

**A. I. Nº** - 146547.0027/03-2  
**AUTUADO** - CARLOS SANTOS TERRA (ME)  
**AUTUANTE** - OLGA MARIA COSTA RABELLO  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 15. 12. 2003

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0496-04/03**

**EMENTA:** ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A constatação pelo fisco de saldo credor de Caixa, 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente lançamento, datado de 29/09/2003, exige ICMS no valor de R\$11.445,07, em razão de omissão de saída de mercadorias tributáveis.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 169 a 172 dos autos, argüiu, inicialmente, as seguintes preliminares de nulidade:

1ª - AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO FORA DO ESTABELECIMENTO - INEFICÁCIA DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Aduz que o Auto de Infração foi lavrado em outro local, ou seja, na INFAZ-Ilhéus, embora devesse sê-lo no próprio estabelecimento da empresa. Cita o art. 10º, do Decreto Federal nº 70.235/72, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, além de transcrever lição de autor que indica sobre como deve ser formalizado o lançamento do mesmo, em apoio ao alegado.

2ª - INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÕES PARA ESCLARECIMENTOS.

Argumenta ser fato relevante e inafastável que se o agente do fisco encontra qualquer falta de recolhimento do imposto, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa falta de recolhimento. Esclarece ser isso obrigatório, em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do Auto de Infração e da imposição da multa, porque depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio Fisco, qualquer tentativa de descaracterizar a falta de recolhimento, será inútil. Diz que no presente caso, nenhuma intimação foi feita neste sentido.

Quanto ao mérito, após reproduzir os termos da acusação fiscal e citar os dispositivos do RICMS/97 tidos como infringidos, bem como da multa aplicada, com base na Lei nº 7014/96, apresentou os

seguintes argumentos para refutar a exigência fiscal, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas:

1. Que é revendedor dos cimentos Poty e de outras marcas, além de produtos das empresas Cerâmicas Sumaré e Ibicaraí, conforme comprovam as notas fiscais em anexo, cujas compras são efetuadas com o imposto pago pelo regime de substituição tributária;
2. Que os livros Caixa n<sup>os</sup> 01 e 02, entregues a autuante e por ela desconsiderados sem nenhuma observação, conforme protocolo em anexo, relatam a verdadeira movimentação financeira da empresa, através dos quais demonstra saldo devedor na conta caixa, nos anos de 2001 e 2002;
3. Que por ser as mercadorias adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária, mesmo que houvesse saldo credor da conta caixa, essa irregularidade não implicaria em falta de pagamento do imposto, cuja situação a lei não autoriza a exigência de imposto sobre as saídas das mercadorias omitidas. Aduz que manter a presente exigência fiscal, como quer a autuante, seria cobrar imposto em duplicidade, o que é vedado pela legislação estadual. Em apoio ao seu argumento, o autuado fez a juntada em sua defesa, da cópia do Acórdão n<sup>o</sup> 0323-04/03 da 4<sup>a</sup> JF.

Ao finalizar, requer que as questões levantadas sejam analisadas e apreciadas uma a uma, bem como espera que a autuante reconheça os equívocos incorridos no lançamento efetuado e que o CONSEF julgue improcedente o Auto de Infração.

A autuante ao prestar a sua informação fiscal, fls. 476 e 477 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Sobre a defesa formulada, assim se manifestou:

1. Que de acordo com o § 1<sup>o</sup>, do art. 39, do RPAF/99, o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração;
2. Que o contribuinte foi intimado a apresentar a documentação fiscal, para fins de fiscalização e que a intimação após a apuração da irregularidade foi feita no próprio Auto de Infração, para o recolhimento do débito ou apresentação da defesa. Aduz inexistir previsão legal para que o contribuinte seja intimado antes da lavratura do Auto de Infração para explicar a irregularidade detectada;
3. Que o débito foi apurado através de Auditoria de Caixa, à vista dos documentos apresentados pelo contribuinte e anexados ao processo. Esclarece que o autuado comercializa com mercadorias de tributação normal e não somente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;
4. Que na omissão de saídas por presunção legal, apuradas através de saldo credor da conta Caixa, não se determina quais mercadorias foram omitidas, além do que o autuado não comprovou a improcedência da presunção, conforme previsto no art. 2<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup>, do RICMS/BA.

Ao finalizar, pede a manutenção do Auto de Infração.

## VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver omitido saída de mercadorias tributáveis, apuradas através de saldo credor de caixa.

Para instruir a ação fiscal, foram anexados aos autos, pela autuante, às fls. 8 a 165, além de outros documentos e levantamentos, os Demonstrativos da Auditoria das Disponibilidades (fls. 9 e 20), através dos quais foram detectados saldos credores na conta Caixa nos exercícios de 2001 e 2002.

Inicialmente, sobre as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, não merecem o meu acolhimento, pelos seguintes motivos:

I - Em relação à primeira, esclareço não proceder o argumento defensivo, já que o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, prescreve que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição ou no local onde se verificar a infração. Por ter sido o Auto de Infração lavrado na INFAZ-Ilhéus, local onde foi constatada a irregularidade, não houve, portanto, por parte da autuante, nenhuma transgressão as normas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal;

II - Com referência à segunda, considero sem nenhum fundamento, pois, inexistente previsão legal na legislação tributária estadual, que determine a expedição de intimação ao contribuinte, para que o mesmo explique a irregularidade apurada na ação fiscal antes da lavratura do Auto de Infração.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, observei que o autuado em sua defesa se limitou a alegar que, por serem as mercadorias adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária, o fato de ser constatado saldo credor na conta Caixa, tal irregularidade não implica em falta de pagamento do imposto, o que não concordo. É que de acordo com o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7014/96, o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, além de outras ocorrências, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a improcedência da presunção, o que não ocorreu no presente caso.

Quanto ao Acórdão de nº 0323-04/03 desta 4ª JJF juntado pela defesa, esclareço que a infração que foi imputada ao contribuinte é diferente da que foi apurada no presente lançamento, razão pela qual deixo de apreciá-lo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146547.0027/03-2**, lavrado contra **CARLOS SANTOS TERRA (ME)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.445,07**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR