

**PROCESSO** - A.I. N° 191828.0065/03-0  
**RECORRENTE** - COMERCIAL POÇÕES DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4<sup>a</sup> JJF n° 0470-04/03  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 12.08.04

## 2<sup>a</sup> CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0189-12/04

**EMENTA:** ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta 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. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS RELACIONADAS NA PORTARIA N° 270/93. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a falta de recolhimento do ICMS relativo a antecipação tributária nas aquisições de mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária, oriundas de outras unidades da Federação. Infrações comprovadas. Rejeitados o pedido de diligência e as preliminares. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, ora recorrente, contra a Decisão constante do Acórdão JJF n° 0470-04/03, no qual a 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual declarou, à unanimidade, a Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 01/09/2003, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 96.291,41, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de saldo credor de “Caixa”, no valor de R\$ 95.708,47 e de falta do recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$ 582,94.

O autuado apresentara defesa, fls. 255 a 265, alegando, preliminarmente, que o autuante se limitara a analisar as despesas pagas e as compras de mercadorias, sem levar em consideração outros documentos que permitiriam proceder a fiscalização do estabelecimento autuado pelos métodos normais de fiscalização, e dar ao contribuinte oportunidade de se manifestar quanto as presunções.

Segundo a defesa, nem toda receita obtida pelo contribuinte se origina de vendas de mercadorias e que a empresa apresentara toda a documentação solicitada e, entendendo não se admitir a presunção, transcrevera o Acórdão JJF n° 2096/00, citara doutrina e decisões de outros órgãos julgadores, para embasar sua alegação.

No que concerne ao mérito da acusação, sustentara que o autuante não procedera a uma análise mais acurada da verdade material, distorcendo a conta caixa da empresa, ensejando falsas

presunções e que os documentos que pretendia apresentar quando da audiência de Julgamento da defesa, certamente elidiriam a presunção, pois comprovariam que a receita do contribuinte não se originara exclusivamente da venda de mercadorias, mas, também, de empréstimos bancários, empréstimos a pessoas físicas, dentre outras fontes de receita.

Afirmando que a imputação estaria desprovida de elementos probatórios e que a lei autoriza ao contribuinte apresentar prova em contrário por se tratar de presunção “júris tantum”, solicitará a realização de perícia e ao final, requererá que o Auto de Infração fosse julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 272 e 278, o autuante registra que o autuado apenas impugnara a Infração 1, ficando tacitamente reconhecido o lançamento fiscal constante da Infração 2, afirmado, também, que não prosperariam as alegações do recorrente, porque os métodos utilizados na auditoria, encontram-se respaldados nos artigos 2º, § 3º, inciso I; 50; 60, inciso I; 124, inciso I e 218, todos do RICMS/97; e em consonância com as prerrogativas constantes do artigo 2º, do RPAF/99 e no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, mormente quanto à apresentação das provas das infrações cometidas, as quais foram devidamente acostadas ao PAF.

Afirmara o autuante que fora minucioso na peça acusatória e juntara ao Auto de Infração todos os meios de provas, para dar sustentação à acusação fiscal e que a infração em tela - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa-, indicativa de que o sujeito passivo efetuara pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, já conta com jurisprudência na esfera do CONSEF de tratar-se efetivamente de prática de evasão fiscal, quando o autuado não consegue comprovar a origem desses Recursos e que nenhuma prova foi acostada aos autos pelo autuado, sendo o momento apropriado o transcorrer do prazo de defesa que lhe é concedido pela legislação, e não por ocasião da audiência de julgamento como requererá a defesa, ressalvadas aquelas situações previstas nos inciso do § 5º, do artigo 123, do RPAF/Ba., que não se aplicada ao presente, pois não houve nenhum motivo de força maior que impedisse o contribuinte de apresentar todas as provas de que porventura dispusesse, pretensão que fere o devido Processo Legal.

O autuante descreverá os procedimentos adotados na auditoria e argumentará que o autuado comercializa com mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária e no regime normal, o que impossibilita comprovar que as operações anteriormente realizadas e não contabilizadas supostamente poderiam se referir a mercadorias cujo imposto pago antecipadamente e questionará porque, se porventura o autuado possuía outras receitas que não provenientes de vendas, como alegara em sua defesa, a exemplo de empréstimos contraídos de terceiro, não foram contabilizados no seu caixa. Ao final, o autuante requererá a manutenção integral da autuação.

O PAF foi incluído em pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser instruído. Porém, após sua instrução, em 20/11/03 foi acostada às fls. 287 a 289, nova manifestação do autuado sobre diversas notas promissórias que emitira e sobre a suposta venda de um veículo do tipo caminhão, pedindo novo prazo para produção de provas.

Em seu voto, o relator do processo em primeira instância afastou as preliminares suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Roteiro de Auditoria de Caixa aplicado durante a Auditoria Tributária pelo auditor fiscal, é um procedimento aprovado pela Administração Tributária Estadual, estando de acordo com os Princípios e Normas Contábeis. Ademais, a jurisprudência consolidada pelo CONSEF reconhece a validade da Auditoria de Caixa. Por sua vez o autuado foi Intimado na forma regulamentar, fl. 12, para apresentação do livro Caixa e documentos correspondentes.

Em relação ao pedido de diligência formulado pela defesa, entendera o D. relator da 4<sup>a</sup> JJF que não poderia ser acolhido, pois submetido o PAF à pauta suplementar, a 4<sup>a</sup> JJF decidira que o mesmo encontrava-se em condições de ser julgado, porque os elementos constantes nos autos seriam suficientes para formação da convicção dos julgadores.

Em relação ao mérito, o D. relator observou que em relação à Infração 2, o autuado não apresentara qualquer argumento ou documento para contestar a exigência tributária, o levando a interpretar o silêncio do contribuinte como um reconhecimento tácito da irregularidade apontada, estando assim caracterizada a referida infração.

Quanto à Infração 1, após analisar os demonstrativos e documentos anexados às fls. 15 a 247 dos autos, disse o relator, sendo constatada a ocorrência de suprimentos a “Caixa” de origem não comprovada, ou a ocorrência de saldo credor na referida conta, significava dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo, tiveram a sua origem desconhecida, presunção “*juris tantum*”, ou seja, que admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, mas que em sua defesa o autuado limitara-se a alegar que nem toda receita obtida se origina de vendas de mercadorias, mas, também, de empréstimos bancários, empréstimos a pessoas físicas, dentre outras fontes de receita, porém não apresentara qualquer elemento de prova da sua alegação capaz de elidir a presunção.

Com fulcro no art. 123, do RPAF/99, o Ilustre relator não acolheu o pedido de produção de prova documental na Sessão de Julgamento, prorrogação do prazo de defesa, pois, conforme determina o § 5º, a prova documental será apresentada na impugnação, pré-incluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que ficasse demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior, se refira a fato ou direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, fato que não foi demonstrado pela defesa.

Por isso, votou pela Procedência do Auto de Infração, sendo acompanhado por seus pares.

Intimado da Decisão, o autuado, ora recorrente, ofereceu Recurso Voluntário em que alega improcedência da autuação por falta de elementos probatórios e por inocorrência de fato gerador e desrespeito ao princípio da legalidade e, ainda, que houvera erro no julgamento pela 4<sup>a</sup> JJF, que teria deixado de analisar provas e argumentos do autuado, o que conduziria à nulidade e no mérito à improcedência. Segundo o recorrente, o autuante enveredara apenas por uma das vertentes do trabalho, deixando de considerar que os livros contábeis de 1997 demonstrariam a existência de recursos suficientes para cobrir todas as despesas até o final de 2000 e que a 4<sup>a</sup> JJF sobre isso nada dissera. Também alega que o próprio autuante teria reconhecido a impossibilidade de comprovar se as saídas omitidas teriam tido o imposto pago por antecipação e que o autuante lavrara um Auto de Infração desprovido de provas. Por isso transcreve os Acórdãos CJF nºs 0894/01 e 0068-11/02 e CS nº 0177-21/02.

O recorrente alegando que o autuante não considerara empréstimo ainda não resgatado, cujas notas promissórias tivera dificuldade em resgatar junto aos credores, resistente em entregá-las, face o princípio da cartularidade, e a venda de um caminhão, pediu a realização de diligência fiscal, com marcação de data e hora, no estabelecimento do autuado, onde, afirma, seus credores teriam se comprometido a apresentar os documentos para avaliação do fiscal designado.

Os pedidos do recorrente são ao final de seu Recurso Voluntário: decretação de Nulidade total do Auto de Infração ou sua Improcedência.

Submetidos os autos à PGE/PROFIS, a Douta procuradora do Estado - Dra. Maria Olívia Teixeira de Almeida - opinou pela realização da diligência solicitada pelo recorrente para que os

documentos por ela, recorrente, indicados para elidir a presunção de omissão de saídas fossem avaliados, observando que a questão jurídica a ser analisada era exclusivamente a questão fática, devendo subsistir a autuação caso não fosse elidida, pelo contribuinte, a presunção legal de omissão de saídas.

Submetido o processo a julgamento em Pauta Suplementar, foi o mesmo convertido em diligência. Intimada por duas vezes o recorrente, esta não apresentou os documentos solicitados, limitando-se a alegar que as informações já tinham sido produzidas pelo próprio autuante, tendo o diligente – Dr. José Franklin Fontes Reis – concluído que o autuado não apresentara os elementos imprescindíveis para afastar a presunção de omissão de saídas tributadas que resultou remanescente.

Retornou o processo à PGE/PROFIS tendo a Douta procuradora do Estado - Dra. Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleiro Costa - afastado as nulidades suscitadas porque o procedimento fiscal respeitara os princípios aplicáveis, dentre eles, os da legalidade, da moralidade e da finalidade e, quanto ao mérito opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário face o resultado da diligência que teria concluído que as notas promissórias e a cópia de dut e contrato de leasing, por si só, não seriam suficientes para afastar a presunção de omissão de saídas tributadas, porque não vieram acompanhadas de prova da entrada dos respectivos valores.

## VOTO

Efetivamente, não estão presentes nos autos elementos de prova ou argüições juridicamente fundamentadas que autorizem a nulificação do Auto de Infração ou da Decisão recorrida. A descrição da infração é minuciosa, os elementos de suporte da acusação fiscal estão acostados, os argumentos pertinentes da defesa foram analisados no julgamento em Primeira Instância, cuidou-se, por fim, por iniciativa de representante da PGE/PROFIS, de preservar o amplo direito de defesa do autuado.

Não tem razão o recorrente, portanto, em seu Recurso Voluntário, onde alega improcedência da autuação por falta de elementos probatórios, posto que estão eles presentes e os que ela considerou imprescindíveis, deixou de apresentar.

Quanto à alegação de inocorrência de fato gerador, é cediço neste Conselho de Fazenda que a presunção legal de omissão de saídas, quando não elidida pelo contribuinte, remanesce.

Quanto ao suposto desrespeito ao princípio da legalidade, não merece acolhimento, pois a acusação procedida tem respaldo no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação de que houvera erro no julgamento pela 4ª JJF, que teria deixado de analisar provas e argumentos do autuado, o que conduziria à nulidade, observo que o relator referenciou a constatação de saldos credores pelo autuante em todos os exercícios, inclusive no exercício de 1997, daí porque resulta inválida a argüição.

Quanto à alegação de que o próprio autuante teria reconhecido a impossibilidade de comprovar se as saídas omitidas teriam tido o imposto pago por antecipação e que o autuante lavrara um Auto de Infração desprovisto de provas, devo observar que a próprio autuado ao transcrever os Acórdãos CJF nºs 0894/01 e 0068-11/02 e CS nº 0177-21/02, reforça a acusação fiscal, pois tais decisões confirmam a necessidade de contraprova elisiva pelo contribuinte no caso de presunções legais.

No que concerne ao suposto empréstimo e à venda do veículo, o recorrente frustrou a realização da diligência que ela própria solicitara.

Por isso, acolhendo o Parecer opinativo da Ilustre representante da PGE/PROFIS, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e mantendo irretocada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 191828.0065/03-0, lavrado contra **COMERCIAL POÇÕES DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$96.291,41, sendo R\$42.811,90, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$42.317,25 e 60% sobre R\$494,65, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$53.479,51, acrescido das multas de 70% sobre R\$53.391,22 e 60% sobre R\$88,29, previstas nos incisos, III, II, “d”, do mesmo art. e lei acima citados e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CESAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS