alegações do autuado de que o suprimento de caixa (fl.62) tem como origem empréstimos de sócios, afirma que faltou ser comprovado através de cheque nominal a empresa com a correspondente compensação do mesmo no extrato bancário, ou declaração do imposto de renda dos sócios.

Finaliza, mantendo a autuação.

VOTO

Preliminarmente, verifico presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, lavrado com a observância das exigências contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, em seu artigo 39, incisos, alíneas e parágrafos, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18, seus incisos, alíneas e parágrafos, que determinam a nulidade do ato.

Rejeito a nulidade pretendida pelo autuado, pois entendo não ter havido cerceamento ao direito de defesa e contraditório, pois a descrição das situações verificadas foi feita corretamente.

No mérito, no que concerne à Infração 1, observo que o autuado sustenta que tudo está devidamente registrado nos livros conforme cópia que anexa, sendo assim totalmente descabido o lançamento efetuado.

No respeitante à Infração 2, verifico que o autuado afirma que houve cerceamento do direito de defesa. Alega que o autuante lançou mão de documentos – duplicatas – que em nenhum momento são reconhecidos pelo autuado como constante de sua responsabilidade, tomando por base exclusivamente documentos apreendidos pelos funcionários do Estado da Bahia, sem autorização judicial e ou convênio, o que ofende a garantia da ampla defesa e do sigilo de dados prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Quanto à Infração 3, vejo que o autuado afirma que houve a efetiva entrega do numerário, sendo a sua origem empréstimos efetuados pelos sócios da empresa, inexistindo impedimento legal para obtenção de recursos de terceiros pela empresa, sejam com sócios, instituições financeiras e/ou particulares, inclusive dando aos sócios a liberdade de transformar tais empréstimos em aporte de capital.

Por outro lado, observo que o autuante relativamente à Infração 01, esclarece que foram conferidos todos os documentos fornecidos pelo autuado referente aos pagamentos realizados, tendo constatado que os relacionados nas páginas 7 e 8 não estão lançados na conta Caixa do Razão Analítico (pág. 10 a 23) quando do seu pagamento. Afirma que o autuado reconhece a existência de notas fiscais não escrituradas (fl.56), alegando que as mercadorias foram tributadas na saída, não tendo sentido deixar de escriturar as entradas, consequentemente abrindo mão das deduções e dos créditos, para pagar mais ICMS na saída.

Vejo ainda que o autuante refuta a alegação do autuado, no que concerne a existência de livros devidamente escriturados conforme cópias que teria anexado. Diz o autuante que não existem livros ou cópias anexados pelo autuado. Afirma que o único livro existente é o Razão Analítico anexo (fls.10/23) onde está lançada toda a movimentação da empresa, as compras quando a vista e os pagamentos das duplicatas quando a prazo. Acrescenta que no caso de pagamento das duplicatas o autuado perdeu o controle de seus registros, omitia as notas fiscais de entrada, mas esqueceu de omitir os pagamentos das duplicatas respectivas, apresentando as mesmas devidamente quitadas ao fisco.

No que diz respeito à Infração 02, diz o autuante que as notas fiscais (fls.46 e 47) não tiveram seus pagamentos lançados na conta Caixa do Razão Analítico(pags.10 a 230).

Esclarece que a relação das duplicatas pagas e não registradas encontram-se em anexo (fls.7/8) e os respectivos documentos (fls.24/45) que foram fornecidos pelo contribuinte tirado cópia e devolvidos. Registra que a afirmação do autuado à fl. 58 de que não efetuou as referidas operações é no mínimo estranha, pois apresenta os documentos quando intimado e agora diz que não lhes pertencem. Chama a atenção para o fato de a maioria dos pagamentos das duplicatas terem sido realizados no Bradesco S/A –Ag. 2482 – Luis Eduardo Magalhães, município onde se localiza o estabelecimento do autuado.

Quanto à Infração 03, sustenta o autuante a existência de suprimento de caixa de origem não comprovada (pág.10), débito de caixa lançado sem nenhum documento de origem, considerando que a empresa não iniciou as atividades nesta data.

No que concerne às alegações do autuado de que o suprimento de caixa (fl.62) tem como origem empréstimos de sócios, afirma que faltou ser comprovado através de cheque nominal a empresa com a correspondente compensação do mesmo no extrato bancário, ou declaração do imposto de renda dos sócios.

Após análise das peças processuais, dos argumentos do autuado e do autuante, entendo que a autuação é subsistente.

Observo que relativamente à Infração 1, a afirmação do autuado não procede. Realmente, conforme dito pelo autuante, não consta nem cópia do livro mencionado na defesa, muito menos a comprovação de sua escrituração.

Quanto à Infração 2, também não procede a alegação do autuado, pois, as duplicatas foram fornecidas pelo próprio contribuinte, conforme esclarece o autuante e consta nos autos.

No que diz respeito à Infração 3, a alegação do autuado é improcedente, pois torna-se indispensável a comprovação da origem do suprimento de caixa, para afastar a imputação de existência de suprimento de caixa de origem não comprovada. A simples alegação de integralização de capital não pode prosperar, considerando que não iniciou suas atividades naquela data e muito menos comprovou o aumento de capital conforme declarou.

No que concerne à taxa SELIC, registro que esta tem previsão no artigo 138-B, inciso I, do RICMS/97 e na Lei 3.956/81.

Quanto à multa observo que esta tem previsão no artigo 42, e seus incisos, da Lei 7.014/96. Torna-se indispensável registrar, que na peça defensiva o autuado não apresenta nenhuma comprovação, apesar de informar que estaria juntando a documentação hábil, inobservando, assim, o que determina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

O referido Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, dispõe em seu artigo 8º que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações.

Por sua vez, o seu artigo 123, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Por fim, o artigo 153, do mesmo diploma regulamentar, determina que o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Diante do exposto, entendo como corretas todas as infrações imputadas ao autuado.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269189.0606/04-0**, lavrado contra **KELIA BRITO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.351,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE/RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR