

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 284119.0009/12-7
<b>RECORRENTE</b>	- MERCANTE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0109-02/13
<b>ORIGEM</b>	- INFRAZ FEIRA DE SANTANA
<b>INTERNET</b>	- 20.12.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0463-13/13

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO; **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões recursais não elidem as imputações; 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida; 3. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões recursais insuficientes para elidir a imputação. 4. CONTA CAIXA. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão, pois não comprovada a origem e o efetivo ingresso do numerário. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF - através do Acórdão JJF n° 0109-02/13 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima citado, lavrado em 05/12/2012 para exigir o débito de R\$ 100.058,70, apurado em razão da constatação de seis infrações, sendo objeto de Recurso as exações 2 a 6, a seguir:

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 18.493,18, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária;

INFRAÇÃO 3. Multa, no valor de R\$ 3.143,23, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 4. Multa, no valor de R\$ 26.357,17, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 5. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 3.077,33, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;

INFRAÇÃO 6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS exigido de R\$ 46.937,89, apurada através de suprimento de caixa de origem e efetivo ingresso não comprovados, referente a integralização de capital.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

Inerente à infração 2, a JJF entende que não pode ser acolhida a alegação de defesa de que tributou na saída, não havendo prejuízo para a Fazenda Pública, haja vista que o autuado não apresentou e nem indicou em quais documentos fiscais de saída teria tributado normalmente as mercadorias.

Quanto às infrações 3 e 4, a JJF diz que houve equívoco do defendante já que em ambas as infrações foram aplicadas multas por descumprimento de obrigação acessória, inexistindo multa por descumprimento de obrigação principal, não podendo se falar em aplicação da regra prevista no § 5º do inciso XXII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Inerente à infração 5, a JJF diz que, conforme demonstrativo às fls. 42 a 52, tratam-se de: luva látex, interruptores, pulsadores para companhia, produtos não relacionados no art. 353, item 40, do RICMS/97, como também não consta do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/2009, logo, não enquadrados no regime de substituição tributária como alegado na defesa, nem tampouco consta como produtos isentos, devendo as operações de venda ocorrer com tributação normal do ICMS.

No tocante à infração 6, a JJF aduz que o fato em lide é saber se houve ou não a integração do capital social, pois, na presente lide, não está em exame o fato de haver ou não a distribuição dos lucros. Assim, da análise dos documentos apresentados pela defesa, Declaração de Ajuste Anual IRPF, a Declaração de Bens e Direitos deveria registrar uma evolução no valor de R\$ 380.000,00 no item referente a quota de Capital Social relativo à empresa em exame, o que não ocorre.

Ainda examinando a referida Declaração de Ajuste Anual, a JJF verifica que a mesma não reflete a realidade ao ser confrontada com a cópia da Alteração do Capital Social, uma vez que o valor do capital declarado em 31/12/2008 é de R\$ 720.000,00, enquanto que na Alteração Contratual o valor do Capital Social é de R\$ 1.950.000,00. Assim, diante de tal divergência, conclui o órgão julgador que a Declaração de Ajuste Anual, que engloba os bens dos sócios, não é capaz de elidir a imputação.

Diz também que a cópia do livro Diário não é suficiente para comprovar o ingresso efetivo, do valor de R\$ 380.000,00, não sendo razoável aceitar que tal valor tenha circulado em moeda corrente, como alegado pela defesa, sem nem mesmo ter apresentado os saques na conta dos sócios.

Assim, entendeu a JJF que ficou comprovada a ocorrência de suprimento de caixa de origem não comprovada, consoante previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Inconformado com a Decisão proferida pela JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 254 a 267 dos autos, onde aduz que “De início, requer a Recorrente a V. Exa. que sejam reiteradas todas as suas RAZÕES DE DEFESA anteriormente apresentadas como se todas as letras lá coladas aqui estivessem.”, para em seguida, com relação à infração 6, alegar a improcedência do lançamento por absoluta ausência da prova material, do que lamenta a conclusão da JJF ao entender que o numerário de aumento de capital deveria ter sido comprovado por outras formas.

O recorrente observa que não foram reconhecidos pelo autuante os lançamentos contábeis e fiscais nas épocas das respectivas retiradas e ingressos simultaneamente no caixa da recorrente sob o ângulo de práticas contábeis unilaterais. Diz que os sócios integralizaram o capital de R\$ 380.000,00 com a distribuição de lucros do exercício de 2008, no montante de R\$ 558.000,00, ratificado na Declaração de IRPF, não só pelos lançamentos em suas épocas próprias, como também a própria alteração de capital devidamente registrada, não tendo a Decisão recorrida identificada onde a presunção se operou e onde está a suposta irregularidade, visto que o fisco não promove a desclassificação dos lançamentos contábeis.

Tece considerações sobre os limites impostos pela Constituição ao legislador ordinário para utilizar presunções para, em seguida, afirmar que apresenta provas incontestáveis da improcedência da sexta infração, ou seja, os lançamentos contábeis e fiscais no livro Diário, Razão, Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física dos sócios, DIRPJ e Alteração Contratual.

Afirma que, no presente caso, o fisco quer atribuir equivocadamente o ônus da prova no processo administrativo fiscal à recorrente, do que aduz que a cobrança de tributo sem indícios concretos da ocorrência do fato gerador pode configurar grave lesão ao princípio da segurança jurídica. Cita doutrina.

Passa a tecer considerações sobre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, do que cita doutrina, para, por fim, concluir que não ocorreu falta de recolhimento de qualquer tributo.

As fls. 271 a 274, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.<sup>a</sup> Maria José Coelho Sento-Sé, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, uma vez que o contribuinte não colaciona provas documentais capazes de elidir as exigências. Assim, da análise das peças processuais, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido, pois, compulsando os autos, verifica-se à saciedade que as imputações fiscais estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, visto que estão alicerçados em demonstrativos fiscais, tendo o recorrente ratificado os mesmos argumentos suscitados em sua defesa e que as alegações versando sobre a constitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária estadual não poderão ser apreciadas pelo CONSEF, em face dos termos do art. 167, II, do RPAF.

Aduz que, a fim de que a presunção relativa descrita na lei fosse efetivamente descharacterizada, os suprimentos de caixa teriam que ser comprovados mediante provas documentais que demonstrassem o real ingresso das elevadas quantias, na ordem de R\$ 380.000,00, mediante extratos bancários capazes de certificar a existência das operações de saques na conta dos sócios, pois a cópia do livro Diário não é suficiente para comprovar o ingresso do efetivo valor.

Assim, ante as considerações acima expendidas, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1<sup>a</sup> instância, no que tange a todas as infrações do lançamento de ofício, com exceção da primeira que foi reconhecida e recolhida, conforme comprovam os documentos às fls. 231 a 233 dos autos.

Inicialmente, nos termos do art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido de diligência fiscal ínsita discretamente no epílogo de sua peça recursal, sem qualquer objetivo de pedir, pois considero suficientes para formação da minha convicção os elementos constantes nos autos.

No mérito, em relação às infrações 2 a 5, vislumbro que o contribuinte limita-se a alegar, de forma infundada e genérica, suas razões de defesa, as quais diz ratificar em suas razões recursais, apenas negando o cometimento das infrações que lhe são imputadas, não logrando êxito em elidir as exigências, cujas acusações fiscais foram devidamente tipificadas, descritas, demonstradas e fundamentadas, conforme documentos às fls. 33 a 52 dos autos, tendo o sujeito passivo recebido cópia de todos os papéis de trabalho, consoante recibos nos próprios demonstrativos e comprovante à fl. 121 dos autos, a qual o contribuinte não se insurgiu.

Assim, concluo que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa ou ao contraditório, *sendo subsistentes as referidas exações*, haja vista que a peça de defesa e o Recurso Voluntário não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, cujas razões, em relação às infrações 2 a 5, se restringem em negar o cometimento das infrações, de forma genérica e desprovida de prova, ao alegar que:

Em relação à infração 2, diz ser “*Indevido esta infração, pois a autuada tributou na venda recolheu o ICMS na apuração mensal portanto não houve nenhum prejuízo para a Fazenda Pública.*” (sic)

Contudo, conforme consignado na Decisão recorrida, não pode ser acolhida tal alegação visto que não comprovou através de documentos fiscais as saídas tributadas de lâmpadas, botas, massas plásticas, adesivo cola, etc., elencadas às fls. 33 a 39 dos autos, sujeitas à substituição tributária.

Inerente às infrações 3 e 4 aduz que:

“*Com relação às infrações 03 – 16.01.02. e 04 – 16.01.01 estas estão diretamente associadas à infração 04. Senão vejamos:*

*A infração 4 decorre da suposta omissão de entrada na escrita fiscal e todas as notas que foram objeto de lançamento nas infrações 03 -04 convergem para a mesma infração.*

*Pois bem, como a terceira infração refere-se ao lançamento de obrigação principal e a quarta reporta-se a lançamento de obrigação acessória. Logo, as infrações 3 e 4 não se configuram com base no artigo 42, inciso XXII, §5º da lei 7.014/96, que assim dispõe:...*”

Contudo, consoante firmado na Decisão recorrida, equivocou-se o apelante, pois ambas as infrações exigem multas por descumprimento de obrigação acessória, relativas a notas fiscais diversas entre si, conforme demonstrativos às fls. 40 e 41 dos autos, sendo impertinente sua pretensão, por inexistir multa por descumprimento de obrigação principal, não podendo se falar em absorção de multa.

Quanto à infração 5, diz que: “*A autuada impugna a infração 05 sob a alegação de que as mercadorias identificadas nas notas fiscais da planilha 05 foram lançadas corretamente, visto que encontram-se as mercadorias ali identificadas no campo de mercadorias NÃO TRIBUTADAS. Logo é improcedente a infração 05 – 02.02.03.*”

Contudo, conforme aduzido no Acórdão recorrido, tratam-se de: luva látex, interruptores, pulsadores para companhia, consoante demonstrado às fls. 42 a 52, produtos tributados, logo, não enquadrados no regime de substituição tributária, como alegado na defesa.

Portanto, diante de tais considerações, concluo pela subsistência das infrações 2 a 5.

Por fim, em relação à sexta infração, inerente à presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, salvo prova em contrário, nos termos do art. 4º, § 4º, II, da Lei nº 7.014/96, em face da não identificação da entrada do numerário, o recorrente alega a improcedência da infração por absoluta ausência da prova material, reafirmando que a integralização de capital, no valor de R\$ 380.000,00 à Caixa, à fl. 20, decorre da distribuição de lucros aos sócios, em 2008, no total de R\$ 558.000,00, conforme informado na declaração de IRPF, o que comprova a origem dos recursos integralizados.

Contudo, da análise do livro Caixa, às fls. 16, 18 e 20 dos autos, verifica-se que, efetivamente, constam retiradas por cada sócio de R\$ 25.000,00, no montante mensal de R\$ 50.000,00, a título de “Distribuição de Lucros”, em 30/06/2008; 30/09/2008 e 31/12/2008, o que vem a comprovar a alegação recursal de que ocorreu retirada dos sócios. Porém, tais lançamentos demonstram e comprovam as efetivas retiradas dos numerários em épocas diversas à integralização contabilizada (31/12/2008), no valor de R\$ 380.000,00, o que vale dizer, uma vez retirada a quota do sócio, haja vista o lançamento de crédito a Caixa, sob os históricos de “*vlr. de distribuição de lucros n/ data p/ Benilda Celestina Cordeiro*” e de “*vlr. de distribuição de lucros n/ data p/ João Alves Cordeiro Filho*”, inclusive em momentos diversos à integralização de Capital, tais montantes não servem para comprovar o efetivo ingresso, relativo à integralização do Capital de R\$ 380.000,00, ocorrido em 31/12/2008, pois os valores que o recorrente entende como provas da integralização foram efetivamente sacados e recebidos pelos sócios durante todo o exercício de 2008, para, posteriormente, no final do ano retornar no montante tido como integralizado. Assim, caberia a

prova do ingresso deste numerário vultoso através de comprovação de depósito na conta Caixa e dos respectivos saques das contas das pessoas físicas dos sócios, motivo para me coadunar com o opinativo da PGE/PROFIS de que “*Com efeito, a fim de que a presunção relativa descrita na lei fosse efetivamente descaracterizada, os suprimentos de caixa teriam que ser comprovados mediante provas documentais que demonstrassem o real ingresso das elevadas quantias, na ordem de R\$ 380.000,00, mediante extratos bancários, capazes de certificar a existência das operações de saques na conta dos sócios*”, pois, conforme já dito, os saques dos valores foram feitos paulatinamente durante o exercício de 2008, tendo o “retorno” para a integralização ocorrido em 31/12/2008, o que demanda a comprovação do ingresso do numerário.

Mantida a exigência, haja vista as considerações acima, como também por falecer competência a este órgão administrativo a declaração de inconstitucionalidade da legislação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª 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 284119.0009/12-7, lavrado contra MERCANTE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS DE CONSTRUÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$70.558,30, acrescido das multas de 60% sobre R\$23.620,41 e 70% sobre R\$46.937,89, previstas no art. 42, incisos II, “a”; III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$29.500,40, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS