

A. I. Nº - 269189.1213/12-3
AUTUADO - COMPERAÇO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FERRO E AÇO LTDA.
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/07/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/19

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

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2012, 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 2007 e 2008. ICMS no valor de R\$7.097.222,94, com multa de 70%. Demonstrativo às fls. 05 a 53.

Consta na “Descrição dos Fatos” “tendo sido apurada a seguinte irregularidade: lançamentos à débito de caixa de cheques de vários cheques emitidos, considerando que os mesmos foram utilizados para pagamentos diversos, não caracterizando ingresso efetivo de recursos. Como as contrapartidas não foram localizadas na mesma data e valor, fica caracterizado o suprimento indevido de caixa.”

O Autuado, às fls. 108 a 117, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal alinha os argumentos que se seguem.

Inicialmente, pede que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente contratados, legítimos representantes do Autuado na ação administrativa, conforme poderes descritos na procuração apresentada.

Como preliminar, suscita a decadência do direito de constituição do crédito fiscal, relativamente ao exercício de 2007, posto que o Autuado somente foi intimado da autuação em 07/02/13, oportunidade em que já havia se esgotado o prazo de 5 anos para a cobrança. Observa que até o “saneamento” do PAF aconteceu em 2013, o que fortalece a hipótese da decadência.

Assevera ter ocorrido a decadência de qualquer crédito tributário relativo ao mencionado período de 2007, *ex vi* do art. 150, §4º do CTN:

Enfatiza que tendo efetuado escorreitamente o auto-lancamento do ICMS incidente sobre as operações de circulação de mercadorias que realizou e tendo atendido às obrigações acessórias determinadas em lei, e, ademais, tendo feito o recolhimento do imposto devido aos cofres públicos do Estado da Bahia, não há dúvida de que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto ou das obrigações acessórias, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como, forçosamente, vem erroneamente entendendo o Fisco Estadual.

Afirma que nenhuma incompatibilidade com esta circunstância traz o art. 965, do Regulamento do ICMS-BA, ao reproduzir a disposição esculpida no art. 173, inciso I do CTN, conforme se evidencia da sua própria redação que transcreve.

Destaca que ao estabelecer que o direito da constituição do crédito tributário se extingue no prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento “*poderia*” ter sido efetuado, a norma em questão está sendo direcionada para a hipótese em que o contribuinte tenha operado com um comportamento omissivo, abstendo-se de promover o auto-lançamento do ICMS ou não tendo atendido qualquer dispositivo pertinente a obrigações acessórias, impondo-se repisar, mais uma vez, que tal situação não se verificou no caso presente.

Diz ser este o entendimento pacificado já pelo Superior Tribunal de Justiça, cujos excertos dos julgados, STJ. Recurso Especial nº 183.603/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 15.05.2001. DJ de 13.08.2001, pág. 88); e STJ. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 101.407/SP. 1ª Seção. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgado em 07.04.2000, reproduz.

Assinala que, conforme expandido, resta operada a decadência do pretense crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2007, posto que o Estado deixou de ultimar as medidas cabíveis visando a satisfação do seu direito de exigência do tributo dentro do prazo estabelecido em lei, não havendo como subsistir, portanto, o lançamento vergastado. Diz que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme acórdão proferido nos autos da Apelação Civil 15909-0/2006, segue idêntico entendimento, sendo tal homologado pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo trecho do Acórdão reproduz. Cita também decisão do CONSEF sobre o tema, no ACORDÃO JJF Nº 0236-02/05.

Pondera que deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08.

Explica que, mesmo se considerada a contagem do prazo o primeiro dia do exercício seguinte, a decadência não pode ser afastada, pois somente foi regularmente intimada em 07/02/2013, quando já decorridos, também, 5 anos (se contado o prazo de 01/01/2008). Frisa que tendo sido intimado do Auto de Infração em 2013, assim como realizado o saneamento do feito nesse mesmo exercício, diz ser a decadência insuperável. Pede, portanto, a imediata exclusão de todos os valores relativos a 2007.

Pugna pela nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, e cerceamento do direito de defesa. Observa que de acordo com os comprovantes anexos, assinados por profissional de contabilidade habilitado, os documentos arrecadados na ação fiscal somente foram devolvidos dia 01/03/13, tolhendo o prazo regular para a defesa, de 30 dias. Diz restar claro o cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório, devendo ser decretada a nulidade de toda a ação fiscal, o que fica expressamente requerido.

Pede a nulidade da apuração, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, notadamente porque nenhuma investigação fiscal ou contábil foi levada a efeito, não se suportando a presunção instaurada, apenas, em “lançamentos a débito de caixa”. Afirma que, sequer, foi instada a explicar os lançamentos, que simplesmente foram entendidos, sem qualquer investigação, como suprimentos irregulares.

Reafirma que, não obstante o prejuízo à defesa causado pela retenção dos documentos necessários na Repartição Fiscal, o que se pode observar é que o lançamento de ofício, simplesmente, erigiu “lançamentos de caixa”, apresentados com o termo genérico de “suprimentos”, ao condão de “omissão de receita”. Diz que, de acordo com a jurisprudência sedimentada no CONSEF, tais ocorrências, no máximo, servem com um indício de irregularidade. Sustenta que para se impor a presunção legal de “omissão de receita”, necessário se faz uma investigação mais aprofundada e a apresentação de provas concretas.

Registra que o Autuante, apesar de dispor de toda a documentação arrecadada para a ação fiscal, em especial livros e documentos fiscais (notas de entradas e saídas), não se preocupou com qualquer investigação complementar, seja fiscal ou contábil. Assinala que não foi feita qualquer auditoria de “caixa”, com levantamento dos saldos, despesas e receitas.

Afirma que não se pode atribuir validade ao lançamento, que imputa débito superior a R\$15.000.000,00 baseado, tão-somente, em registros contábeis, em relação aos quais, a despeito da

ação fiscal durar mais de 120 dias, nada foi investigado ou considerado, bem como, não foi realizada uma auditoria da conta “caixa”. Reproduz as ementas dos Acórdãos de nºs JJF Nº 0316-05/11, JJF Nº 0254-03/09, CJF Nº 0104-12/09, JJF Nº 0187-02/07 e CJF Nº 0429-11/06 para registrar o posicionamento do CONSEF sobre a matéria.

Quanto ao mérito, mesmo impedida de exercer livremente seus direitos à defesa e ao contraditório, mormente de conferir valores em tempo hábil, aduz que pode afirmar que a autuação é improcedente.

Afirma que, caso as preliminares levantadas sejam superadas, será apurado na instrução do processo que os lançamentos, apesar de conterem a denominação equivocada de “suprimentos”, não revelam omissão de receitas, possuem origens lícitas e regulares, estando suportados por fatos regularmente tributadas, quando a legislação assim prevê.

Observa que o Autuante, sem apresentar qualquer justificativa para a recusa, não adequou o lançamento ao disposto na IN 56/07, posto que, como pode ser auferido através das DMAs, livros e documentos fiscais, opera com produtos sujeitos à substituição tributária e à redução de base de cálculo. Observa que nessas circunstâncias, mesmo se tratando de presunção, o CONSEF já decidiu nessa linha, consoante os Acórdãos de nºs CNJ Nº 0429-11/06 e JJF Nº 0187-02/07.

Protesta, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão por fiscal estranho ao feito para esclarecer a origem dos recursos pertinentes aos lançamentos erigidos à condição de “suprimento de origem não comprovada”, colocando à disposição da Fiscalização toda a documentação necessária.

Conclui pugnando pelo reconhecimento da decadência sobre o exercício de 2007 e, se ultrapassadas as questões prejudiciais que seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração.

O Autuante, às fls. 141 e 145, presta informação fiscal depois de reproduzir as razões de defesa alinhadas pelo impugnante, articula os argumentos que se seguem.

Explica que os cheques compensados, por não constituírem ingresso efetivo de recursos, somente podem ser registrados a débito da conta “Caixa” se esta conta, na mesma data, registrar as saídas a que se destinam os cheques emitidos (lançamentos a crédito dos valores referentes aos respectivos pagamentos) e que todo lançamento contábil deve estar apoiado em documento hábil, idôneo e adequado ao tipo de operação.

Esclarece que o ingresso fictício de um valor na conta “Caixa”, sabidamente utilizado para pagamentos de terceiros, quando não realizado de imediato a respectiva baixa do título na mesma conta, a impugnante constrói um saldo fictício de “Caixa”, chegando algumas vezes a valores superiores a um milhão de reais, para dar suporte a outras obrigações. Revela que, ao se examinar a escrituração da conta “Caixa”, constata-se que se contabilizou o ingresso, mas não se registrou a respectiva saída. Indaga, porque não foram registradas as saídas. Responde asseverando porque elas foram pagas com recurso originário de vendas sem emissão de notas fiscais.

No tocante ao pedido de decadência do direito de constituição do crédito fiscal, relativamente ao exercício de 2007, constante no item 04 da defesa, fl. 109, esclarece que tendo sido o Autuado intimada em junho de 2012, apresentou parte dos documentos em 19/07/2012, fl. 131, outra parte em 22/08/2012, fl. 132 e finalmente o restante em 03 de outubro de 2012, fl.130, percebeu claramente a intenção da mesma em embaraçar a ação fiscal com o intuito de ganhar tempo para levar o exercício de 2007 à decadência.

Informa que o presente auto de infração foi lavrado em 19/12/2012, tendo os prepostos do Autuado se recusado a tomar ciência, com o argumento de que os sócios estavam viajando e só voltariam após as festividades de final de ano. Registra que diante da recusa, informou no estabelecimento autuado que o Auto de Infração estaria à disposição do contribuinte na Inspetoria Fazendária em Barreiras juntamente com toda a documentação da empresa referente ao período fiscalizado. Frisa que transcorrido trinta dias, com o não comparecimento de prepostos do contribuinte para pegar

a documentação e o Auto de Infração, o setor de cobrança enviou via “AR” cópia do Auto de Infração que foi recebido em 07/02/2013.

Diz que a má-fé do Autuado está caracterizada na sua peça de defesa quando alega a decadência do lançamento e o cerceamento do direito de defesa por não está de posse dos documentos que serviram de base para a autuação. Observa que após dificultar de todas as formas a entrega dos documentos e se recusar a receber o auto de infração, vem de forma ardilosa alegar a decadência.

Quanto ao cerceamento do direito de defesa, assegura que resta provado nos autos que o Autuado agiu mais uma vez de má fé, pois se verifica à fl. 104, procuração autorizando um Contador a receber os documentos contábeis na SEFAZ, com data de 27/02/2013, portanto, vinte dias após o recebimento do auto de infração via “AR” é que o contribuinte autorizou o Contador a pegar os documentos. Diz que ainda forneceu procuração, fl. 118, a uma banca de Advogados em 26/02/2013, um dia antes de ter autorizado o Contador pegar os documentos.

Destaca que no item 15 da peça de defesa, fl. 113, o Autuado pede a nulidade da apuração, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores.

Enfatiza que a juntada de todos os documentos do suprimimento de caixa torna-se desnecessário, considerando que o RPAF-BA/99, em seu art. 39, inciso III, diz que o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infração de obrigações tributária principal e acessória, de forma clara, precisa e sucinta.

Assevera restar claro que o suprimimento indevido da conta caixa foi feito por cheques cuja compensação se deu em favor de pessoas estranhas aos pagamentos efetuados no mesmo dia e no mesmo valor, configurando-se omissão de receitas.

Assevera que a base de cálculo está exata, fixa e determinada, originando-se dos cheques compensados, que por não constituírem ingresso efetivo de recursos, somente poderiam ser registrados a débito da conta “Caixa” se esta conta, na mesma data, registrasse as saídas a que se destinam os cheques emitidos (lançamentos a crédito dos valores referentes aos respectivos pagamentos) e que todo lançamento contábil deve estar apoiado em documento hábil, idôneo e adequado ao tipo de operação.

Afirma que se torna desnecessário juntar todos os pagamentos que estão listados às fls. 05 a 53, já que os mesmos estão lançados no Razão Analítico e identificados por data, conta devedora e credora, valor, histórico, número do livro, página e número do lançamento, cujas cópias encontram-se anexas ao presente auto.

Assevera que alternativa não teve o Fisco senão a de efetuar a glosa na conta “Caixa” dos valores referentes aos cheques compensados, cujas contrapartidas não foram localizadas na contabilidade, na mesma data e valor, fato caracterizador de suprimimento indevido da referida conta.

Afirma que a conclusão de que o caso tratado nos autos se refere a suprimimento indevido da conta “Caixa” é corroborada pelo Acórdão CSRF/01-04.012, da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, cuja ementa transcreve.

Observa que o citado acórdão faz menção a omissão de receitas, em montante equivalente ao valor do suprimimento inexistente, afirmando, inclusive, que a caracterização da omissão de receitas se dá de forma concreto e não presuntiva, exatamente em função de ser considerado inexistente o suprimimento oriundo de cheques compensados.

Diz que de acordo com a moderna doutrina e jurisprudência, a presunção no direito tributário é perfeitamente aceita, conforme fundamentação posta no Acórdão nº 202-16.146, do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, cujo teor reproduz.

Enfatiza que a preservação dos interesses públicos em causa não só requer, mas impõe a utilização da presunção no caso de dissimulação, já que a arrecadação pública não pode ser

prejudicada com a alegação de que a segurança jurídica, a legalidade, a tipicidade, dentre outros princípios, estariam sendo desrespeitados.

Ressalta que é a comprovação indireta que distingue a presunção dos demais meios de prova, e não o conhecimento, ou não, do evento. Explica que não se trata de considerar que a prova direta veicula um fato conhecido, ao passo que a presunção um fato meramente presumido. Acrescenta frisando que só a manifestação do evento é atingida pelo direito e, portanto, o real não tem como ser alcançado de forma objetiva: independentemente da prova ser direta ou indireta, o fato que se quer provar será ao máximo jurídica e fenomenicamente provável. Diz ser a realidade impondo limites ao conhecimento.

Pontua, com base nessas premissas, que as presunções nada “presumem” juridicamente, mas prescrevem o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Registra que, faticamente, tanto elas quanto as provas diretas (perícias, documentos, depoimentos pessoais, etc.) apenas “presumem”.

Revela que se considera, pois, como plenamente aceitável em Direito Tributário o uso da prova indireta, ou seja, o indício e a presunção, especialmente nos casos de supressão de tributos.

Frisa que as presunções legais *juris tantum* têm o condão de transferir o ônus da prova do Fisco para o Sujeito Passivo da relação jurídico-tributária, cabendo a este elidir acusação com comprovação da não ocorrência da infração presumida.

Assevera que o Impugnante poderia a elidir a acusação fiscal por meio da anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, demonstrando, além da efetividade do ingresso na conta “Caixa”, os correspondentes pagamentos realizados e a respectiva contabilização a crédito da conta “Caixa”. Assinala que como assim não agiu, conclui mantendo a autuação.

A 3ª JF, à fl. 151, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ de Origem para que o Autuante intimasse o Impugnante a apresentar: a) cópias dos extratos de suas contas bancárias para comprovar todos os lançamentos de suprimento de caixa escriturados em seu livro Razão Analítico, fls. 54 a 98, e arrolados no levantamento fiscal, fls. 05 a 53; b) para cada um dos referidos lançamentos identificar no livro Razão Analítico a contrapartida acompanhada da correspondente cópia do documento fiscal ou mercantil suporte do lançamento.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 158 e 159, observa que cumpriu as medidas saneadoras solicitadas em diligência e tendo o Autuado atendido parcialmente esclarece que refez o levantamento procedendo às exclusões dos suprimentos efetivamente comprovados.

Apresenta demonstrativo de débito excluindo todas as operações devidamente comprovadas através da documentação entregue pela Defesa, reduzindo o valor do débito.

O Autuado, às fls. 2035 a 2044, se manifesta reafirmando todas suas razões de defesa já alinhadas anteriormente.

Em nova informação fiscal, 2204 a 2206, o Autuante, presta nova informação reprisando seus argumentos alinhados na informação anterior e destacando o que se segue.

Sobre o item 3 da defesa, observa que não lhe cabe fazer questionamentos sobre supostos lançamentos equivocados, e sim, ater-se a documentação apresentada e aos lançamentos realizados.

Sobre o item 4, diz que se houve impropriedade técnica, indaga quais providências foram tomadas pelo Autuado em relação ao profissional que as cometeu, qual a ação realizada para corrigir essas supostas impropriedades, e porque, após tanto tempo não conseguiu provar através da documentação que se encontra durante todo esse período em seu poder, que os lançamentos foram equivocados e qual o lançamento correto.

Sobre o item 5, destaca que se efetivamente há essa suposta irregularidade, caberia ao Autuado refazer seu caixa, comprovando com os respectivos documentos, lançamento a lançamento, a existência das operações. Observa que a Defesa alega que o Autuante é que deveria ter feito tal procedimento. Registra que como durante todo esse período ficou só nas alegações, sem justificar e comprovar a maioria dos lançamentos e muito menos apresentou uma motivação para a permanência de valores tão expressivos no seu caixa que monta a casa dos milhões.

Sobre o item 6, assevera que todos os documentos apresentados e que faziam relação com os lançamentos foram acatados. Os demais lançamentos que não foram comprovados pela autuada permaneceram nas novas planilhas apresentadas.

Sobre o item 7, menciona que se os lançamentos foram equivocados, não foi a fiscalização que deu causa, cabe ao Autuado apresentar toda a documentação comprovando lançamento a lançamento as operações. Considerando que o Autuado teve tempo mais do que suficiente para comprovar os supostos equívocos e não o fez, arremata destacando que mantém a autuação.

Sobre o item 8, frisa que se o Autuado argui dificuldade de apresentar os documentos do exercício de 2007 e apresenta apenas parte do exercício de 2008, quando os mesmos se encontram em seu poder, só podemos supor má-fé do mesmo.

Sobre os itens 9, 10 e 11, afirma que a suposta decadência arguida já foi devidamente rebatida na informação fiscal inicial, nada tendo a acrescentar.

Sobre o item 12, observa que o suposto cerceamento do direito de defesa é apenas um argumento protelatório apresentado pelo Autuado sem fundamentação alguma. Destaca que quando da diligência, foi aberto o prazo de defesa, tanto é verdade que o Autuado apresentou nova defesa, repetitiva e recheada de falatórios, sem, no entanto, apresentar a documentação completa da prova dos lançamentos.

Sobre o item 13, destaca que se pretendia o Autuado explicar os lançamentos supostamente equivocados, teve tempo mais do que o suficiente para fazê-lo e não o fez.

Sobre o item 18, a má-fé da autuada caracteriza-se mais uma vez na alegação da falta de devolução da documentação apresentada para atender a diligência. Antes alegou que não teve prazo para apresentar a documentação, agora alega que entregou e não foi devolvida. Ocorre que a documentação apresentada no cumprimento da diligência está toda ela anexo ao presente auto na forma de cópia como foi entregue. Informa que após análise de tais documentos, foi elaborado novo demonstrativo, acatando todas as operações que foram comprovadas.

Destaca que poderia a impugnante elidir a acusação fiscal por meio da anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, demonstrando, além da efetividade do ingresso na conta “Caixa”, os correspondentes pagamentos realizados e a respectiva contabilização a crédito da conta “Caixa”. Como assim não agiu, mantemos a presente autuação.

A 3ª JF decide converter os autos em nova diligência, fl. 2211, para que elaborasse o demonstrativo de débito considerando as disponibilidades Caixa/Bancos no período fiscalizado, devendo ser utilizado os documentos originais do contribuinte [extratos bancários, avisos de crédito e de débito, títulos em cobrança etc.] para verificar se os pagamentos efetuados por meio de contas bancárias foram contabilizados e aplicasse ao débito apurado o índice de proporcionalidade das mercadorias tributáveis utilizando o critério previsto na Instrução Normativa 56/07, da Superintendência da Administração Tributária - SAT.

O Autuante presta nova informação, fls. 2214 e 2215, em atendimento à diligência solicitada

Defesa se manifesta à fl. 2217, protestando pelo atendimento da segunda diligência solicitada pela 3ª JF.

Intimado às fls. 2220 e 2222, para informar a reabertura do prazo de defesa o Impugnante se manifesta às fls. 2224 a 2232, o Impugnante se manifesta reafirmando todas as suas razões de defesa.

O Defendente volta a se manifestar nos autos, fls. 2239 e 2240, desta feita para protestar pela falta de celeridade do PAF, solicitando a remessa dos autos a realização do julgamento pelo CONSEF.

Auditor Estranho ao Feito designado, às fls. 2243 e verso, apresenta nova informação acompanhada do demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante, fls. 158 e 159, e já de pleno conhecimento do Autuado, incluindo a proporcionalidade, fl. 2244, prevista na IN 56/07, e obtida através das DMAs, conforme indicação do próprio Autuado em sua defesa, fl. 115, e solicitado em diligência requerida por essa 3ª JF, fl. 151.

Com base na previsão estatuída no §8º, do art. 127, do RPAF-BA/99, *in verbis*: “§8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”, foi desnecessária a intimação do Impugnante por inexistir fato novo algum que não tivesse sido do conhecimento do sujeito passivo.

Em sustentação oral, na assentada do julgamento, o Patrono do reiterou todos os seus argumentos alinhados em sua defesa e manifestações nos autos. Para corroborar com seu pleito pela nulidade da autuação asseverou que essa 3ª JF, em julgamento de matéria, segundo seu entendimento, idêntica, através do Acórdão JF Nº 0100-03/18, decidiu pela nulidade por falta de certeza e segurança. Reafirmou seu pedido pela nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de decadência suscitada pelo Impugnante, que aduziu em suas razões de defesa que os débitos lançados no período de janeiro de 2007 a fevereiro de 2008, foram tragados pela decadência.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2012, fl. 01, e o sujeito passivo tomou ciência de sua lavratura através de intimação por via postal em 07/02/2013, fl. 102 e 103.

Em se tratando de acusação fiscal de omissão de receitas presumida legalmente através de suprimimento de caixa de origem não comprovado, irregularidade cometida pelo Autuado sem que tenha declarado essas operações tributáveis, nem apura o montante do imposto devido, inexistindo, portanto, qualquer pagamento a ser homologado das operações objeto da autuação.

Logo, afigura-se aplicável como marco inicial para a contagem do quinquênio decadencial, o estatuído nas disposições do inciso I, do art. 173 do CTN. Ou seja, a fruição do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado.

Aliás, esse tem sido o entendimento assente manifestado reiteradamente nas decisões prolatadas pela 2ª Instância desse CONSEF, ao enfrentar as questões relacionadas ao tema Decadência. Convém também ressaltar, que a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, sedimentou, de forma sistemática, a abordagem sobre as questões atinentes a aplicação do Instituto da Decadência, à luz da legislação aplicável.

Nos termos expendidos, fica patente nos autos, haja vista que, tendo o sujeito passivo tomado ciência da lavratura do Auto de Infração em 07/02/2013, com a aplicação do que expressamente preconiza o inciso I, do art. 173 do CTN, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007 foram tragados pela decadência.

Assim, são improcedentes os lançamentos realizados na presente autuação, cujos fatos geradores ocorreram entre janeiro a dezembro de 2007, por ter sido operada a decadência e, como consequência, ficam extintos os créditos tributários correspondentes.

No tocante às preliminares de nulidade, alinhadas pelo Impugnante em suas razões de defesa, depois de compulsar todos os elementos coligidos em decorrência do contraditório instalado nos presentes autos, constato que não há como prosperar a pretensão do sujeito passivo.

Quanto à alegação de que ocorrera insegurança na determinação da infração e cerceamento de defesa, por falta de investigação profunda pela fiscalização e pelo fato que parte da documentação fiscal arrecadada pelo Autuante ficou retida pelo na Repartição Fazendária, consigno que, se ocorrera eventual óbice no aprofundamento na investigação fiscal, esse decorreu por exclusiva responsabilidade do Impugnante, uma vez que até o presente momento não apresentou a documentação fiscal referente ao exercício de 2007 e apresentou parcialmente em relação ao exercício de 2018. Logo, não há como determinar a consolidação das movimentações das disponibilidades no período fiscalizado com essa lacuna. Isto significa dizer que a não realização integral das disponibilidades não ocorrera exclusivamente por falta da apresentação de toda a documentação pelo Autuado. Assim, a ação omissiva do Autuado não pode beneficiar a ele próprio.

Verifico que a documentação parcial apresentada pela defesa foi examinada por ocasião da diligência determinada por essa 3ª JJF, fl. 156, (Extratos bancários, Relatório de Perícias e comprovantes de títulos pagos, fl. 157), inclusive, às alegadas na manifestação, fl. 2227. Tanto é assim, que as exclusões levadas a efeito pela fiscalização encontram-se devidamente demonstradas nos autos, a exemplo dos cheques de nº 675515, do Banco HSBC, no valor de R\$86.636,92, e os de nºs 110301 e 110302, do Banco do Brasil, respectivamente, nos valores de R\$13.252,82 e R\$13.410,15, datados de 03/11/2008 e que tiveram os valores totalmente expurgados em decorrência da comprovação.

Depois de examinar as exclusões efetuadas constatei que foram respaldadas na documentação apresentada pela Defesa. O Impugnante, sequer se manifestou a respeito dos expurgos efetuados com base na documentação por ele próprio apresentada.

Não acolho também a alegação de defesa de que tivera seu direito de defesa cerceado, pelo fato de que a documentação retida na Repartição Fazendária, em duas circunstâncias, dificultando a elaboração de sua Impugnação. No tocante à alegada retenção dos documentos arrecadados por ocasião da defesa, constato que esse óbice foi superado, como declara o próprio Autuado às fls. 112, quando registra a devolução em 01/03/13, ocasião em que fora reaberto o prazo de defesa para se manifestar, ocasião do pedido diligência, fl. 151. Quanto à alegada retenção dos documentos entregues por ocasião da diligência, verifico que inexistem nos autos comprovação inequívoca, tanto da arrecadação quanto alegada retenção.

Nesse diapasão, registro que o PAF afigura-se 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.

Nos termos expendidos, considero ultrapassadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo.

No mérito, 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 2007 e 2008, alicerçados nos demonstrativos acostados às fls. 05 a 53 e no livro Razão Analítico do período fiscalizado, cujas cópias constam às fls. 54 a 97.

Para essas situações a legislação do ICMS, no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, prescreve que “*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”.

Em sede de defesa, o Autuado sustentou que os lançamentos objeto da autuação, apesar de conterem a denominação equivocada de “suprimentos de caixa”, não revelam omissão de receitas, possuem origens lícitas e regulares, estando suportados por fatos e, regularmente tributadas. O Impugnante em sede de defesa, atribuiu ao seu contador a descrição equivocada em seu Razão Analítico”.

Asseverou que o Autuante, sem apresentar qualquer justificativa para a recusa, não adequou o lançamento ao disposto na IN 56/07, posto que, como pode ser auferido através das DMAs, livros e documentos fiscais, opera com produtos sujeitos à substituição tributária e à redução de base de cálculo.

Questionou também que não fora atendida a 2ª diligência solicitada por essa 3ª JJF, fl. 2211, para que o Autuante elaborasse novo demonstrativo de apuração incluindo todas as disponibilidades Caixa/Bancos, no período fiscalizado, bem como, aplicasse a proporcionalidade prevista na IN 56/07.

De plano, destaco que não se sustenta o argumento da defesa de que a fiscalização e o levantamento elaborado pelo Autuante, para apurar as omissões de receita, se pautaram na existência, na escrita fiscal do estabelecimento autuado, de registros com denominação equivocada de “suprimentos”. A origem da apuração decorreu da constatação de inúmeros lançamentos a débito na conta Caixa, através de cheques emitidos pelo Autuado, cujos valores foram utilizados para pagamentos diversos para os quais não foram identificadas as correspondentes contrapartidas.

Instado a comprovar documentalmente esses lançamentos, tanto no que diz respeito ao efetivo pagamento de despesas do estabelecimento autuado, quanto à origem dos valores creditados nas contas bancárias, cujos cheques foram emitidos, para que restasse assegurado se originários de receitas legítimas e devidamente declaradas, uma vez que não se constatou no Razão Analítico o lançamento das correspondentes contra partida, o Impugnante somente logrou êxito em comprovar parcialmente.

As operações que o Impugnante comprovou a origem dos recursos dos cheques emitidos que resultaram nos pagamentos de despesas também comprovadas, verifico que foram excluídas no demonstrativo elaborado pelo Autuante e acostado à fl. 158 e 159.

No que concerne à alegação de que a segunda diligência solicitada, para que fosse realizado um novo demonstrativo de apuração incluindo todas as disponibilidades Caixa/Bancos, em que pese ter, efetivamente, ocorrido o não atendimento do pedido pelo Autuante, depois de examinar de forma mais minudente a questão, constato que, diante da não apresentação pelo Impugnante da documentação fiscal referente ao exercício de 2017 e parcialmente do exercício de 2018, restou prejudicada a análise integrada das disponibilidades, ante a impossibilidade de apuração dos saldos ao término de cada período fiscalizado.

Nestes termos, entendo que mantido o levantamento corrigido, considerando todos os elementos de prova carreados aos autos pelo Impugnante, acostado aos autos às fls. 158 a 203, são suficientes para elidir parcialmente a presunção legal de suprimento de caixa sem comprovação.

Em relação à falta de aplicação da proporcionalidade dos valores apurados preconizada pela IN 56/07, constato que essa questão foi superada pela informação fiscal prestada por Auditor Estranho Feito designado, fls. 2243 e 2244, que elaborou novo demonstrativo de apuração com base no levantamento fiscal elaborado pelo Autuante depois de proceder às exclusões devidamente comprovadas pelo sujeito passivo e colacionado às fls. 158 a 203, contemplando a aplicação da proporcionalidade de acordo, exatamente, como pugnou o Defendente às fl. 115, cujos coeficientes foram apurados através das DMAs, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 2245 a 2468.

Consigno, que considerando ser dispensável a vista ao Impugnante, de acordo com o §8º, art. 127, do RPAF-BA/99, do demonstrativo, fls. 2243, elaborado pelo Auditor Estranho Feito designado, por ser resultado, tão-somente, da devida aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, pugnada pela Defesa, sobre os valores apurados no demonstrativo refeito pelo Autuante, fl. 158 e 159, expurgando todos os lançamentos devidamente comprovados pela defesa, cuja cópia foi entregue ao Defendente, fl. 2032.

O patrono do Autuado, em sustentação oral, reiterou seu pleito pela nulidade da autuação apresentando precedente relativo ao Acórdão Nº 0100-03/18 que, por falta de certeza e insegurança, julgou nula infração atinente a emissão de cheques pelo Autuado e que foram objeto da acusação de suprimimento de caixa de origem não comprovada.

Não acolho a pretensão da Defesa, haja vista que, ao contrário do precedente citado, no presente caso, o Impugnante foi instado a apresentar a origem dos recursos referentes aos montantes dos cheques indicados como suprimimento de caixa, registrados de forma clara, em seu Razão Analítico, bem como, que fossem comprovadas as contra partidas das despesas pagas com os referidos cheques. Em que pese a impossibilidade de se efetuar o exame conjunto das disponibilidades, ante a não apresentação integral da documentação fiscal do período fiscalizados pelo Autuado, constato que foram expurgados do levantamento fiscal, todos os valores que, inequivocamente, restaram comprovados, tanto a origem dos recursos, quanto os lançamentos correspondentes das despesas.

Assim, resta patente nos autos que o suprimimento de caixa de origem não comprovada, apurado permite a presunção de omissão de saídas de mercadorias, que somente parcialmente fora elidida.

Nesses termos, no que tange ao exercício de 2008, uma vez que o débito de 2007 foi alcançado pela decadência, acolho, o demonstrativo elaborado pelo Auditor Estranho Feito designado, que depois aplicar a proporcionalidade resultou na diminuição do débito para R\$1.780.473,53.

Destaco que a multa de 70%, sugerida pelo Autuante é prevista no art. 42, inciso III da Lei 7014/96, vigente por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, portanto, deve ser mantida.

Logo, como o sujeito passivo não apresentou integralmente em sua defesa as provas que poderiam afastar a presunção legal de ocorrência de operações configuradoras do fato gerador do ICMS, o Auto de Infração é, portanto, parcialmente subsistente, nos termos do demonstrativo, abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Data Ocorr	Data Vcto	AUTO DE INFRAÇÃO	REVISÃO FISCAL			Coefic. de Proporcionalidade FL. 2244.	JULGA - MENTO	MUL - TA
		B Cálculo	B Cálculo	Aliq	Valor Histórico			
31/01/2008	09/02/2008	2.109.601,17	1.016.947,31	17%	172.881,04	0,5241	90.606,95	70%
28/02/2008	09/03/2008	2.123.771,82	1.144.537,80	17%	194.571,43	0,9022	175.542,34	70%
31/03/2008	09/04/2008	1.841.701,70	986.246,36	17%	167.661,88	0,8115	136.057,62	70%
30/04/2008	09/05/2008	2.153.018,35	1.323.460,32	17%	224.988,25	0,8827	198.597,13	70%
31/05/2008	09/06/2008	2.280.966,76	1.664.797,57	17%	283.015,59	0,6468	183.054,48	70%
30/06/2008	09/07/2008	2.491.323,35	1.411.090,51	17%	239.885,39	0,4897	117.471,87	70%
31/07/2008	09/08/2008	2.338.097,51	1.052.253,92	17%	178.883,17	0,7040	125.933,75	70%
31/08/2008	09/09/2008	1.734.223,47	926.444,11	17%	157.495,50	0,5561	87.583,25	70%
30/09/2008	09/10/2008	2.238.479,47	1.331.659,47	17%	226.382,11	0,5776	130.758,31	70%
31/10/2008	09/11/2008	2.102.852,17	2.102.852,18	17%	357.484,87	0,7718	275.906,82	70%
30/11/2008	09/12/2008	1.981.496,05	1.102.402,51	17%	187.408,43	0,7673	143.798,49	70%
31/12/2008	09/01/2009	1.596.138,70	725.296,12	17%	123.300,34	0,9340	115.162,52	70%
T O T A I S					2.341.076,95		1.780.473,53	

No que concerne ao pedido do patrono do Autuado para que as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas, sob pena de nulidade, em nome do seu patrono, conforme endereço constante em sua petição, há de se registrar que inexistiu óbice algum para acatamento do pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação, não caracteriza nulidade do ato, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo, encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Isso posto, voto pela PROCÊDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269189.1213/12-3**, lavrado contra **COMPERAÇO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FERRO E AÇO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.780.473,53**, 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”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR