

PROCESSO - A. I. Nº 297248.0068/05-0
RECORRENTE - VILMA PEREIRA (PLANETA PÉ CALÇADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECRUSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5º JJF nº 0115-05/06
ORIGEM - INFRAZ IRECÉ
INTERNET - 28/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0470-11/06

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Acolhida a improcedência do feito, tendo em vista que o contribuinte opera, apenas com produtos sujeitos à antecipação tributária, cujas operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias ficam desoneradas do imposto. Infração não caracterizada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, em razão da Decisão de primeiro grau que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 20/06/2005, objetivando exigir ICMS, no valor de R\$12.656,69, acrescido da multa de 70%, bem como exigir multa de R\$690,00 por descumprimento de obrigação acessória, em razão dos seguintes fatos:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor na Conta Caixa, com imposto devido no valor de R\$12.656,69, referente aos exercícios de 2003 e 2004, conforme Auditoria do Fluxo de Caixa à fl. 5 e;
2. Deixou de emitir, na condição de estabelecimento varejista, nota fiscal correspondente às operações realizadas diretamente para consumidor final. O autuante lavrou Termo de Apreensão (fls 36) documentando a apreensão de um talão de venda e duplicatas da empresa, embora com inscrição e endereço diverso do contribuinte, apontando a falta de emissão de documento fiscal.

Os membros da Primeira Instância acordaram nos seguintes termos:

Quanto a infração 1, ressaltaram que a presunção decorre de dispositivo regimental, o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, o qual dispõe que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar saldo credor de caixa. A presunção é uma das raras hipóteses no direito tributário em que o ônus da prova é invertido, cabendo ao contribuinte comprovar a origem dos recursos, elidindo a pretensão do fisco. Isto posto, decidiram afastar a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo em relação à infração 1, sob a alegação da ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração. Entenderam que o procedimento fiscal encontra-se instruído, não configurando quaisquer das causas contidas no art. 18 do RPAF.

No tocante ao argumento que o imposto já fora pago por antecipação tributária, não subsistindo a exigência de omissão de saídas, acordaram que não há como prosperar, pois não existe amparo legal, uma vez que a Lei estabelece a presunção de omissão de saídas de mercadoria tributáveis, cuja alíquota aplicável é das operações normais, ou seja, 17%, embora se aplicando o crédito presumido de 8%.

Ressaltaram que o autuante, inicialmente, solicitou a apresentação dos livros contábeis, dos extratos e conciliações bancárias, dos comprovantes de empréstimos, não tendo sido atendido, fato que culminou na elaboração do 1º demonstrativo, o qual não continha o saldo inicial de caixa. Em sua segunda manifestação, o autuante acatou o saldo inicial para 2003, como alegado na defesa, no importe de R\$10.000,00, bem como alterou para R\$58.215,25, o valor das compras em

2004, uma vez que este foi o valor efetivamente comprovado, através de cópias de notas fiscais retidas pelo sistema CFAMT.

Com referência às cópias de contratos com instituições financeiras, apresentadas pelo sujeito passivo como prova do ingresso de Recursos em seu Caixa, esclareceram que as mesmas, desacompanhadas da efetiva utilização de tais valores por parte do recorrente, não se prestam a produzir prova válida. Frisaram que o contribuinte foi intimado a comprovar a utilização dos empréstimos bancários contraídos por ele junto a instituições financeiras, mas não as apresentou.

Informaram que de acordo com o art. 195 do CTN, o servidor fiscal tem competência legal para examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos contribuintes. A Lei Complementar nº 105/2001 em seu art. 6º dispõe que os agentes fiscais tributários do Estado poderão examinar documentos, livros e registros referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado, como é o caso em questão. Não haveria assim afronta ao sigilo bancário do contribuinte, se apresentasse à documentação solicitada, já que o sigilo bancário não é oponível ao fisco. O autuante aduziu que ao contrário do alegado pelo contribuinte, não foi oferecido o Livro Caixa para a fiscalização, nem durante a auditoria, nem com o cumprimento da diligência requerida, ficando prejudicado o desdobramento das despesas, item a item. Como esse livro está em poder do recorrente, cabia ao mesmo apresentá-lo, uma vez que o fato se tornou controverso. Ao não trazer a lide, prova que dispunha, o contribuinte descumpriu o art. 2º, §2º e 123, §5º do RPAF, e por essa razão, os julgadores rejeitaram a solicitação do deficiente quanto ao desdobramento do item Salário e Outras Despesas.

Quanto à segunda infração, o Recorrente, em sua defesa, disse inicialmente que esta era conexa à primeira. Em seu segundo pronunciamento, afirmou que os documentos apreendidos, e tidos como inidôneos pela fiscalização, eram apenas para controle interno. O órgão *a quo* entendeu que os orçamentos apreendidos (fls 21/26 e 31/34), nos quais consta a observação que se tratava de operações “à vista”, com valores e produtos discriminadas, configuram, por si só, prova da omissão de saídas anteriores tributadas, que constitui o fruto da acusação da 1ª infração. Ressaltou que o endereço e a inscrição lá apostos não eram os mesmos do recorrente, apesar do mesmo nome de fantasia, não tendo o contribuinte se manifestado acerca dessa flagrante divergência. Portanto, os membros do órgão de primeiro grau entenderam que essa infração está contida na primeira, a qual trata de saldo credor de caixa, sendo, portanto absorvida por aquela. Desconstituíram, assim, essa infração.

Ante o exposto, concluíram pela Procedência em Parte do Auto de Infração em comento para exigir imposto no valor de R\$8.220,91.

A contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fls. 255/258, alegando em síntese que todas as mercadorias que deram entrada na empresa do recorrente estão enquadradas no Regime de Antecipação Tributária e, portanto, estão desoneradas de tributação nas operações internas subsequentes. Sustenta ainda que na hipótese de omissão comprovada, caberia tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória – emissão de notas fiscais.

Outrossim, alega que foi erroneamente presumido que os Recursos necessários à formação do estoque seriam provenientes de operações anteriormente realizadas. Frisa que a empresa iniciou suas atividades no início do ano de 2003, e os citados valores não correspondem à omissão de saídas, pois foram necessários ao inicio das atividades empresariais. Pugna pelo levantamento quantitativo por espécie de mercadoria para que seja determinado com segurança o tamanho do estoque e/ou da omissão de saídas.

Apresenta cópias de extratos bancários; cópias das Notas Fiscais e dos seus respectivos DAE's, acrescidos do MVA (margem de valor agregado) exigido pela legislação pertinente ao regime, no valor de R\$ 12.485,77 - ICMS esse que foi objeto de denúncia espontânea datada de 07/2004, fls.297 – com intuito de, conjuntamente com as outras Notas Fiscais e respectivos DAE's anteriormente apresentados, comprovar a antecipação tributária.

Em Parecer emitido pela ilustre representante da PGE/PROFIS foi proferido entendimento que deve ser apurado o percentual de saídas tributadas antecipadamente, e exigir o ICMS devido tão somente quanto à proporção de saídas não antecipadas.

Frisa que este entendimento não condiz com anteriores Pareceres, assim como com a jurisprudência dominante deste CONSEF, todavia pugna pela evolução da interpretação em obediência ao princípio da verdade material. Cita o Acórdão nº 0291-12/06 da 2ª CJF, que partilha da tese por si esposada e inaugura novo rumo na interpretação da tributação por omissão de saídas.

Diante disso, pugna pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Após a análise dos autos, verifico que o cerne da lide é a omissão de saídas relativas a operações de circulação de mercadoria anteriormente tributadas.

Inicialmente, identifico que foi reconhecido pelo acórdão de primeiro grau o saldo inicial - de R\$ 10.000,00 - necessário ao início das atividades empresariais do Recorrente, o que, por conseguinte, não configura omissão de saídas. Portanto, não acolho o pedido do contribuinte no que diz respeito ao levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, por entender que nos autos encontram-se elementos suficientes para o julgamento do feito.

Quanto às mercadorias tributadas por antecipação tributária, concordo com o Parecer da ilustre representante da PGE/PROFIS, e peço *vénia* para discordar do Acórdão proferido em Primeira Instância. Pois, vai de encontro ao princípio da verdade material a presunção de omissão de saídas referentes às operações tributadas antecipadamente.

Não pode prevalecer a tributação da totalidade saídas omitidas aplicando tão-somente o crédito de 8%, como entendeu o primeiro grau de jurisdição deste CONSEF, pois, esta equivocada interpretação importaria na tributação duplicada da mesma operação de circulação de saída de mercadoria – *bis in idem*.

Portanto, necessário de faz a elaboração de novo demonstrativo de débito, onde constem todas as saídas de mercadorias que foram tributadas antecipadamente – conforme comprovado nos DAE's e na denúncia espontânea constantes nos autos – com o fito de tributar o recorrente tão-somente pela omissão de saídas que não foram tributadas antecipadamente.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja reconhecida a improcedência da autuação, tendo em vista que o contribuinte opera, apenas, com produtos sujeitos à antecipação tributária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297248.0068/05-0, lavrado contra **VILMA PEREIRA (PLANETA PÉ CALÇADOS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRO LYRIO PIMENTA – RELATOR

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