

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 206830.0004/07-9
<b>RECORRENTE</b>	- DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS O.C. LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº. 0058-02/08
<b>ORIGEM</b>	- IFEP – DAT/NORTE
<b>INTERNET</b>	- 05/06/2009

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0121-11/09

**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. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0058-02/08, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

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 houve 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, Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação. A base de cálculo foi apurada de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007 que determina o cálculo da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributadas e não tributadas. O demonstrativo anexo aos autos demonstra uma proporção de 82,50% de saídas tributadas no exercício de 2005, com base de cálculo totalizando R\$5.362.500,00, e 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 dos autos 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. Para apuração do débito exigido 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, sendo obtida, conforme demonstrativo em anexo aos autos, a proporção de 82,50% de saídas tributadas no exercício de 2005, totalizando de base de cálculo o valor de R\$485.565,40, com ICMS devido de R\$82.546,11.

Em Primeira Instância, inicialmente o relator da JJF consignou que, em relação à arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual se absteve de manifestação a respeito. Ainda em inicial, a JJF afasta as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, ao argumento de que o Auto de Infração foi lavrado de forma bastante clara, e que além de terem utilizado a descrição padrão definida pela Administração Tributária Estadual, mediante sistema de Auto de Infração informatizado, os autuantes acrescentaram diversos esclarecimentos sobre a apuração da autuação e da própria base de cálculo. Também rechaçou a arguição de nulidade 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 dos mesmos, como comprovado às fls. 121 dos autos.

No mérito, quanto à alegação defensiva de ilegalidade da Instrução Normativa nº 56/2007, consignou o Relator que a referida norma, expedida pela 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, e que a não aplicação da instrução normativa, como requereu o contribuinte, seria elevar o ICMS devido, além do que a edição da norma atendeu o que determina o artigo 982 do RICMS/97, que transcreve no voto.

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

Pontua que 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 tal operação.

Ressalta que o contribuinte foi intimado para apresentar documentos que comprovassem a existência da operação, ainda antes da lavratura do Auto de Infração, tendo apenas apresentado recibos assinado pela própria sócia, que não poderiam ser acatados, por não ser lógico e nem razoável entender que quantia tão elevada estava circulando em espécie, e que poderia o sujeito passivo ter apresentado documento capaz de elidir a acusação, como comprovante de depósito bancário, microfilmagem do cheque, comprovante de transferência bancária, declaração do Imposto de Renda. Frisa que não o fazendo, deve ser aplicada a regra do art. 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal. Assim, a JJF manteve as infrações imputadas, ao tempo que informou que o contribuinte reconheceu e parcelou parte do débito, no valor de R\$803.269,86, conforme extrato do SIGAT acostado à folha 174 dos autos.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 211 a 228 – apresentando os seguintes argumentos:

- I. que a infração tributária foi enquadrada como omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada; entretanto, na fundamentação, a autoridade fiscalizadora dispôs que o valor apontado como omissos foi registrado a débito da Conta Caixa e a crédito da Conta Capital Integralizado, logo a autuação está incompatível com a fundamentação;
- II. que a presunção de ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto aplica-se desde que contribuinte comprove a improcedência desta presunção, e tal foi feito, já que os valores destacados pelo Fisco na Conta Caixa estão devidamente comprovados, descaracterizando, assim, a omissão de operações de circulação de mercadorias, erroneamente presumida, pois as contas contábeis envolvidas na operação não são capazes de caracterizarem a ocorrência de operação de circulação de mercadoria, fato gerador do ICMS;
- III. que para provar a integralização do capital social, origem dos valores da Conta Caixa, o recorrente juntou aos autos o contrato de constituição da Sociedade em Conta de Participação, no valor de R\$6.500.000,00, integralizados no capital da Distribuidora de Produtos Alimentícios O. C. Ltda. pela empresa Kalman Guardian Brasil, bem como os recibos referentes às integralizações de capital no período de janeiro a dezembro de 2005;
- IV. que, assim, com a comprovação da origem do Recurso da Conta Caixa, para que o referido levantamento gozasse de credibilidade necessária para encarta presunção deveriam ter sido considerados outros elementos substanciais e necessários, 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, nos termos do art. 936 do RICMS/BA, que transcreve;
- V. que na fundamentação do julgado de Primeira Instância, os julgadores suprimiram princípios fundamentais para as operações das pessoas jurídicas de direito privado, como os da livre iniciativa e da legalidade, já que esta pode realizar suas operações na forma que melhor achar conveniente, salvo se houver uma lei que limite a operação, sendo que no caso em exame não existe nenhuma lei dispondo que a operação teria que ser realizado por transação bancária, além do que esta a transação bancária seria mais onerosa para a empresa devido ao pagamento de taxas bancárias, o que foi ignorado pela JJF;
- VI. que, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional, não cabe à autoridade fazendária e nem a JJF alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e forma de direito privado, aos quais estão vinculados, o que fizeram ao deixarem de admitir o contrato de constituição da Sociedade em Conta de Participação, devidamente formulado nos termos da legislação vigente e capaz de comprovar a origem do Recurso dos valores da Conta Caixa;
- VII. que caberia ao Fisco descaracterizar o referido contrato, através de uma contraprova, pois possuem ferramentas hábeis para tal, como ofícios para as autoridades que acharem necessário para comprovação da operação, acesso aos documentos contábeis da empresa fiscalizada, SINTEGRA, dentre outros que julgarem necessários; o que não foi feito, sendo, assim improcedente a exigência fiscal, pois não constitui fato gerador do ICMS a operação de integralização de capital;
- VIII. que, ainda, o princípio da não cumulatividade foi violado, pois presumiram um valor existente no Conta Caixa, devidamente comprovado pelo recorrente, sem ao menos presumir um montante de crédito sobre as mercadorias supostamente adquiridas, protestando pelo reconhecimento do crédito de origem das mercadorias;

- IX. que, protesta pela comprovação do percentual de 82,50% adotado pelos autuantes, e que em momento algum pretendeu não aplicar o disposto na Instrução Normativa nº 56/07 como afirmou a JJF, ao contrário pretende o recorrente saber qual foi a fórmula de cálculo utilizada por estes, pois nos autos não se vislumbra qualquer documento que embase a aferição do percentual de proporcionalidade entre as saídas tributadas e não tributadas, sequer demonstrativo analítico que represente o levantamento fiscal;
- X. que muito embora a JJF tenha decidido não se manifestar sobre a alegação de afronta ao princípio do não confisco diante da multa aplicada, o art. 159 do RPAF/BA permite que seja requerida dispensa ou redução da multa por infração da obrigação principal ao apelo da equidade; além do que o lançamento de fato não pode prosperar em relação à multa, tendo em vistas as garantias constitucionais, inclusive a multa moratória, ao tempo que cita e transcreve decisões judiciais que entende respaldar sua tese.

Após expor tais argumentos, o recorrente finaliza requerendo o julgamento pela nulidade do Auto de Infração, ou sua improcedência, ao tempo que também requer, caso seja mantido o lançamento, que o mesmo seja retificado para diminuir o seu quantum e que seja reconhecido o crédito fiscal correspondente à aquisição das mercadorias.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 285 a 290 - pronuncia-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando preliminarmente que os documentos apresentados pelo contribuinte não têm o condão de elidir a ação fiscal. Assevera que a simples apresentação do contrato de constituição da sociedade em conta de participação e dos recibos referentes à integralização do capital, não constituem prova inequívoca, capaz de comprovar a origem dos Recursos no Conta caixa da empresa autuado.

Pontua que ao contrário do que entende o sujeito passivo não se está a questionar a validade ou forma da operação entre as duas empresas, que se regem pelas normas do Direito privado, mas sim se impugna a procedência dos recursos que deram ensejo a tal operação e, nesse sentido, não foi apresentado por este qualquer documento que embasasse tal integralização do capital social, tais como comprovante de depósito, saque ou transferência bancária, cheque ou declaração de imposto de renda concernente ao período de apuração, quer da empresa fiscalizada como da empresa investidora, devendo, assim, serem aplicadas as determinações dos artigos 142 e 143 do RPAF/BA. Ressalta, ainda, que a exigência fiscal tem lastro no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto nas hipóteses detectadas no presente lançamento de ofício, ressalvada ao contribuinte a prova da sua improcedência, o que não ocorreu, e que ainda os autuantes acostaram aos autos os demonstrativos que evidenciam a forma de apuração da proporcionalidade tal e qual a prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Afasta, ainda, a alegação de violação ao princípio da não cumulatividade, ressaltando que para fazer jus ao crédito, deveria o sujeito passivo necessariamente ter comprovado a existência das referidas operações de entrada das mercadorias, mediante documentos fiscais comprobatórios, o que não ocorreu. Por fim, quanto à alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, reitera que na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema encontra vedação nos estritos termos do art. 167 do RPF/BA.

## VOTO

Da análise dos documentos acostados aos autos e da legislação aplicável à matéria que se reporta este lançamento de ofício, devemos de logo consignar que de fato não consegue o recorrente macular o Auto de Infração, visto que o mesmo foi lavrado em estrita observância aos ditames legais e regulamentares pertinentes ao lançamento de ofício. Não há, assim, qualquer vício que o inquene de nulidade, estando ausentes às hipóteses ensejadoras de nulidade do lançamento de ofício, previstas no art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente quanto aos argumentos apresentados para modificar a Decisão recorrida, senão vejamos:

O Auto de Infração em epígrafe imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, ambas lastradas na regra do §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, quais sejam a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada e de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

*“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.”* Grifos nossos.

A regra em apreço trata da figura da presunção tributária, que embora contestada por alguns, é largamente utilizada na legislação tributária brasileira, com o devido amparo na Carta Magna. Maria Rita Ferragut, em seu livro *Presunções no Direito Tributário* - 2ª edição. Ed. Quartier Latin – ao tratar da questão das presunções diante dos princípios constitucionais tributários, visando responder à indagação se as presunções legais, quando utilizadas no Direito Tributário para criar obrigações tributárias, encontra fundamento de validade na Constituição Federal diante dos princípios da segurança jurídica, da legalidade, da tipicidade, da capacidade contributiva e da discriminação constitucional de competências, após de forma brilhante detidamente debruçar-se sobre cada um destes princípios frente ao tema presunções legais, conclui que “...as presunções legais compactuam-se com as prescrições normativas de mais alta hierarquia, podendo ser validamente utilizadas para a criação de obrigações....”. Ainda pontuando que “Caso alguma inconstitucionalidade ou ilegalidade seja apontada, é porque a aplicação da norma foi incorretamente realizada, e não porque as presunções não encontram fundamento de validade na Constituição Federal”.

Firmada tal premissa, cabe ressaltar que as presunções legais são “meios indiretos de prova da ocorrência do evento descrito no fato jurídico”, ou seja, têm natureza processual probatória, admitindo, portanto, prova em contrário, dentro dos princípios do contraditório e da ampla defesa; cabendo, por força da norma acima citada, ao contribuinte, o ônus da prova da improcedência da presunção.

E aqui neste ponto é necessário também ressaltar que não se afasta ao FISCO também o ônus de apresentar provas, só que tais provas estão vinculadas ao fato indiciário, ou seja, cabe ao Fisco provar a ocorrência dos indícios que implica juridicamente no fato indiretamente provado, ônus do qual se desincumbiram os autuantes no presente lançamento de ofício, o mesmo não realizado pelo contribuinte.

Ou seja, no caso concreto, restou comprovado pelo Fisco, conforme documentos acostados aos autos extraídos da contabilidade da própria empresa, que o contribuinte efetuou lançamentos a débito da Conta Caixa e a crédito da Conta Capital Integralizado, durante o exercício de 2005, no total de R\$6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), no entanto não foi apresentado prova de efetivos ingressos do numerário na empresa – portanto houve suprimentos a Caixa não comprovados – lançamentos em contrapartida dos creditado na Conta Capital Integralizado. Assim, esclarecido este ponto, de logo aqui se rechaça a alegação do recorrente de que a autuação está incompatível com a fundamentação. Também comprovou o Fisco que a empresa manteve no passivo, obrigações já pagas ou inexistentes, conforme demonstrativo de levantamento da Conta Fornecedores, balanço patrimonial e balancete de encerramento do exercício de 2005, relação das duplicatas pagas e não contabilizadas na Conta caixa, demonstrativo dos pagamentos de duplica-

tas dos fornecedores deste mesmo exercício e saldo remanescente informado pela empresa, todos acostados aos autos às fls. 92 a 119.

Ora, tais indícios, devidamente provados como visto, embasam e autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, como traduz o dispositivo legal citado, não cabendo, assim, como quer o recorrente, a aplicação de qualquer outro levantamento fiscal.

Para afastar tal presunção, repetimos, já provado pelo Fisco a existência dos fatos indiciários, caberia ao contribuinte, em se tratando de suprimentos à Caixa de origem não comprovada, provar não só a efetiva transferência de Recursos para a empresa, como sua origem, valendo pontuar aqui ressalva feita pela mesma autora acima citada ao tratar especificamente do suprimento à Caixa, no sentido de que *“...qualquer um desses elementos, isoladamente comprovados, não terá o condão de descaracterizar a presunção de omissão de receitas”*. Registre-se, ainda, que o contribuinte também não comprovou a origem dos mesmos recursos que também lançou como integralização de capital e nem sequer se de fato os recursos ingressaram. Por sua vez, no caso do passivo fictício, o mesmo ocorreu, pois o contribuinte não logrou comprovar que não havia pendências de obrigações ou que estas tinham sido pagas e devidamente contabilizadas a débito do conta Caixa, mas, por equívoco, lá permaneciam a crédito de Fornecedores, por erro escritural.

Por outro lado, quanto à alegação de que a autuação bem como a JFF desconsideraram o contrato firmado entre o recorrente e a empresa Kalman Guardian Brasil Ltda. também não merece a mínima guarida, como bem frisou a PGE/PROFIS em seu opinativo, não há no presente lançamento de ofício questionamento quanto à validade ou a forma da sociedade firmada entre o autuado e a referida empresa, regida pelas normas de Direito Privado, mas sim quanto à falta de prova do efetivo ingresso do numerário apontado no estabelecimento autuado.

No entanto, cabe consignar que a figura societária em tela – Sociedade em Conta de Participação (SCP) – regula-se pelo Código Civil, em seus artigos 991 a 996, e requer, sim, o atendimento de alguns requisitos para que possa ser aceita como válida.

É um tipo de sociedade não personificada, ou seja, não possui personalidade jurídica, e nem autonomia patrimonial, e que não se sujeita às formalidades legais prescritas para as demais sociedades, como registro de seu contrato na Junta Comercial ou mesmo em Cartório de Registro de Títulos e Documentos. A sociedade é firmada por dois tipos de sócios: o sócio ostensivo (ou sócio empreendedor) e o sócio oculto (ou sócio participante) e a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual, sob a sua exclusiva responsabilidade, de forma pessoal e ilimitadamente, inclusive perante o Fisco e terceiros, prestando contas perante os demais sócios ocultos, da aplicação e gestão do patrimônio próprio, aportado por estes últimos ou também pelo sócio ostensivo, destinado, exclusivamente, para execução do objeto empresarial da sociedade.

Ressalte-se, assim, que a contabilidade da SCP, que não possui razão social, é realizada dentro da contabilidade do sócio ostensivo (no caso o autuado), podendo esta ser efetivada em uma conta à parte, ou dentro da própria contabilidade do sócio ostensivo, esta última hipótese seria a adotada pelo recorrente; cabendo, ainda, ao sócio oculto, efetuar lançamento das participações societárias (aportes à sociedade que será administrada pelo sócio oculto), inclusive, podendo, pela legislação do Imposto de Renda, efetuar dedução ou desconto do IR retido na fonte pelo sócio ostensivo.

Assim, da simples leitura dos requisitos caracterizadores desta figura societária, de logo podemos afirmar que a falta de personalidade jurídica ou o fato de não haver exigência de formalidades legais para a sua constituição, não possibilita que ela pode ser feita “na forma que melhor achar conveniente” como afirma o recorrente, pois de fato a legislação civil, bem como especificamente a legislação do imposto de renda exige que ela seja constituída e se efetive de forma transparente, sob pena de ser caracterizada como operação financeira sem lastro, ilícito tipificado na Lei

nº 7.492/96, como crime contra o Sistema Financeiro Nacional, bem como crime contra a ordem tributária, econômica e relação de consumo, conforme Lei nº 8.137/90.

Desta forma, não basta alegar que o numerário lançado em sua contabilidade refere-se a aporte de recursos feitos pelo sócio oculto derivado de um contrato de SCP - no caso a empresa Kalman Guardian Brasil Ltda.- pois tal aporte, como visto, deve ser feito atendendo a legislação contábil e a do imposto de renda, ou seja, tanto o sócio oculto, como o sócio ostensivo, devem atendê-las, sob pena da operação ser considerada como um ilícito contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária.

Ora, embora intimado a apresentar prova do efetivo ingresso do numerário que teria sido aportado pela Kalman Ltda., ainda antes da lavratura do presente Auto de Infração, conforme intimação de fls. 12, tais como prova de operações bancárias (cópia de cheques emitidos pela Kalman, recibos de depósitos; extratos bancários) e ainda recibos e cópias das declarações do imposto de renda, o recorrente não o fez. A alegação de que a operação foi feita em espécie não merece de fato a mínima guarida, pois não é crível que numerário de tal alto valor tenha circulado em moeda corrente, mas ainda que tal fosse verídico, não há a devida comprovação via declaração de imposto de renda, tanto por parte do sócio oculto, como também da empresa autuada, como exige a legislação deste tributo e a legislação contábil, inclusive para comprovar a capacidade do sócio oculto de efetuar o aporte declarado. Aliás, os autuantes informam, às fls. 167, que solicitada a declaração de imposto de renda do autuado em que constasse o aumento do capital social realizado através dos lançamentos efetuados, a empresa autuada informou não ter apresentado (sic) as declarações dos anos base 2005 e 2006, o que por si só demonstra a irregularidade da propalada SCP por ele firmada. Frise-se, ainda, que os recibos firmados pelo autuado, acostados às fls.55 a 66, não são documentos hábeis a comprovar o efetivo ingresso do numerário em tela.

Ainda quanto ao mérito da exigência fiscal, como bem pontuou a PGE/PROFIS, os autuantes efetuaram o cálculo da proporcionalidade entre as saídas tributadas e as não tributadas com base nos dados constantes dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS da própria empresa, bem como com base nas informações constantes dos arquivos magnéticos e das DMAs fornecidos também pelo contribuinte, atendendo ao disposto na Instrução Normativa nº 56/07, conforme demonstrativos de fls. 17 e 103, assim não cabe a alegação de que desconhece como se chegou ao percentual de mercadorias tributáveis no exercício autuado, além do que o sujeito passivo não apresentou até o momento qualquer demonstrativo que pudesse contrapor aos apresentados pelos autuantes. Embora não traga tal alegação, os autuantes informam que em verdade o contribuinte diverge do percentual por entender que deveria ser considerado como não tributado os produtos sujeitos à redução de base de cálculo, o que de fato não encontra amparo na legislação posta.

No que se refere à alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, ressaltamos que em se tratando a empresa autuada de empresa que opera no regime normal, a legislação alberga o direito ao crédito do ICMS destacado nos documentos fiscais de aquisição das mercadorias entradas e dos serviços tomados, regularmente escriturados. No entanto, no caso em apreço, as infrações que lhe são imputadas referem-se à presunção de omissão de saídas, portanto não há que se falar em crédito.

Em relação à alegação de ofensa ao princípio do não confisco no pertinente às multas, o que caracterizaria inconstitucionalidade, comungamos com a Decisão recorrida que não cabe a este órgão julgador administrativo, por vedação expressa do art. 167 do RPAF, apreciar esta matéria, além do que nenhuma pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário macula a Lei nº 7.014/96, que determina as multas aplicadas às infrações ao ICMS no Estado da Bahia e foi devidamente aprovada pelo Poder Legislativo baiano. Quanto à menção ao art. 159 do RPAF/BA, embora não tenha ficado claro o porquê da sua menção, o referido dispositivo trata de pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade, que deve ser apresentado à Câmara Superior, que detém

a competência para apreciar e julgar tal pedido, obedecidos os prazos e condições para sua admissibilidade.

Registre-se, ao final, que embora requeira a nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência, o recorrente em verdade reconheceu parcialmente o cometimento da infração 1 e da infração 2, ainda antes da impugnação, já que através dos demonstrativos que elaborou ao pleitear o parcelamento (posteriormente interrompido após o pagamento de 06 parcelas) - e que somente foram acostados aos autos às fls. 249 e 250, após o Recurso Voluntário - ele insurge-se quanto à infração descrita no item 1 apenas quanto ao percentual de mercadorias tributadas para efeito da proporcionalidade e insurge-se parcialmente quanto à infração descrita no item 2, quanto ao valor exigido relativo ao fornecedor Embaré, conforme observação ao final do demonstrativo de fls. 249. Tal fato corrobora nosso voto pela manutenção *“in totum”* da Decisão recorrida, já que, como visto, a proporcionalidade foi feita corretamente, com base em documentos, dados, informações e elementos da própria empresa e, em relação à infração descrita no item 02, sequer o recorrente em sua peça recursal traz impugnação específica quanto a ela.

Do exposto, como o recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe cabe de afastar a presunção legal em tela, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o presente Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos através do parcelamento efetuado.

#### 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 **206830.0004/07-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS O. C. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$994.171,11**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS