

**A. I. N° - 206882.0401/08-0**  
**AUTUADO - DISTRIUBIDORA BAHIANA DE BATERIAS LTDA.**  
**AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES**  
**ORIGEM - INFAZ ATACADO**  
**INTERNET - 11.04.2012**

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0056-02/12**

**EMENTA:** ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não acolhida a arguição de nulidade. Efetuadas as correções no levantamento, com base no cálculo da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2008, foi imputado ao sujeito passivo a omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 2003 e 2004. ICMS no valor de R\$66.130,00, com multa de 70%.

O autuado, às fls. 917 a 934 dos autos, afirmando que já sofreu fiscalização para apurar eventuais omissões do seu estoque, através do levantamento quantitativo tendo sido apenas imputado multa no valor de R\$ 50,00. Apresenta cópia do AI numero 110188.0003/05-7.

Aduz que observados os DAE's e documentos, objeto da tributação antecipada do ICMS e as notas fiscais equivalente, haverá o correto cruzamento dos números recolhidos.

Argumenta que os dados de seus estoques já foram verificados e todos os seus recolhimentos antecipados confere com as notas fiscais emitidas, é uma afronta à lei a bi-tributação.

Entende se há alguma irregularidade é na emissão de notas fiscais cabendo multa fixa.

Arguindo a ilegalidade da tributação sobre as movimentações financeira, aduz que a Regra-Matriz do imposto relativo Circulação de Mercadorias e Serviços tem sua fundamentação na Constituição Federal de 1988, art. 155, II.

Entende que, como princípio geral de direito tributário, somente pode ser tratado em face de Lei Complementar, assim, a regra-matriz do ICMS, com base na Lei Complementar nº 87/96 define o fato gerador do imposto.

Com relação ao fato gerador do imposto, alude que, segundo a regra constitucional a ênfase se dá na operação de circulação física e econômica com transferência de titularidade, e não na mera movimentação financeira.

Destaca que somente a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS.

Afirma que a documentação acostada comprova os empréstimos pessoais efetuados.

Descreve a composição societária na qual o Sr. Antonio José Marcelino detém 91% do capital social, afirmando anexar declaração do Imposto de Renda do mesmo para demonstrar as operações alegadas (doc. 05)

Traz aos autos extratos bancários do Banco HSBC, para demonstrar a movimentação financeira do numerário e os registros contábeis das transferências no Razão analítico de 2003 e 2004, bem como os respectivos contratos de mútuo que, segundo ele, embasam tais operações (doc. 06, 07 e 08). Entende que os elementos trazidos afastam a exigência ora em lide.

Apresenta como amostragem cópia do livro Razão de 2003 e 2004, indicado as movimentações bancárias e os empréstimos contraídos com o aludido sócio, bem como extratos bancários que entende validar tais operações.

Repete a análise para o mês de maio de 2003 e outubro de 2004.

Entende que se está tributando a movimentação financeira, destacando que o Ministério da fazenda afirma que havendo contrato de mútuo, não há que se falar em suprimento de caixa sem a devida comprovação, conforme acórdão 133588 da Sexta Câmara.

Pugna pela juntada dos demais documentos se necessário.

Argui que de acordo com o art. 42, III da Lei 7014/96, conclui-se que eventual falta de declaração ou inexatidão desta, por si só, não enseja aplicação da multa de 70%, decorrente de presunção da administração pública de ato fraudulento, segundo jurisprudência do STJ, afirma que a simples falta de pagamento do tributo não caracteriza infração legal, muito menos imediata presunção de fraude.

Entende que com base na Lei 4.502/64, para aplicação da multa pretendida pela fiscalização é preciso que o contribuinte tenha praticado conluio ou fraude.

Apresenta para lastrear suas arguições decisões da 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes, bem como da 3ª e 8ª.

Frisa que se alguma informação equivocada houve, cabe multa por descumprimento de obrigação acessória.

Entende ser extorsiva a multa, trazendo ensinamentos de Sacha Calmon, e ampara no art. 150, IV da CF.

Conclui que o suprimento de caixa de origem não comprovada é originário do empréstimo concedido ao autuado pelo sócio Dr. Antonio José, não havendo saídas tributáveis; que a fiscalização pretende tributar movimentação financeira; que eventual irregularidade, como falta de emissão de nota fiscal, mas nunca em bi-tributação do ICMS, uma vez que recolheu integralmente o imposto estadual de forma antecipada;; que não se justifica a multa de 70%, uma vez que eventuais equívocos não se deram por fatos fraudulentos.

Pede a improcedência da automação, bem como a necessidade do processo ser baixado em diligência para que o autuante possa refazer a escrita e contatar efetivamente os empréstimos realizados.

O autuante, às fls. 1045 e 1046, apresenta a informação fiscal afirmando que o autuado apenas anexa recibo como se a empresa estivesse pagando reembolso ao sócio credor da importância emprestada. Aduz que tal documento não traz qualquer tratamento legal que justifica a sua efetividade ou repercussão na escrita contábil, requisito essencial para caracterizar o empréstimo para fins de lançamento fiscal e contábil. Assim, ratifica o lançamento.

A 2ª JJF, à fl. 1049, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que o diligente designado analisasse os documentos apresentados relativos aos contratos de mútuos argüidos pelo autuado, requisitando do mesmo as provas que entender necessárias para a comprovação da legitimidade e efetiva implementação dos aludidos contratos.

O diligente, às fls. 1051 a 1052, apresenta parecer afirmando que, após intimação o autuado apresenta os seguintes documentos:

*1 – extrato do banco HSBC informando um saldo devedor no final do exercício de 2002, nos valores de R\$ 16.872,78 e R\$ 18.906,74, fls. 1070, totalizando o valor de R\$ 35.779,52;*

*2 – extrato do bando HSBC informando um saldo devedor no final do exercício de 2003, nos valores de R\$ 14.551,79 e R\$ 14.745,81, fls. 1071, totalizando o valor de R\$ 29.297,00;*

*3 – extrato do bando HSBC informando um saldo devedor no final do exercício de 2004, nos valores de R\$ 939,92 e R\$ 29.935,25, fls. 1072 e 1075, totalizando o valor de R\$30.875,17;*

*4 - extrato do bando HSBC informando um saldo devedor no final do exercício de 2005, no valor de R\$ 12.236,00;*

*5 - declaração de imposto de renda, referentes aos exercícios de 2002, fls. 1080, 2003, fl. 1086 e 2004 fls. 1089, confirmando a declaração dos saldos bancários devedores nos valores de R\$ 35.779,52, R\$ 29.297,60 e R\$ 30.875,17.*

Conclui o diligente que, da análise dos documentos, que não há qualquer relação entre os valores dos saldos devedores bancários do sócio com os valores dos empréstimos declarados pelo autuado em seus registros contábeis, pelos seguintes motivos:

*1 - o contrato de mútuo, fl. 1037, estabelece claramente que o “suprimento far-se-á segundo as necessidades de caixa da MUTUARIA mediante cheque, moeda corrente ou transferência bancária, comprovada por recibo do caixa.”*

*2 - os valores dos empréstimos escriturados pelo autuado são bem maiores do que os valores dos saldos devedores do sócio, a saber: R\$ 249.000,00 em 2003 e R\$ 140.000,00 em 2004;*

*3 - não foi apresentado nenhum extrato bancário do sócio, relacionando-os com valores dos empréstimos na conta bancária do autuado, para comprovar as transferências ou depósitos dos respectivos valores dos empréstimos nas respectivas datas registradas na escrita contábil do autuado, como demonstradas às fls. 09 e 10 pela autuante, e que foram extraídas da escrita contábil.*

Assegura que não ficou comprovada a legitimidade dos empréstimos declarados pelo autuado em sua escrita contábil.

Consta às fls. 1056 e 1057 o pedido de prorrogação do prazo para atender a intimação do diligente.

O autuado, às fls. 1062 a 1069, apresenta mais uma manifestação, reproduzindo o corrido até o presente momento nos autos, passando a fazer suas considerações relativas ao parecer do diligente da ASTEC/CONSEF.

Entende que os argumentos da fiscalização não merecem prosperar, tendo em vista que o suprimento de caixa de origem não comprovada refere-se a movimentações financeiras, necessárias ao capital de giro da empresa, ademais a premissa da fiscalização em querer entender que tais omissões seriam passíveis de tributação pelo ICMS é totalmente descabida, uma vez que a autuada realizou todos os recolhimentos de ICMS, a título de antecipação tributária, conforme será comprovado a seguir.

Alude que objetivando o esclarecimento dos fatos, a defendente ratifica que todos os empréstimos feitos pelo mutuante tiveram sua origem em empréstimos bancários, Crédito Pessoal, realizados com o Banco HSBC Bank Brasil S/A, devidamente demonstrados nos termos dos informes de rendimentos dos anos calendários de 2002, 2003 e 2004.

Assegura que o Dr. Antônio José Marcelino, dona da empresa, promove operações de mútuo em seu nome, no sentido de auxiliar a sua empresa, no sentido de suprir seu caixa em determinados momentos, quando há necessidade face à complexa dinâmica do mundo financeiro.

Consiga mesmo não estando os valores minuciosamente corretos, conforme aludido o aludido parecer, não pode desconsiderar tais documentos que, ainda que insuficientes demonstram a operação de mútuo realizada, mais não é só, resta inconteste que inexistente a presunção de omissão de receita, posto que toda a mercadoria comprada pela defendente na consecução do seu objeto social, qual seja: vendas de baterias automotivas, sofre antecipação tributária.

Entende que a desconfiança do nobre Fiscal não foi abalizada por qualquer constatação de diferença de estoque, verificada em levantamento físico-quantitativo que pudesse justificar a tese de saída da mercadoria sem a correspondente emissão de nota fiscal.

Ressalta que a manifestante, já sofreu fiscalização Estadual, para apurar eventuais omissões no levantamento de seu estoque, sendo que na oportunidade da infração, alcançou somente ínfimos R\$ 50,00, conforme demonstrado pelo termo de fiscalização anteriormente anexado.

Volta a alegar que o ICMS não incide sobre mera movimentação financeira.

Passa a discorrer sobre presunção aduzindo que a presunção resulta de um processo mental, cujo ponto de partida é um fato certo da experiência cotidiana que conduz a um outro, cuja existência é, logicamente, provável. A relação entre o fato conhecido e o fato desconhecido carece da lógica, ou seja, de nexo. Há de ter amparo na razão, criando barreiras para excessos quanto ao fato desconhecido.

Faz alusão o princípio da legalidade, ressaltando que, para a tributação, necessário se torna, a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de Princípio da Verdade Material.

No caso *in comento*, afirma que a presunção da suposta omissão, frise-se, totalmente improcedente, é ainda infundada, posto que analisando os fatos e os documentos, resta claro que a presunção seria favorável à autuada.

Aduz que a análise das Notas Fiscais e DAE's de pagamento, já mencionada, comprova que todas as mercadorias faturadas foram tributadas, inclusive homologadas pela fiscalização quando da auditoria do estoque realizada, não havendo que se falar em suprimento de caixa de origem não comprovada e que a tributação dos valores recebidos a título de empréstimo pela Autuada, vem em completa inobservância do quanto firmado na legislação pertinente, inclusive por tais mercadorias estarem sujeitas ao recolhimento antecipado.

Pede a improcedência da Autuação.

A 2ª JJF, em pauta suplementar, à fl. 1115, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que o diligente indicado, verifique se são pertinentes as afirmações do autuado e calcule, se for o caso, com base nas saídas do exercício fiscalizado, a proporcionalidade (percentual) entre as mercadorias sujeitas à tributação e as com a fase de tributação encerrada ou simplesmente não sujeitas à tributação, tendo em vista o que dispõe a Instrução Normativa Nº 56 /2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007, refazendo os respectivos demonstrativos aplicando o percentual de proporcionalidade apurado em relação às mercadorias tributadas.

A ASTEC/CONSEF, às fls. 1118 a 1121, apresenta o parecer afirmando que embora não tenha sido possível a realização de vistas “*in loco*” pelo fato de que o contribuinte encerrou atividades e não foi localizado, foi possível realizar a diligência pelos documentos apresentados pela advogada do contribuinte, Dra. Cristina Trocoli, à exceção do mês de janeiro de 2003, que ficou sem base documental para o cálculo, e assim foi mantido nesta diligência o valor originalmente reclamado no auto de infração, atribuindo-se o percentual de 100%. Afirma que para os outros meses foi aplicado o percentual tributável encontrado nos documentos fiscais, conforme consta das planilhas 119 a 1121. Apresenta um novo demonstrativo de débito mensal relativo aos meses alvo da exigência, à fl. 1121, concluindo por um valor ajustado após a aplicação da proporcionalidade de R\$6.733,22.

O autuado, às fls. 1204 a 1208 dos autos, após intimado, informa que os documentos fiscais necessários à comprovação do quanto perquirido pela ASTEC através do Sr. Ildemar José Landin, em 18/10/2010, se encontram na sede do escritório signatário da presente, na Av. ACM, 3247, Edf. Emp. Delta, salas 901/2902, Parque Bela Vista de Brotas, Salvador – BA, para a devida vistoria e análise desta Especializada, donde se concluirá pela inoccorrência de qualquer omissão dada a comercialização unicamente de baterias que estão sujeitas a antecipação tributária, não havendo que se falar em débito de ICMS a ser exigido neste auto.

Intimado a se manifesta sobre a diligência, com reabertura do prazo de defesa, o autuado, às fls. 1248 a 1255, afirma que A autuada foi cientificada, em 24 de março de 2011, da Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, para opor defesa no prazo de 30 dias, tendo em vista as informações contidas e valores apontados no parecer técnico de emissão da ASTEC.

Alinha que o termo final desta Impugnação dar-se-ia no dia 23/04/2011, sábado, razão pela qual o prazo derradeiro, passaria a ser no primeiro dia útil seguinte, 25 de abril de 2011. Isto porque, o

art. 5º do Decreto 70.235/72 expressamente afirma a continuidade dos prazos para impugnação e/ou recurso, assim como o art. 184 e parágrafos do CPC em vigor corroboram com este entendimento, logo se verifica que a data limite para ser considerada tempestiva a presente manifestação é mesmo o dia 25/04/2011.

Argumenta que, após efetuar a diligência o diluente da ASTEC/CONSEF concluiu pela comercialização unicamente de baterias e encontrando raras notas fiscais referentes à “sucata de baterias” referentes aos meses de fevereiro de 2003 em diante, visto que não foram apresentados documentos pertinentes a janeiro de 2003.

Alinha que o referido Auditor da ASTEC, levantou a proporcionalidade da movimentação das mercadorias tributadas, não tributadas, isentas e outras, calculando um percentual mensal de comercialização de mercadorias de tributação normal, apresentando demonstrativo, onde haveria importo a reclamar da ordem de R\$ 6.733,22.

Destaca que somente R\$ 6.290,00, seriam relativos à tributação integral do mês de janeiro de 2003, que, pela ausência de documentos teve mantido em sua integralidade, o valor reclamado. No que tange ao demais meses, foi aplicado percentual tributável encontrado nos documentos fiscais, tendo, portanto, alterado o demonstrativo fiscal.

Argui que, em que pese o acerto do fiscal no que tange aos demais meses, aplicando-se proporcionalmente as saídas de tributação normal, verificados com base na amostragem dos documentos apresentados, não concorda a Autuada com a manutenção do percentual de 100% para o mês de janeiro, que não poderá ser aplicado, em absoluto, pelo fato de não lhe ter sido apresentada documentação para este período, em arrepio aos princípios da razoabilidade e da busca da verdade material que não autorizam tal conclusão.

Alude que, ao exercer a fiscalização, restou comprovada a ausência de qualquer irregularidade, tanto quanto ao produto comercializado pela empresa, quanto à omissão de saída de mercadorias tributáveis, como mesmo se vê o levantamento de estoque realizado tempos antes por outro fiscal desta Secretaria, constante dos autos. Complementa que tal constatação resta ainda evidenciada no próprio parecer da ASTEC nº 212/2010, que assim afirma: “Nesta oportunidade, foram apresentados documentos que provam que houve auditoria de estoque em aberto em 2004 e 2005 (sic), inclusive um auto de infração com aplicação de multa formal, em que se atesta que não houve movimentação de nenhuma outra mercadoria além de baterias automotivas”.

Consigna que, neste sentido, pode-se afirmar que a probabilidade de exatamente no mês de janeiro de 2003, haver alguma irregularidade no estoque da empresa, e que toda a movimentação realizada seria passível de tributação normal, é no mínimo afastar todas as conclusões e evidências constantes deste Processo Administrativo, e ir de encontro com os levantamentos realizados pelas fiscalizações anteriores, onde nunca restou constatado qualquer omissão do seu estoque sendo este unicamente de baterias.

Repete que em fevereiro de 2004 foi realizada Auditoria de estoque referente ao período de 2003 e 2004, onde se chegou a conclusão que a atividade da empresa resume-se na exclusiva comercialização de baterias automotivas, sendo, a manutenção do percentual de 100% para o mês de janeiro de 2003 verdadeiro equívoco a ser reparado por este Conselho.

Entende comprovado que :

- a) *A Autuada comercializava unicamente com baterias automotivas;*
- b) *Que as baterias automotivas tem tributação do ICMS antecipada, não havendo que se falar em omissão de saída;*
- c) *Que os únicos outros produtos constantes das notas fiscais levantadas se referem a sucatas de baterias que, por força de determinação do CONFAZ , CONVENIO 27/05, são isentas nas saídas ao fabricante, como se verá adiante.*

Considera que se deve rever a autuação, ainda neste particular, para afastar qualquer imputação de débito de ICMS para o mês de janeiro de 2003, pelos fatos e elementos constantes dos autos,

que não autoriza outra conclusão, cabendo a este Conselho retificar a autuação afastando também o valor de R\$6.290,00, pode ser de justiça e direito.

Traz o disposto no Convenio Confaz 27/05 para comprovar a isenção nas saídas de pilhas e baterias usadas.

Aduz que, o auditor da Astec, efetivamente verificou saídas de sucatas de baterias, tendo em vista a obrigatoriedade definida pelo CONAMA e regulamentada pela CONFAZ, de recebimento e repasse desses materiais, mas que nunca podem ser considerados como mercadorias/produtos tributáveis. Primeiro porque imprestáveis para o uso do estabelecimento; segundo porque não ocasionou qualquer geração de circulação econômica para o Autuado, afastando a incidência do ICMS pelo inadimplemento de um dos elementos da sua hipótese de incidência; terceiro porque isento do ICMS, como mesmo define o Convênio supra referenciado, que ainda que editado em 2005, apenas vem a ratificar a impossibilidade de incidência do imposto sobre tais movimentações de sucata, cuja tributação nos percentuais indicados pelo diligente, deverão ser afastados, porque impossível a sua tributação.

Considera, por tudo exposto, não haver a omissão de saída de mercadorias, bem como não persistir razão que justifique aplicação do percentual tributável de 100% referente ao mês de janeiro/2003, uma vez que a ausência de documentos não é causa ensejadora de cobrança de ICMS, em especial quando constatado em todos os outros meses a comercialização de baterias tão somente. Complementa que as demais operações com as sucatas de baterias, recebidas dos consumidores finais e encaminhadas aos fabricantes, pelo Autuado, não são passíveis de tributação como mesmo demonstra o Convênio 27/05 e Ajustes, visto que decorrente de obrigação legal e não de efetiva circulação econômica de mercadoria, devendo ser afastada qualquer tributação neste sentido.

O autuante, às fls. 1259 e 1260, apresenta nova informação, após ciência da manifestação do autuado, concordando com o parecer da ASTEC/CONSEF, opinando pela procedência parcial do Auto de infração.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a imputação ao sujeito passivo de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 2003 e 2004.

As arguições do autuado de que não há legalidade no lançamento ou mesmo não se obedeceu ao princípio da verdade material, são descabidas, pois foi obedecido o devido processo legal, a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, bem como a busca da verdade material esta consubstanciada, inclusive, nas duas diligências efetuadas por Auditores estranhos ao feito, que resultaram, inclusive, em substancial redução do valor exigido não restando mais dúvidas para o convencimento dos julgadores. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Assim, não há como considerar nulo o presente lançamento.

Verifico, preliminarmente, que em relação às arguições do autuado de que já efetuou os pagamentos antecipados das mercadorias que adquire, bem como o suprimento de caixa de origem não comprovada, apurado pelo autuante, se deu em virtude do empréstimo do sócio Sr. Antonio José Marcelino, essa 2ª JF, em pauta suplementar determinou diligência para que o auditor fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF, para que o diligente designado analisasse os documentos apresentados relativos aos contratos de mútuos argüidos pelo autuado, requisitando do mesmo as provas que entender necessárias para a comprovação da legitimidade e efetiva implementação dos aludidos contratos e quanto as mercadoria com imposto pago antecipadamente, além de calcular e aplicar os percentuais de proporcionalidades, conforme previsto na instrução Normativa 56/2007.

Quanto ao empréstimo do aludido sócio conclui o diligente, assim como esse relator, pela não legitimidade dos empréstimos em lume, pois, conforme análise dos documentos, não há qualquer relação entre os valores dos saldos devedores bancários do sócio com os valores dos empréstimos declarados pelo autuado em seus registros contábeis, pelos seguintes motivos:

- 1 – o contrato de mútuo, fl. 1037, estabelece claramente que o “suprimento far-se-á segundo as necessidades de caixa da MUTUARIA mediante cheque, moeda corrente ou transferência bancária, comprovada por recibo do caixa.”*
- 2 – os valores dos empréstimos escriturados pelo autuado são bem maiores do que os valores dos saldos devedores do sócio, a saber: R\$ 249.000,00 em 2003 e R\$ 140.000,00 em 2004;*
- 3 – não foi apresentado nenhum extrato bancário do sócio, relacionando-os com valores dos empréstimos na conta bancária do autuado, para comprovar as transferências ou depósitos dos respectivos valores dos empréstimos nas respectivas datas registradas na escrita contábil do autuado, como demonstradas às fls. 09 e 10 pela autuante, e que foram extraídas da escrita contábil.*

Quanto à aplicação da mencionada proporcionalidade, verifico que o diligente afirma, em seu parecer, que, embora não tenha sido possível a realização de vistas “in loco” pelo fato de que o contribuinte encerrou atividades e não foi localizado, foi possível realizar a diligência pelos documentos apresentados pela advogada do contribuinte, Dra. Cristina Trocoli, à exceção do mês de janeiro de 2003, que ficou sem base documental para o cálculo. Concordo com o diligente quando afirma que, diante de tal fato, foi mantido o valor originalmente reclamado no auto de infração, atribuindo-se o percentual de 100%, ou seja, do total tributável. As afirmações do contribuinte, inclusive quanto à fiscalização anterior, sem a apresentação das notas fiscais, não oferecem materialidade para mudar esse fato. Em relação aos demais meses, cabe acolher os percentuais tributável encontrado pelo diligente e acolhidos pelo autuante nos documentos fiscais, conforme consta das planilhas 119 a 1121.

Apresenta o diligente um novo demonstrativo de débito mensal relativo aos meses alvo da exigência, à fl. 1121, com o qual concordo em sua integralidade, concluindo por um valor ajustado, após a aplicação da proporcionalidade, de R\$ 6.733,22.

Consigno que o suprimento de caixa de origem não comprovada, apurado permite a presunção de omissão de saídas de mercadorias, que não foi elidida, não cabendo a arguição de que há bi-tributação, visto que não demonstra o autuado que tais omissões foram relativas às mercadorias cujo imposto pagou antecipadamente, cabendo para tanto o cálculo da proporcionalidade aplicado, bem como não cabe a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, na medida em que se apurou o descumprimento de uma obrigação principal, cuja multa deve corresponder a aludida obrigação descumprida, incidente, portanto, sobre o imposto devido.

Verifico, também, que, em dissonância com a arguição defensiva, não houve, no presente caso, tributação sobre operação financeira, uma vez que foi exigido o ICMS relativo à presunção de omissão de saída, não elidida, prevista no inciso II, §4º do art. 4º da Lei 7014/96 e não foi legitimada operação de empréstimo alegada pela defesa.

Destaco que a multa de 70%, ora aplicada pelo autuante, prevista no art. 42, III da Lei 7014/96, considera atos fraudulentos a apuração de suprimento de caixa de origem não comprovada, não cabendo a aplicação da Lei 4.502/64, que, além de ser uma Lei que regulava um imposto, não mais existente, de competência Federal, não se aplica ao imposto de competência estadual, por todas as razões previstas constitucionalmente quanto à competência tributária dos entes federativos.

A arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar

Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Quanto à alegação do impugnante de que já sofreu fiscalização Estadual, para apurar eventuais omissões no levantamento de seu estoque, sendo que na oportunidade da infração, alcançou somente ínfimos R\$ 50,00, conforme demonstrado pelo termo de fiscalização anteriormente anexado, também, não elide a presente exigência, pois ainda que imposto tivesse sido exigido anteriormente e, em nova ação fiscal, antes do período decadencial, apurados novos valores a serem exigido por descumprimento de obrigação principal, ou mesmo acessória, impedimento não haveria para o novo lançamento, pelo contrário seria dever da autoridade fiscalizadora, pois o crédito tributário é indisponível.

O sujeito passivo em sua impugnação afirma que “em que pese o acerto do fiscal no que tange aos demais meses, aplicando-se proporcionalmente as saídas de tributação normal” restringindo-se, portanto, a impugnar apenas o mês de janeiro de 2003, sem que para tanto apresente as notas fiscais necessárias para apuração da proporcionalidade. Quanto à alegação de isenção das sucatas nas saídas, além de não haver as aludidas notas, o convênio 27/05 indicado, como o próprio autuado reconhece, só passou a ter validade a partir de 2005.

Isso posto, voto pela **PROCÊDENCIA EM PARTE** do Auto de Infração, cabendo a exigência no valor de R\$6.733,22, conforme conta do demonstrativo à fl. 1121.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.0401/08-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BAHIANA DE BATERIAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.733,22**, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR