

PROCESSO - A. I. Nº 278906.0036/06-8
RECORRENTE - BRANDÃO MALHEIROS COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
(SUPERMERCADO BARREIRAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0412-01/06
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 24/08/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0214-11/09

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” 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. A exclusão dos valores das aquisições cujos vencimentos ocorreram após o período fiscalizado, reduz o quantum apurado. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0412-01/06, que julgou Procedente em Parte o presente processo, lavrado para imputar ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, exigindo ICMS no valor de R\$548.575,31, acrescido da multa de 70%.

No julgamento em Primeira Instância, o relator da JJF inicialmente consignou que “não vislumbrou cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o procedimento fiscal não violou as regras contidas nos artigos 18, II e IV, “a”, 39, III e 41 do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada em demonstrativos elaborados pelo autuante, todos anexados aos autos”. Salientou que não constando dos autos a comprovação de que o sujeito passivo tinha recebido as cópias das notas fiscais coletadas através do CFAMT, e daquelas emitidas pela Cargill Agrícola S. A., além do fato do autuado ter aventado a possibilidade de terem ocorrido lançamentos em duplicidade, o PAF foi diligenciado para que fossem fornecidas ao impugnante as cópias reprográficas de todos os documentos fiscais utilizados pela fiscalização, o que possibilitou ao autuado todos os meios possíveis para que fossem demonstradas as suas alegações contrárias a esses elementos de prova. Consignou, no entanto, que, ainda assim, o sujeito passivo não se pronunciou, ainda que reaberto o seu prazo de defesa, tornando prejudicadas as arguições defensivas para justificar as diferenças apontadas na autuação.

No mérito, pontuou que as notas fiscais em questão foram emitidas por empresas regularmente inscritas nos órgãos de fiscalização, estando provado que os documentos estão revestidos de todas as formalidades legais, tendo como destinatário o sujeito passivo, além do que, por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação no território deste Estado e do respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário, o que não foi feito, pois não foram apresentados elementos que invalidem os documentos fiscais. Ressaltou, ainda, que grande parte das compras se refere a vendas a prazo, sendo que em

alguns documentos consta indicado o número do pedido e o código do cliente e, em vários casos, os responsáveis pelo transporte das mercadorias foram os próprios fornecedores, além das mercadorias serem condizentes com o ramo de atividade do autuado.

Ressaltou, ainda, a JJF, que em relação às notas fiscais emitidas pela empresa Cargill Agrícola S.A, acrescente-se o fato de que todas as mercadorias foram transportadas pelo próprio fornecedor, todas as vendas foram feitas a prazo e quase a totalidade dos produtos comercializados se referiu a óleo de soja, o que constitui em prova suficiente da existência de operações de aquisição realizadas pelo contribuinte, ou seja, do vínculo comercial com o emitente dos documentos fiscais em questão.

Quanto ao argumento do sujeito passivo de que dentre as notas fiscais arroladas no levantamento, algumas se referiam à aquisição de mercadorias isentas ou não tributadas e que existiam notas fiscais referentes a produtos sujeitos à antecipação tributária, ressaltou o relator de Primeira Instância que a exigência tributária se refere à presunção de que o contribuinte, ao efetuar pagamentos com recursos não contabilizados, omitiu saídas de mercadorias tributáveis anteriormente. Assim, independente de qual seja o regime de tributação das mercadorias correspondentes às entradas omitidas, o que está a se exigir é o tributo decorrente de saídas precedentes omitidas.

Pontuou que *“o autuante anexou ao PAF os Demonstrativos de Origens e Aplicações de Recursos - DOAR, referentes aos exercícios autuados, nos quais adicionou às aplicações, os pagamentos a fornecedores não declarados, apurados mediante confronto entre as notas fiscais colhidas pelo Sistema CFAMT/SEFAZ e o declarado pelo contribuinte. Em relação aos exercícios de 2004 e 2005 foram consideradas, também, notas fiscais de fornecedor, cujos dados foram capturados de arquivos magnéticos fornecidas pela Repartição Fazendária. Tributo o saldo a maior constatado a 17% e, considerando que o sujeito passivo encontrava-se enquadrado no Regime SimBahia, na condição de Empresa de Pequeno Porte, concedeu o crédito presumido de 8%, conforme dispõe o art. 408-S do RICMS/97, apurando o imposto devido. Os demonstrativos elaborados pelo autuante indicam o acerto da imputação contida no lançamento em lide. Assim, entendo que restou comprovada a ocorrência de saldos credores na conta caixa, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo legal, tiveram a sua origem desconhecida. Neste sentido, a regra contida no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, estabelece, dentre outras situações, que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa não comprovado, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”*.

Por fim, consignou a JJF que em relação às Notas Fiscais nºs 188739, 189011, 189315, 189729, 189730, 190003 e 190279, referentes ao exercício de 2005, emitidas pela Cargill Agrícola S.A., estas tiveram seu vencimento em janeiro do ano seguinte, devendo ser excluída a base de cálculo correspondente os respectivos valores, haja vista que tais recursos somente foram aplicados no exercício seguinte ao lançamento, o que importou em redução do *quantum* originariamente exigido para este exercício, ficando a base de cálculo alterada para R\$1.417.561,48, o que resultou no débito para o exercício de 2005 no valor de R\$127.580,54, depois deduzido o crédito presumido de 8%.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 1.194 a 1204 - onde pede a reforma do Julgado para ser decretada a Improcedência ou a Nulidade do Auto de Infração, apresentando os mesmos argumentos apresentados em sua peça defensiva, abaixo expostos em síntese:

- I. que o demonstrativo de débito da autuação apresenta diversas irregularidades, que tornam o Auto de Infração inseguro e incerto, por estar lastreado em elementos frágeis e imprestáveis como prova, e que o próprio autuante confessou ter feito a “montagem” do caixa, denotando que se valeu de elementos externos à sua contabilidade e aos seus documentos fiscais, mesmo porque o único e exclusivo fundamento para a autuação se refere aos dados

fornecidos pelo Sistema CFAMT e aos arquivos magnéticos de terceiros, fontes de prova destituídas de validade, por serem unilaterais;

- II. que tanto o CFAMT como os arquivos da empresa Cargill utilizados, não se constituem em base suficiente e válida para respaldar um lançamento tributário, por externar grande fragilidade quanto a possíveis equívocos de digitação ou mesmo adulteração ou má-fé; sendo, assim, nulo o Auto de Infração, por se sustentar em elementos insuficientes para uma segura demonstração do montante do débito tributário;
- III. que o voto do relator da JJF ao afirmar que as notas fiscais foram emitidas por empresas regularmente inscritas, que foram revestidas das formalidades legais e que tiveram como destinatário o sujeito passivo, não se fundamentou em elementos existentes nos autos, lançando presunções sem qualquer prova;
- IV. que dados obtidos no CFAMT e nos arquivos da Cargill não podem desconstituir ou invalidar a sua escrituração contábil e fiscal, ao ponto do autuante fazer uma “montagem do caixa”, citando Paulo de Barros Carvalho em apoio à sua tese da fragilidade dos referidos dados, bem como trecho de Decisão prolatada pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, que proveu Recurso relativo à leitura de dados pelo fisco, sem o expresse consentimento da interessada e sem ordem judicial que a suprisse;
- V. que a autuação não considerou as operações sujeitas à isenção, não incidência tributária e as situações de antecipação tributária, o que torna inseguro o montante do débito tributário exigido, afirmando que o voto do relator quanto a esta alegação defensiva foi de encontro ao decido pelo próprio CONSEF, conforme Acórdão CJP nº 0208-12/05, cuja ementa e parte do voto transcreve, cuja Decisão foi pela nulidade do Auto de Infração por incompatibilidade do roteiro de fiscalização adotado pelo autuante com o ramo de atividade do autuado;
- VI. que o autuante não identificou se dentre as operações objeto da autuação não estavam incluídas as operações registradas pelo autuado, havendo lançamentos em duplicidade, fato que torna indeterminado e inseguro o montante do débito tributário exigido;
- VII. que o autuante utilizou metodologia equivocada, pois ao identificar notas fiscais de entrada sem registro, deveria imputar a infração de falta de registro de operações de entrada e não atribuir a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, pois, desta forma, generalizou a base de cálculo, não distinguindo as operações realmente tributáveis das outras situações (operações com isenção, com redução de base de cálculo, sujeitas à antecipação tributária, devoluções, pagamentos a prazo, etc.), o que influenciou na determinação do tributo a ser exigido.

A PGE/PROFIS, em Parecer inicial de fl. 1.214, opina pela conversão do presente processo em diligência para que seja apurado o percentual das saídas com mercadorias isentas, não tributadas ou submetidas à antecipação tributária, com vistas a possibilitar a aplicação da proporcionalidade, ao argumento de que já há entendimento consolidado no CONSEF neste sentido, na exigência de ICMS por presunção.

Submetido o pedido de diligência suscitado à apreciação pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, esta, às fl. 1217, deliberou pelo encaminhamento dos autos à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda, para que fiscal diligente apure o percentual das saídas com mercadorias isentas, não tributadas ou submetidas à antecipação tributária, realizadas pelo recorrente no período fiscalizado, intimando-o a apresentar planilhas analíticas relativas às operações de entradas e de saídas e, após, apurar o percentual de participação das mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração, nas operações de entradas e, também, nas operações de saídas, expurgando-se os montantes inerentes às mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada.

Às fls. 1.219 e 1.220, consta o Parecer ASTEC nº007/2008, onde o fiscal diligente informa que se deslocou até a sede do município de Barreiras e, após a realização de duas diligências, localizou o endereço do contribuinte, porém o seu estabelecimento se encontrava fechado. Informou, ainda que foi informado pela vizinhança que os sócios da empresa poderiam ser encontrados no Supermercado Barreiras, localizado na Av. Benedita Silveira, 56, Centro, no mesmo município. Que ao chegar ao local, não foi recebido pelos sócios, mas como uma das sócias, Sr^a. Jocília Dias Brandão Malheiros tem participação societária nas duas empresas – conforme consta no documento Dados Cadastrais de fl. 1.226 - deixou uma intimação com uma funcionária – fls. 1221 - onde solicitou a entrega das planilhas analíticas a que se reporta a diligência solicitada pelo CONSEF, bem como a disponibilização dos documentos que deram suporte à sua elaboração, no prazo de 48 horas, devendo tais documentos serem entregues ao referido diligente na INFAZ Barreiras.

Por fim, informou o diligente que entrou em contato com o contador da empresa – Sr. Celso Alves de Oliveira – no mesmo dia, deixando outra intimação semelhante – fl. 1.222 - também com prazo de 48 horas, tendo sido informado de pronto pelo referido contador que a empresa não teria a mínima condição de atender ao que fora solicitado e que iria declarar este fato por escrito.

Conclui o diligente o seu Parecer informando que o contribuinte não atendeu ao que fora solicitado na intimação e nem se manifestou de qualquer outro modo, impossibilitando a diligência suscitada.

Consta às fl. 1.224, intimação da INFAZ Barreiras para que o recorrente se manifestasse quanto ao resultado revisional, com cópia do Parecer ASTEC acima citado - o que foi feito via edital, acostado às fl. 1.229 – sem que tenha havido manifestação; tendo, ainda, sido lavrada pela referida repartição fazendária, Ficha de Localização do Contribuinte – FLC.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fl. 1.230, opina pela nulidade da intimação efetuada por edital para ciência do resultado revisional, por entender ter havido ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que não houve sequer a tentativa de intimação pessoal ou por via postal, sendo a intimação através de edital uma forma de intimação ficta, que somente deve ser utilizada, quando se estiver diante da impossibilidade de intimação pessoal ou por carta. Assim, remeteu o processo à INFAZ de origem para que se efetivasse a intimação na forma sugerida.

Feita a intimação por via postal, na figura dos sócios Sr. Manoel Severino Malheiros e Sr^a Jocília Dias Brandão Malheiros, e em nome do recorrente - conforme fls. 1.233 a 1.241 – não houve manifestação por parte dos mesmos.

A PGE/PROFIS, em novo Parecer, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que as razões recursais são incapazes de elidir a presunção legal, prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, ressaltando que a diligência sugerida não pode ser concluída por culpa exclusiva do autuado que, embora regularmente intimado, não atendeu ao quanto solicitado pelo diligente revisor. Assim, colocou que não se pode confirmar a tese do recorrente de que opera com mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada, devendo prevalecer o lançamento como elaborado pelo autuante. Ressaltou que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT indicam com precisão os dados cadastrais do autuado e também fazem prova da circularização das mercadorias em território baiano, além do que descrevem mercadorias comercializadas pelo autuado, sendo jurisprudência pacífica que as notas fiscais capturadas por este sistema fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias, citando e transcrevendo algumas destas Decisões.

VOTO

Após a análise dos autos, especificamente da Decisão recorrida, da legislação pertinente e dos documentos que compõem o presente processo, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS,

entendemos que não resta dúvida de que não mereça quaisquer reparos o Julgado de Primeira Instância.

Assim, de logo devemos afastar a alegação de nulidade da autuação posto que não se vislumbra nos autos qualquer mácula que inquiere de nulidade o presente lançamento de ofício. Os documentos fiscais que lastrearam a autuação encontram-se nos autos, assim como os demonstrativos elaborados pelo autuante, e ao sujeito passivo foram dadas todas as oportunidades para sua livre manifestação, que, ressalte-se, não foram por este aproveitadas como pudemos constatar no fato da JJF ter reaberto o prazo de defesa de 30 dias para que se manifestasse quanto aos documentos fiscais capturados no CFAMT e as notas fiscais coletadas junto ao fornecedor Cargil S/A, sem que este tenha se pronunciado, bem como, já em sede de Segunda Instância, ao ser intimado em diversas oportunidades para cumprir a diligência solicitada pela PGE/PROFIS e por esta Câmara, não se pronunciando.

No mérito, a infração imputada ao sujeito passivo - omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa – encontra lastro legal, como bem ressaltou a PGE/PROFIS, no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

“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.”

Trata-se de presunção legal relativa. Portanto, admite prova em contrário do sujeito passivo, ao qual compete o ônus de elidi-la. Ônus do qual, como visto, não se desincumbiu o recorrente. Aplicando-se, assim, o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, abaixo reproduzidos:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

A infração em tela, apurada nos exercícios de 2001 a 2005 – está devidamente comprovada como se verifica dos Demonstrativos de Origens e Aplicações de Recursos - DOAR, elaborados pelo autuante e referentes aos exercícios objeto da autuação, onde está demonstrado que ao se adicionar às aplicações, os pagamentos a fornecedores não declarados, apurados mediante confronto entre as notas fiscais colhidas pelo Sistema CFAMT/SEFAZ e o declarado pelo contribuinte, detectou-se a ocorrência de saldos credores na conta caixa, o que leva à presunção legal de omissão de saídas de mercadorias. Para os exercícios de 2004 e 2005 o autuante também considerou as notas fiscais de fornecedor, cujos dados foram capturados de arquivos magnéticos fornecidas pela Repartição Fazendária, tudo perfeitamente demonstrado e comprovado nos autos. Ressalte-se, ainda, que na forma do art. 408-S do RICMS/9, tendo em vista que o sujeito passivo encontrava-se enquadrado no Regime SimBahia, na condição de Empresa de Pequeno Porte, foi concedido o crédito presumido de 8% na apuração do imposto devido.

Registre-se, ainda, que corretamente a JJF reduziu o quantum originariamente lançado em relação ao exercício de 2005, já que as Notas Fiscais nºs 188739, 189011, 189315, 189729, 189730, 190003 e 190279, emitidas pela fornecedora do sujeito passivo Cargill Agrícola S. A., como tiveram seus vencimentos em janeiro do ano seguinte – 2006 – representam Recursos que somente foram aplicados no exercício seguinte ao lançamento.

Devemos, ainda, registrar que a Decisão citada pelo recorrente em sua peça recursal – Acórdão CJP nº 0208-12/95 - não se aplica ao caso em apreço, primeiramente porque a autuação teve como sujeito passivo uma empresa revendedora de motocicletas, produto sujeito à substituição tributá-

ria pelo fabricante/industrial ou pelo importador, portanto sendo neste caso de fato incompatível o roteiro aplicado – hipótese diversa do recorrente, que comercializa produtos alimentícios, que têm diversos tratamento tributários - e, segundo, à época dos fatos geradores daquela autuação e do julgamento efetuado, ainda não estava em vigor a Instrução Normativa nº 56/07, que disciplinou a aplicação da proporcionalidade na exigência em tela.

Registre-se, ao final, que o próprio sujeito passivo frustrou a aplicação da proporcionalidade na exigência fiscal, ao não atender às intimações feitas pela Assessoria Técnica deste CONSEF, para que apresentasse as planilhas com suas operações de saída e de entradas, para que fosse aferido o percentual de saídas de mercadoria com tributação normal em sua atividade, excluindo da base de cálculo do ICMS lançado, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, cabendo, portanto, ao contribuinte autuado apresentar os dados e informações das suas operações mercantis que permitisse ao diligente da ASTEC apurar tal percentual e efetuar o cálculo da proporcionalidade.

Do exposto, caracterizada a infração, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epígrafado.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **278906.0036/06-8**, lavrado contra **BRANDÃO MALHEIROS COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (SUPERMERCADO BARREIRAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$545.043,19**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS