

A. I. N.º - 108883.0056/06-7
AUTUADO - MULTIPLUS - RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.
AUTUANTES - PAULO J. ARAPONGA DÓRIA, MARIA J. MIRANDA e MARIA C. DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20/03/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0071-03/07

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Demonstrada a subsistência da ação fiscal. Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar suprimimento à caixa de origem não comprovada Exigência fiscal subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18.12.2006, reclama ICMS no valor de R\$7.681,26, com aplicação da multa de 70%, pela omissão de saída de mercadoria tributáveis apurada através de suprimimento de caixa de origem não comprovada. Consta na descrição dos fatos que: “suprimimento de caixa com recursos depositados por pessoas alheias à sociedade em 2001, e receita não tributada, bem como saldo bancário sem comprovação anterior em 2002”.

O autuado apresenta defesa, tempestivamente (fls. 38/48), discorrendo inicialmente sobre a infração imputada. No mérito diz que o Auto de Infração decorre de uma mera presunção de omissão de saída e que inexistente no presente caso, qualquer espécie de sonegação fiscal. Destaca que o lançamento de ofício, ora impugnado, já foi alcançado pelo instituto da decadência, cujo prazo deve ser contado na forma do § 4º, do artigo 150 do CTN, ou seja, a partir da ocorrência do fato gerador, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Salienta que o Estado da Bahia, por meio do Auto de Infração, constituiu um crédito referente ao recolhimento a menor de ICMS, tributo sujeito ao lançamento por homologação, em relação a fatos geradores ocorridos no ano de 2001 e 2002. Diz que o impugnante identificou os fatos geradores das obrigações tributárias, calculou o montante devido e antecipou o respectivo pagamento, e por sua vez, a fiscalização, exercendo seu direito de rever o procedimento realizado pelo sujeito passivo, lançou valores que entendia devidos, fundamentando-se em uma pretensa apropriação ilegítima de crédito fiscal. Entende que no momento em que o Auto de Infração ingressou no mundo jurídico (18.12.2006), data da efetiva notificação do contribuinte), já havia ocorrido a perda do direito do fisco de rever o lançamento por homologação, relativamente aos fatos geradores anteriores a 18.12.2001, reproduzindo o disposto no § 4º do artigo 150 do CTN, julgados do STJ e Acórdão 101-92883 do Conselho de Contribuintes da Receita Federal (fls. 40/42). Defende a tese de que o artigo 173 do CTN se aplica aos tributos sujeitos ao lançamento por declaração (que pressupõe uma atividade prévia por parte do sujeito ativo), e para os tributos cujo lançamento seja feito pelo próprio contribuinte (por homologação) esta regra não se aplica, ficando adstrito à regra insculpida no artigo 150, § 4º do CTN, por conseguinte, entende que devem ser excluídos do Auto de Infração os valores referentes aos fatos geradores anteriores a 18/12/2001, por terem sido alcançados pela decadência. Diz que os valores exigidos a título de suprimimento de caixa de origem não comprovada possuem origem definida. Afirma que os valores sacados em 01/03/2001, no montante de R\$5.500,00, a impugnante informa que por razões meramente operacionais

depositou-os temporariamente no Banco Sudameris do Brasil, fazendo-os retornar ao próprio caixa, em 30/11/2001, para pagamentos de despesas da pessoa jurídica, e que o referido valor está devidamente registrado nos livros Diário e Razão. Salienta que o relativo período de tempo no qual o valor permaneceu no banco (março a novembro de 2001), decorreu exclusivamente da diminuta atividade operacional da empresa no ano de 2001, pois apenas iniciava as atividades. Afirma que se tratam de valores pertencentes à própria pessoa jurídica, que, transitoriamente, estiveram depositados em banco, ingressando posteriormente ao caixa da empresa para pagamento de despesas, citando julgado do STF no RE 80.695-4. Com relação ao valor de R\$30.000,00, declara que as antecipações de capital social por pessoas que estão na iminência de integrar a sociedade são perfeitamente legais e possíveis, desde que devidamente registradas na contabilidade, e que os próprios sócios envolvidos declararam o valor integralizado em suas correspondentes Declarações do Imposto de Renda Pessoa Física, como comprovam os documentos anexos, demonstrando, mais uma vez, ter origem conhecida os recursos aportados na pessoa jurídica. Quanto ao valor de R\$3.147,70, argüi que os autuantes não atentaram para o fato de que o saldo em referência encontrava-se em conta garantida, ou seja, correspondia a uma linha de crédito disponibilizada pelo Banco Sudameris para atender as necessidades de cobertura de caixa da empresa. Aduz que se tratou de um “empréstimo bancário”, tomado pelo autuado e vinha sendo parcelado em dezoito meses (parcela de R\$392,89), tendo sido quitado em 31/08/2002, conforme se observa no livro Razão acostado ao processo. Finaliza, requerendo a nulidade da autuação pelo instituto da decadência e no mérito seja julgado improcedente.

Os autuantes, por sua vez, produzem informação fiscal (fls. 86/87), argüindo que a constituição do crédito tributário ocorreu em 18/12/2006, exigindo valores relativos ao exercício de 2001, e, por conseguinte, a fiscalização tem o direito de apurar qualquer ocorrência até 31/12/2006, quando completam os cinco anos do prazo decadencial. Quanto ao mérito, dizem que não houve a comprovação dos recursos que ensejaram a lavratura do presente Auto de Infração, pois o que o autuado apresenta, se resume a registros de operações, e que a base da autuação foi justamente a falta de comprovação das operações contabilizadas. Declaram que o valor de R\$6.540,17 está registrado na contabilidade como vendas à vista (fl. 17), porém, não consta na escrita fiscal, que é a base de cálculo do recolhimento do ICMS, conforme cópia da DMA do autuado (fl. 15). No que tange ao valor de R\$5.500,00, afirmam que o referido montante continuou sem a devida comprovação da movimentação financeira, não demonstrando a sua origem, unicamente o registro contábil do seu lançamento, o mesmo ocorrendo com o valor de R\$3.143,70, que segundo as alegações defensivas, trata-se de recurso oriundo de uma Conta Garantida. Com relação à antecipação do aumento de capital, no valor de R\$30.000,00, declaram que na data da integralização do capital (30/11/2001), as pessoas físicas citadas não pertenciam, ainda, à Sociedade Comercial, pois, a alteração contratual com a inclusão dos novos sócios ocorreu em 26/03/2002, com registro na JUCEB em 27/03/2002. Concluem, mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo defendente, inerente a decadência do exercício de 2001, pois o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2006 e a ciência do autuado ocorreu na mesma data, portanto, a autuação se deu antes do término do prazo decadencial estipulado de 5 anos, conforme previsto no parágrafo único do art. 173 do CTN, o qual foi reproduzido no art. 965 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97. 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, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, 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 ou

Notificação Fiscal, 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.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de 31/03/2001 a 30/11/2001 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2006, 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.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever:

Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o Recorrente.

No mérito, o Auto de Infração, em lide, reclama ICMS por omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimimento de caixa de origem não comprovada.

Da análise das peças processuais, verifico que o demonstrativo elaborado pelos autuantes (fl. 06), comprova o cometimento do ilícito tributário pelo autuado, sendo exigido o imposto correspondente à omissão de saídas presumidas em função de existência de suprimimento à caixa de origem não comprovado, conforme se depreende do disposto no inciso II do § 3º do artigo 2º do RICMS-BA.

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

A presunção legal exigida no Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exhibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício.

Com efeito, havendo contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar todos os meios de prova admitidos em lei, aliás, neste caso de presunção legal, inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente ao contribuinte a responsabilidade da apresentação dos elementos de provas que demonstrem as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário. Os documentos acostados pelo autuado (fls. 52/81), não são suficientes para elidir a exigência fiscal imputada no presente Auto de Infração. A cópia da DMA acostada ao PAF (fl. 15), indica o total das vendas no exercício de 2001 no valor de R\$3.369,50, e o livro Razão na folha 17, registra vendas à vista de R\$6.500,00, carecendo de documentos fiscais que comprovem as referidas operações. Por sua vez, as cópias das Declarações de Rendimentos dos Sócios (fls. 25/46), não comprovam a disponibilidade dos recursos injetados na empresa, como também não foi acostado ao PAF o efetivo depósito do valor pelos aludidos sócios no caixa do autuado. Quanto aos recursos provenientes de Conta Garantida, não se encontra nos autos o contrato celebrado entre a instituição bancária e o defendente que comprovem a origem do montante lançado na conta caixa. Mantida a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108.883.0056/06-7**, lavrado contra **MULTIPLUS- RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.681,26**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA- RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR