

A. I. Nº - 055862.0019/11-9
AUTUADO - M.T.S.S. MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - EREMITO GONÇALVES DE ROMA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET 30.08.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-05/11

EMENTA: ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Em face da constatação da existência, no Passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizados e, por conseguinte, sem pagamento do imposto, a menos que seja feita prova da insubsistência da presunção. No presente caso, o impugnante apenas alegou que estaria juntando os elementos comprobatórios da improcedência da presunção, contudo, nada apresentou. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2011, exige ICMS no valor de R\$13.915,48, através da única infração com multa de 70%: “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações pagas ou inexistentes*”, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa de fls. 36/53, alega que o autuante não demonstrou de modo claro a forma como chegou à conclusão de passivo fictício, já que não apresenta provas suficientes da infração, haja vista que apenas traz uma planilha detalhando, por mês, os números de documentos supostamente pagos e não baixados.

Destaca que a imputação do passivo fictício é uma presunção *juris tantum* de ocultação de receitas tributáveis, o que merece a máxima cautela ao realizar a ação fiscal, haja vista que apenas a existência de documentos supostamente pagos e não baixados, embora possa presumir a ocorrência de passivo fictício, não gera, por si só, a efetiva omissão de receita tributável, tendo em vista que, a empresa obteve receitas outras que não apenas de venda de mercadorias tributáveis, conforme se verifica através dos Extratos Bancários, em anexo (Doc 03). Tal fato seria facilmente esclarecido, se o autuante tivesse intimado o contribuinte para informar o que de fato havia acontecido.

Destaca que o fiscal utilizou método de apuração inconsistente, que não define, com certeza, a existência de passivo fictício nem faz sua prova, mas que houve na verdade, um mero descumprimento de obrigação acessória, vez que houve ingresso de receitas provenientes de empréstimos, com os quais foram pagas diversas duplicatas, entretanto, não foi dado baixa nas contas pagas o que, certamente, autoriza a cobrança do ICMS por, supostamente, ter mantido no passivo obrigações já pagas, fato que apenas denota o descumprimento de obrigação acessória e não descumprimento de obrigação principal com a falta de pagamento do imposto.

Disse que a fiscalização desconsiderou ainda que, diversas mercadorias foram adquiridas com o imposto pago por substituição tributária pela remetente, o que enseja a aplicação da Instrução Normativa nº 56 para que seja aplicada a proporcionalidade. Ainda, deve ser levado em

consideração que nas mercadorias originadas da indústria devem ser aplicada a redução de 50%, tendo em vista que deve vigorar a verdade material.

Pede a nulidade ou a improcedência da ação fiscal pelos motivos de fato e de direito seguintes:

Cita o art. 2º, do RPAF, e destaca que é assegurado aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal, deve prevalecer os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Aduz que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN, quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*, por isso, que a JJF, ao decidir sobre lavratura de Auto de Infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador, devido à proibição da dupla tributação (*no bis in idem*).

Afirma que o autuante se equivocou ao imputar ao autuado a suposta infração exigindo o pagamento do ICMS sob o argumento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas, contrariando o princípio da verdade material, vale dizer, não observa de maneira mais detida a realidade dos fatos, vez que assim tivesse agido perceberia que nem todas as receitas obtidas no período decorreram de venda de mercadorias tributáveis, haja vista os empréstimos obtidos junto a estabelecimentos bancários já citados anteriormente.

Verificou, ainda, que se o autuante tivesse feito uma análise mais apurada perceberia que o imposto exigido já tinha, há muito, sido pago pela remetente, ou como dito acima, são isentas ou com base de cálculo reduzida, fato que, deve ser visto a fim de que o contribuinte pague o que efetivamente é devido.

Transcreveu decisões do CONSEF/BA: Acórdãos nºs JJF 0083-01/02, CJF 0894/01 – Auto de Infração nº 298621.0015/01-8.

Diz que é enquadrado no regime do SimBahia, ao adquirir mercadorias isentas, com o ICMS pago por antecipação ou por substituição tributária, têm o direito de ter deduzido da receita a ser tributada o valor da receita referente a tais mercadorias, a fim de que seja obedecido o princípio da não-cumulatividade nos termos da Constituição Federal.

Alega cerceamento do direito de defesa por falta de apresentação das provas em que se funda a suposta infração, logo, cita o art. 41, II, do Decreto nº 7.629/99, do RPAF e disse que o autuante se limitou a apresentar demonstrativos dos meses fiscalizados contendo apenas relação de notas fiscais com data de emissão e de supostos pagamentos com a observação de que não tinham sido baixados e que, portanto, continuaram no passivo, para presumir a omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Sustentou que, em momento algum foi informado como foi feita a apuração, quais contas foram fiscalizadas e quais seriam os suportes de caixa dos períodos fiscalizados, para ter ensejado a imputação de passivo fictício, com a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis para assim poder se defender da suposta infração.

Transcreve doutrina de Vitor Faveiro e de Ives Gandra da Silva Martins quanto à importância da prova documental, e volta a transcrever julgados do CONSEF no intuito de sustentar o seu entendimento (Acórdão nºs JJFs 0085-04/09 e 0246-01/09, CJFs 0212-12/08 e 0369-04/02).

Reitera que o passivo fictício, supostamente encontrado, não passa de presunção *juris tantum* que nada tem haver com a obrigação de pagar o ICMS, ou seja, nada reflete na obrigação principal vez que todas as vendas efetuadas foram oferecidas à tributação através da DMA, em anexo (Doc 04), bem como já tiveram o imposto pago conforme se verifica nos DAE's de antecipação devidamente pagos, em anexo (Doc 05).

Reitera que o autuante se equivocou vez que a receita com a qual efetuou os pagamentos das obrigações listadas nos demonstrativos são provenientes de empréstimos e não decorrentes de venda mercadorias, conforme documentos acostados ao PAF.

Volta a transcrever jurisprudências do CONSEF em vistas das provas apresentadas (Auto de Infração nº 2070950122086 – Acórdão CJF nº 0071-11/11 e Auto de Infração nº 2070951229046 – Acórdão nº 0149-04/05), ainda, transcreve trecho do Acórdão CJF nº 0072-12/02, no qual concluiu que a improcedência do Auto de Infração é, de fato, comprovada, vez que, embora tenha havido manutenção no passivo de obrigações já pagas e não baixadas, não prova a omissão tendo em vista que a empresa possuía receitas de fontes comprovadas para fazer frente aos pagamentos não contabilizados, fato este perfeitamente comum quando do descumprimento de obrigações acessórias.

Requer a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal de fls. 127/128, e informa:

- a) Quanto ao questionamento do material que serviu de base para lavrar o Auto de Infração, os demonstrativos são auto-explicativos, montados com os dados e valores levantados das notas fiscais de compras da empresa, onde constam as duplicatas com os valores e as datas de pagamentos, parceladas ou à vista, confrontados com o livro Caixa.
- b) Na questão de que o contribuinte comercializa mercadoria sujeita a substituição e antecipação tributária, foi constatado o pagamento de antecipação parcial o que não encerra a fase de tributação, substituição tributária não houve nem mesmo foi anexada os seus DAEs.
- c) No reconhecimento do contribuinte em relação às mercadorias constantes das notas fiscais elencadas nos demonstrativos foram pagas com receitas levantadas na rede bancária, com o reconhecimento e a manutenção no passivo de obrigações já pagas, porém pede tratamento de descumprimento de obrigações acessórias, o que vai de encontro ao que determina o RICMS que trata de obrigação principal.
- d) Quanto à documentação comprobatória apresentada, do não-cometimento do ilícito tributário: Cópia de Extratos Bancários, Cópias de DMAs e Cópias dos DAEs de Antecipação pagos, a documentação acostada é paupérrima, não acrescenta nada à defesa, faz prova em favor do fisco, como é o caso dos DAEs pagos e não baixados do passivo. Acrescenta que foi concedido o crédito presumido de 8%, em função da sua opção pelo sistema simplificado de tributação, e no período considerado não se creditou de nenhum crédito tributário. É uma defesa para protelar o pagamento do imposto devido.

VOTO

Inicialmente constato que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório. Ademais, o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativas elaborados pelo autuante, que se encontram nas fls. 7 a 24 do PAF. Inexistem vícios ou falhas que iniquem de nulidade o Auto de Infração, portanto, incorre qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No mérito, a infração aponta o cometimento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações pagas ou inexistentes, detectado mensalmente, conforme demonstrativos de fls. 7 a 24 do PAF.

Em decorrência da constatação de existência no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizados,

e, por conseguinte sem pagamento do imposto, a menos que seja feita a prova da insubsistência da infração.

A presunção legal em comento encontra-se prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

“Art.4º. (...)

(...)

§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 uma presunção relativa, portanto, cabe ao sujeito passivo da relação tributária, querendo, apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a presunção.

Verifico que o autuante realizou o levantamento com base nas demonstrações contábeis do contribuinte, sendo possível constatar, especialmente no seu livro Caixa, a existência de um passivo, em especial a apuração de notas fiscais, mensalmente, que já tinham sido pagas mas mantidas como em aberto.

Constato que, efetivamente, os valores registrados pelo contribuinte em seus registros contábeis, confirmam a assertiva do autuante, de que foram mantido em aberto, obrigações já pagas o que denota a presunção de que houve saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Quanto à alegação de que o contribuinte comercializa com mercadorias cujo imposto já teria sido pago antecipadamente, por estarem enquadradas na substituição tributária, não restou comprovado este fato, mormente quando o autuante verificou que somente ocorreu o pagamento de antecipação parcial, e nenhum de mercadorias por substituição tributária.

Outrossim, os demonstrativos acostados ao PAF, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo são auto-explicativos, estão preenchidos de forma clara e apontam as notas fiscais e duplicatas que já estavam pagas, mas cujos pagamentos não estavam lançados no livro Caixa.

Portanto, por se tratar à acusação fiscal de uma presunção relativa, cabe ao sujeito passivo provar a improcedência da presunção, certamente, apresentando todos os elementos de provas que disponha e não simplesmente alegar que estaria juntando os elementos comprobatórios da improcedência da presunção.

Contudo, os documentos trazidos pela defesa, tais como os extratos do Banco do Brasil, fls. 31 a 53, não comprovam que estes empréstimos foram utilizados para os pagamentos dos valores que sem encontram em aberto na contabilidade, e foram autuados. Portanto, não há comprovação da existência de uma conta especial, para os empréstimos, vinculando-os aos valores autuados.

Ressalto que foi concedido o crédito presumido de 8%, por se tratar de empresa inscrita no regime do Simbahia. (art. 408 - S, § 1º do RICMS/BA).

Na realidade, limitou-se o impugnante a rechaçar a autuação de forma genérica, ou seja, não apontou ou identificou através de levantamentos, demonstrativos ou documentos, os equívocos porventura incorridos pelo autuante, apenas afirmando que a documentação anexada comprovaria a existência correta do passivo.

Certamente, não observou o impugnante à determinação contida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, precisamente no seu art. 123, abaixo reproduzido:

“Art. 123. É assegurado 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.”

Diante do exposto, considero a infração integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **055862.0019/11-9**, lavrado contra **M.T.S.S. MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.915.48**, 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, 18 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR