

A. I. N° - 206830.0004/07-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS O C LTDA.
AUTUANTES - LUIS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 11.04.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0058-02/08

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O suprimento ou o saldo credor na conta “Caixa” indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte não comprovou a origem dos recursos. Infração caracterizada. **2.** PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes indica 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. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2007, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$994.171,11, acrescido da multa de 70% em decorrência das seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, com ICMS devido no valor de R\$911.625,00. Consta ainda da acusação que, corresponde aos lançamentos efetuados a débito da conta caixa e a crédito da conta capital integralizado no exercício de 2005, em parcelas mensais de R\$550.000,00 de janeiro a novembro e de R\$450.000,00 no mês de dezembro, totalizando R\$6.500.000,00, não tendo o contribuinte comprovado através de documentos coincidentes em datas e valores aos lançamentos efetuados dos efetivos ingressos de numerários na empresa, conforme cópia do livro Diário, Balanço Patrimonial, Termos de Intimações, Instrumentos Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação. A base de cálculo foi calculada de acordo com a Instrução Normativa n° 56/2007 que determina o cálculo da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributadas e não tributadas. O demonstrativo anexo demonstra uma proporção de 82,50% de saídas tributadas no exercício de 2005. Desse modo a base de cálculo totalizou R\$5.362.500,00 com ICMS devido de R\$911.625,00.

2- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes com ICMS devido no valor de R\$82.546,11. Consta ainda da

acusação que, conforme Demonstrativo de Levantamento da Conta Fornecedores, cópia do Balanço Patrimonial e Balancete de Encerramento de 2005, Termo de Intimação para comprovação do saldo remanescente e Demonstrativos das Duplicatas cobradas através de Auto de Infração nº 206911.0009/06-0, em anexo. Sendo que a base de cálculo foi calculada de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007 que determina o cálculo da proporcionalidade ente as saídas de mercadorias tributadas e não tributadas. O demonstrativo anexo demonstra uma proporção de 82,50% de saídas tributadas no exercício de 2005. Desse modo a base de cálculo totalizou R\$485.565,40 com ICMS devido de R\$82.546,11.

O autuado impugnou o lançamento tributário, folhas 128 a 139, onde, inicialmente, transcreve as imputações e os dispositivos indicados como infringidos.

Prosseguindo, alega que no Auto de Infração faltou clareza e precisão e não se verifica qualquer documento que sirva de embasamento para a aferição do percentual da proporcionalidade entre as saídas tributadas e não tributadas, que embasaram a aplicação do percentual de 82,50% como sendo saídas tributadas, conforme determina a Instrução Normativa nº 56/2007.

Questiona a legalidade da Instrução Normativa nº 56/2007, por entender que não encontra respaldo no RICMS/BA.

Assevera que firmou Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação com a empresa KALMAM GUARDIAN BRASIL LTDA., no valor de R\$6.500.000,00, o que entende que justifica o aporte de numerário. Frisa que deveria ter sido apurado o movimento real do autuado, tais como os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento, dentre outros elementos informativos, transcrevendo o artigo 936 do RICMS/BA.

Salienta que não faz sentido manter a exigência dos débitos tributários em questão, tendo em vista que optou pelo pagamento desses débitos de maneira parcelada, nos termos do Decreto nº 8.047/01, conforme documentos anexos, o que implica na suspensão da exigibilidade, conforme preceitua o artigo 151, inciso VI, do código Tributário Nacional, transcrevendo jurisprudência sobre o tema.

Aduz que a multa aplicada é exorbitante, violando o Princípio Constitucional do Não-Confisco e do Direito de Propriedade.

Finaliza requerendo a nulidade ou então a improcedência ou, ainda, que o lançamento seja retificado afastando os valores apontados como exorbitantes.

Na informação fiscal, fls. 166 a 172, os autuantes contestam os argumentos defensivos, ressaltando que não procede a alegação de que faltou clareza e precisão, bem como, os elementos de prova necessários à comprovação das infrações, uma vez que os demonstrativos comprobatórios das infrações imputadas foram acostados aos autos às folhas 11 a 119, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, sendo lavrado em total observância do RPAF/99, notadamente os artigos 39 e 41.

Esclarecem que o atuado tem como atividade econômica o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, possuindo Termo de Acordo, com base no Decreto nº 7.799/2000, cujo artigo 1º possibilita a redução da base de cálculo do ICMS em 41,176% nas operações internas de saídas de mercadorias para inscritos no cadastro do Estado da Bahia.

Aduzem que a autuação decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada, correspondente aos lançamentos efetuados a débito da conta caixa e a crédito da conta capital integralizado no exercício de 2005, em parcelas mensais de R\$550.000,00 de janeiro a novembro e de R\$ 450.000,00 no mês de

dezembro, totalizando R\$6.500.000,00, não tendo o contribuinte comprovado, através de documentos coincidentes em datas e valores aos lançamentos efetuados, os efetivos ingressos de numerários na empresa, conforme cópia do livro Diário, Balanço Patrimonial, Termos de Intimações, Instrumentos Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação.

Salientam que este contrato independe de qualquer formalidade, o que dificulta consideravelmente a constatação da sua efetividade, tendo questionado o autuado sobre a existência de depósitos bancários, o ingresso de tão vultosos numerários, foi informado que ingressaram na empresa em moeda corrente, apresentado um recibo assinado pela sócia. Quando solicitou cópia do extrato para comprovar o saque nos valores, o autuado informou que não poderia apresentar.

Asseveram que solicitaram cópia das Declarações de Imposto de Renda em que conste o aumento de capital realizado, tendo recebido como resposta que contribuinte autuado informou não ter apresentado as declarações ano base 2005 e 2006.

Informam que, posteriormente, o autuado apresentou uma relação de duplicatas supostamente pagas pela sócia supridora do numerário, conforme consta às folhas 69 a 87, cujos pagamentos não demonstram coincidência de datas e valores, necessários à comprovação da efetividade da transação.

Dizem que é um equívoco do impugnante ao afirmar que não existe previsão no RICMS para o procedimento descrito na Instrução Normativa, pois a previsão consta do art. 982 do RICMS/97, o qual transcreveu.

Frisa que a base de cálculo encontra-se disciplinada no artigo 2º, § 3º c/c o artigo 60, inciso I, no mesmo regulamento. Destaca que o procedimento previsto na instrução normativa acima, decorreu da necessidade de evitar a cobrança do ICMS por presunção, sobre a comercialização de mercadorias isenta, não tributadas e cujo imposto fosse cobrando por substituição, baseada em diversas decisões do CONSEF, vindo a disciplinar a matéria com vistas a uniformizar o procedimento fiscal.

Afirmam que o cálculo da proporcionalidade foi acostado às folhas 17 e 103 dos autos, que tomou por base as informações contidas nos livros de saídas e apuração do ICMS, bem como os arquivos magnéticos fornecidos com base no Convênio 57/95, e encontrou os valores de 82,50 % de mercadorias tributadas em 2005.

Destacam que, a instrução normativa em questão veio, ao contrário do que afirma o contribuinte, beneficiá-lo, reduzindo a base de cálculo da omissão originalmente encontrada, que foi levantada de acordo com as normas do regulamento aprovado pelo Decreto nº 6.284/96, não havendo inovação a sistemática da não cumulatividade como afirmou em sua defesa. A divergência entre os cálculos do contribuinte e os cálculos dos autuantes consiste no fato da empresa considerar como isentas as importâncias relativas à redução da base de cálculo, principalmente a prevista mediante Termo de Acordo de Atacadista firmado com a SEFAZ, alocando a parcela correspondente a 41,176% como se fossem mercadorias isentas, além de outras com redução de base de cálculo. Argumenta que, conforme Termo de Acordo firmado com o contribuinte, na forma do Decreto 7799/2000, prevê que o mesmo perderá o direito aos benefícios da redução da base de cálculo na hipótese de constatação de infração que resulte na falta de pagamento do ICMS.

Registram que o contribuinte informou em sua peça de defesa que optou pelo pagamento do débito de maneira parcelada, não obstante ter solicitado a nulidade ou improcedência da autuação, fls. 161 e 162 dos autos.

Ao final, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 02 (duas) infrações. Na infração 01 é imputado ao autuado omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Na infração 02 é imputado ao autuado omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada, por entender a defesa que é exorbitante, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado de forma bastante clara, além de terem utilizado a descrição padrão definida pela Administração Tributária Estadual, mediante sistema de Auto de Infração informatizado, os autuados acrescentaram diversos esclarecimentos sobre a apuração da autuação e da própria base de cálculo.

De igual modo, não pode ser acolhida a arguição de nulidade sob a alegação de que não foi demonstrada a forma de apuração da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, uma vez que os demonstrativos foram acostados aos autos às folhas 17 e 103, tendo o sujeito passivo recebido cópia, folha 121 dos autos.

Portando, não observo qualquer erro ou vício que possibilite a decretação de nulidade do lançamento.

Quanto a alegação defensiva de ilegalidade da Instrução Normativa nº 56/2007, é no mínimo curiosa, uma vez que é a primeira vez que vejo um contribuinte querer pagar mais ICMS do que a legislação estabelece.

A Instrução Normativa nº 56/2007, da Superintendência de Administração Tributária do Estado da Bahia, atendeu as decisões reiteradas deste Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza; bem como a necessidade de orientar o procedimento fiscal relativo a essa matéria, resolve expedir a seguinte,

Não aplicar a referida instrução normativa, como requereu o contribuinte, seria elevar o ICMS devido. Ademais, a edição da norma atendeu o que determina o artigo 982 do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 982. O Secretário da Fazenda e o Superintendente de Administração Tributária, este no âmbito da sua Superintendência, poderão baixar atos normativos visando à fiel observância das normas deste Regulamento por parte dos servidores do fisco estadual, desde que tais atos não acarretem a criação de novas obrigações ou encargos para os contribuintes do ICMS.”

A regra disposta no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, estabelece, entre outras situações, que o fato da escrituração indicar suprimentos a caixa não comprovados (infração 01) e a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes (infração 02) autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

“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.” (grifo meu).*

Tratam-se de presunções “juris tantum”, ou sejam, admitem prova contrária, portanto, caberia ao contribuinte comprovar a improcedência das presunções, fato que não ocorreu, sendo correto o procedimento da auditora autuante.

Não pode ser acolhida a alegação defensiva que R\$6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) entraram na empresa em espécie, não existindo nenhum comprovante de depósito bancário, nenhum cheque, nenhum comprovante de transferência bancária, nem mesmo declaração do Imposto de Renda para comprovar essa operação que, devo ressaltar, se trata de mais de seis milhões de reais.

Saliento que o contribuinte foi intimado para apresentar um documento para comprovar a existência da operação, antes da lavratura do Auto de Infração, tendo apenas apresentado recibos assinado pela própria sócia, porém, não é lógico nem razoável acreditar que R\$6.500.000,00, quantia bastante elevada, surgiu do nada e que estava circulando, em espécie. Da mesma forma, na defesa o sujeito passivo não apresentou nenhum documento capaz de elidir a acusação, o que poderia ter sido comprovado mediante comprovante de depósito bancário, microfilmagem do cheque, comprovante de transferência bancária, declaração do Imposto de Renda. Friso, que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Ressalto que o contribuinte reconheceu e parcelou parte do débito, no valor de R\$803.269,86, conforme extrato SIGAT acostado à folha 174 dos autos.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206830.0004/07-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS O C LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$994.171,11**, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR