

A. I. Nº - 146547.0007/02-3
AUTUADO - MALHA FERRO COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - OLGA MARIA COSTA RABELLO
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 17.12.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0433-02/02

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/09/02, exige o valor de R\$ 21.877,28, em razão da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através do saldo credor na “Conta Caixa”, nos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 9 a 259 dos autos.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 265 a 294, através de seu advogado legalmente constituído, preliminarmente, contesta os percentuais da penalidade pelo suposto inadimplemento da obrigação tributária, com índices de quase 100% sobre o valor do imposto, do que entende caracterizar confisco tributário ou agiotagem tributária. Cita doutrina, jurisprudência e legislação sobre a matéria.

No mérito, aduz que a acusação decorre do saldo credor de caixa proveniente da omissão de compras verificada através do confronto entre a DME e notas fiscais de entradas adquiridas no CFAMT. Entende ser impossível apresentar provas de que tais notas fiscais não se referem a mercadorias adquiridas pelo autuado (provar fato negativo), do que se faz imperiosa a necessidade da prova da acusação, sob pena de tornar o Auto de Infração improcedente, uma vez que a mera existência das referidas notas fiscais, consignando como destinatário o autuado, não implica como prova “irretorquível” de que foram adquiridas pelo contribuinte. Ressalta a prática de utilização de dados cadastrais de contribuintes por “fraudadores de plantão”.

Enfatiza o princípio do direito de que o ônus da prova é de quem acusa, a exemplo de assinatura nos canhotos das notas fiscais por sócios ou prepostos do autuado, e que o Auto de Infração não pode ser lavrado por presunção sob pena de tornasse nulo. Cita dispositivo da Constituição Federal e doutrina.

Salienta a existência de superposição de acusações, implicando nulidade do lançamento, visto que a suposta omissão de compras e o suposto estouro de caixa são punidos com procedimentos e penas diferentes. Argumenta que as notas fiscais adquiridas no CFAMT foram consideradas como pagas à vista, podendo ser à vista e a prazo.

Registra que a tributação do suposto ilícito foi pelo regime normal, mesmo sabendo que trata-se de contribuinte do regime simplificado.

Entende que o dispositivo tido como infringido, art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97, afronta os artigos 5º, LV e 155, II, da Constituição Federal; o art. 1º do Decreto-lei n.º 406/68 e a Lei Complementar n.º 87/96, os quais não contemplam a figura do “Saldo Credor do Caixa” como fato gerador do ICMS, mas sim, a circulação econômica ou jurídica da mercadoria. Além de que tal levantamento foi feito em total descompasso com os princípios de contabilidade, não refletindo o verdadeiro saldo de caixa da empresa no período fiscalizado. Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, em razão da sua acusação não indicar hipótese de incidência de ICMS, pela absoluta falta de provas da presunção alegada, além da inadequação da pena ao caso concreto ou, caso contrário, reduza a penalidade (multa mais acréscimo moratório) a percentuais de 1% sobre o valor do imposto, com base nos argumentos preliminares.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 298 a 299, reafirma que o débito foi apurado através de Auditoria de Caixa efetuada à vista dos documentos apresentados pelo contribuinte, bem como das notas fiscais referentes as compras efetuadas, relacionadas no CFAMT, cujos documentos foram anexados ao processo como prova de que o autuado comprou e não declarou os valores das mesmas na DME. Aduz que o defendente alega não ter adquirido tais mercadorias, porém todas as notas fiscais foram emitidas por fornecedores habituais da empresa, como comprova os lançamentos no Registro de Entradas. Por fim, ressalta que o autuado não comprovou a improcedência da presunção legal, conforme previsto no art. 2º, § 3º, do RICMS/BA.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o imposto decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na “Conta Caixa”, no decorrer do exercício de 2001.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, uma vez que os índices aplicados sobre o valor do imposto exigido, a título de multa e acréscimos legais, são os previstos em lei, não sendo da competência deste tribunal administrativo a declaração da inconstitucionalidade ou questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, conforme preceitua o art. 167 do RPAF, aprovado pelo Dec. n.º 7.629/99.

Quanto ao mérito, constata-se que a acusação está respaldada em presunção legal, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, onde estabelece que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento que 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 ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, o que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu por parte do recorrente.

No levantamento fiscal, foram considerados os débitos pelas vendas à vista e os créditos pelas compras à vista e a prazo, inclusive as capturadas pelo CFAMT, além das despesas operacionais, a exemplo de: fretes, tributos, aluguéis, pessoal, FGTS, INSS, água, luz e telefone, efetivamente pagos no período, conforme demonstrado à fl. 16 dos autos, constatando-se o fluxo de caixa credor, no montante de R\$ 249.610,88, (fl. 15), do que foi aplicada a alíquota de 17% e apurado o imposto de R\$ 42.433,85, do qual foi deduzido o crédito fiscal de R\$ 20.556,56, em obediência ao princípio da não cumulatividade do ICMS, calculado nos termos da Orientação Normativa 01/02, emitida pelo Comitê Tributário da SEFAZ/BA, resultou o imposto exigido de R\$ 21.877,28, consoante demonstrado à fl. 9 do PAF, fato este não destituído pelo autuado em momento algum.

Caberia ao contribuinte apresentar, quando da sua impugnação, novos levantamentos embasados na sua escrita contábil e/ou documentos, em seu poder, para provar a improcedência de tal levantamento e, conseqüentemente, sua destituição. Deve-se ressaltar que a escrituração contábil é feita a partir dos documentos de despesas e de receitas, o que vem justificar o procedimento adotado pelo autuante, diante das inúmeras notas fiscais de compras desconsideradas pelo contribuinte, conforme provam os documentos às fls. 108 a 259 dos autos, os quais, por si só, provam as operações realizadas, uma vez que foram capturadas pelo fisco no trajeto das mercadorias, quando se destinavam ao autuado, cujos remetentes são fornecedores habituais. Observa-se que o autuado, em seu arrazoado, limita-se apenas a negar o cometimento da infração, deixando assim de comprovar a improcedência da presunção, conforme previsto em lei.

Tal procedimento é previsto no artigo 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, o qual determina que “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração n.º **146547.0007/02-3**, lavrado contra **MALHA FERRO COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.877,28**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR