

A. I. N° - 298237.0601/08-7
AUTUADO - VIAÇÃO AGUIA AZUL LTDA.
AUTUANTE - TRAJANO ROCHA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 08.04.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0027-05/09

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração nula, por falta de previsão legal de presunção de omissão de prestações de serviço de transporte. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$69.232,58, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

O autuado impugnou o lançamento tributário, folhas 40 e 53, alegando que o autuante não observou que o contribuinte opera, única e exclusivamente, com a prestação de serviços de transporte rodoviário de passageiros, não comercializa nenhuma mercadoria, não podendo ser aplicada a presunção de omissão de saídas de mercadorias conforme consta da autuação.

Aduz que o Regulamento do ICMS, por tratar-se de Decreto deve fiel obediência as normas contidas na Lei n° 7.014/96, não podendo criar ou instituir tributos, estender ou restringir o alcance da Lei, prever penalidade e novos fatos geradores, o observa que, nem a Lei Estadual poderia, posto que somente Lei Complementar pode fazê-lo.

Prosseguindo, transcreve o caput § 4º do art. 4º do RICMS/97, para demonstrar que a presunção somente pode ser aplicada quando o contribuinte comercializa com mercadorias.

Reitera que o autuado não comercializa nenhum tipo de mercadoria, somente presta serviços de transporte rodoviário de passageiros.

Frisa que o autuante não conseguiu enquadramento para a suposta infração de falta de registro de prestação de serviços, simplesmente, porque não existe enquadramento para o que não está previsto em Lei.

Tece comentários sobre o princípio da legalidade, transcrevendo trechos dos artigos 97 e 112 do Código Tributário Nacional – CTN e trechos dos Acórdãos JJF N° 1256/00, JJF N° 0096/00 e 0189-01/02 todos deste órgão julgador e de outros tribunais.

No mérito, apontou os seguintes erros do levantamento fiscal:

1. ICMS/TPS: o valor recolhido no exercício foi de R\$85.459,99 e o autuante considerou R\$92.804,80;
2. TPP – o pagamento foi R\$34.926,68 e o autuante considerou como sendo R\$113.122,50;

Aduz que corrigido esses valores a coluna “aplicações” deve ser corrigida para R\$4.781.429,12, passando o saldo apurado para R\$1.387.083,12, ao qual aplicando o percentual de 28%, referente ao percentual das Receitas Vinculadas ao ICMS, teremos R\$388.383,30, que aplicando a alíquota de 5%, teria um ICMS de R\$19.419,16.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 55 e 56, salienta que a empresa não comprova a origem das receitas omitidas, logo, presume-se, por força de lei, que tais receitas foram obtidas através de omissão de receitas sujeitas à tributação do ICMS e/ou do ISS.

Salienta que para determinar o valor das receitas omitidas vinculadas ao ICMS, estabeleceu um percentual, com base nas informações da própria empresa, das receitas declaradas provenientes de prestações sujeitas ao ICMS em relação ao total das receitas auferidas, conforme demonstrativo, folha 9 dos autos.

Concordou com as correções nos valores do “ICMS/TPS” e “TPP”, porém diz que a alíquota aplicada deve ser de 17%, reduzindo o ICMS devido para R\$65.177,39.

Ressalta que o autuado reconheceu a mesma infração constante em outro Auto de Infração.

Em nova manifestação defensiva, folhas 65 e 66, ressaltou que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal considerou “inapropriado” a aplicação do artigo 2º, § 3º do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vem referendar a tese defensiva de que a exigência tributária imposta na presente autuação não tem base legal.

Reitera que a Lei do ICMS não trouxe a figura da presunção nas prestações de serviços, quer seja de transporte ou de comunicações, apenas aplicando-se as operações com mercadorias, nos termos do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

Em sua defesa o autuado destaca que não comercializa com nenhum tipo de mercadoria, sua única atividade é a prestação do serviço de transporte, não existindo previsão legal para aplicação da presunção de omissão de serviços, pois não consta no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Observe que a infração foi baseada no inciso I do § 3º do artigo 2º do RICMS/87, com a redação atual da parte inicial do § 3º do art. 2º dada pela Alteração nº 10, Decreto nº 7490, de 30/12/98. DOE de 31/12/98, in verbis:

“Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

...

*§ 3º Presume-se a ocorrência de operações **ou de prestações** tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:*

I - saldo credor de caixa;” (grifo meu)

Logo, o regulamento do ICMS admite a aplicação da presunção para as empresas prestadoras de serviços, conforme acima transcrito.

Entretanto, essa previsão regulamentar decorre do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o qual não prevê a aplicação da presunção para prestações de serviços, apenas autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme podemos constatar na transcrição abaixo:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

*§ 4º 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.” (grifo meu)

Logo, não resta dúvida de que na Lei do ICMS *o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, como foi apurado pela fiscalização no caso em lide*, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, não existindo previsão para as prestações de serviços. A figura da presunção prevista na Lei nº 7.014/96 apenas aplica-se às operações com mercadorias, nos termos do §4º do art. 4º, acima transcrito.

Esse entendimento já foi manifestado pela PGE/PROFIS e pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao analisar a mesma questão em Auto de Infração lavrado contra empresa do mesmo ramo de atividade, prestação de serviço de transporte, mediante Acórdão CJF Nº 0257-11/08, que decidiu pela nulidade de idêntica infração, cuja Ementa transcrevo abaixo:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0257-11/08

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações nulas, por falta de previsão legal de presunção de omissão de prestações de serviço de transporte. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.”**

Comungo, integralmente, com o entendimento contido na decisão acima transcrita, por entender que a infração foi embasada em norma prevista apenas no regulamento, sem previsão na Lei do ICMS, infringindo os princípios da legalidade e da tipicidade na norma tributária, não se configura a subsunção do fato concreto à hipótese prevista na lei, sendo inaplicável a imputação constante no Auto de Infração em lide.

Pelo exposto, voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 298237.0601/08-7, lavrado contra **VIAÇÃO ÁGUA AZUL LTDA.**

Esta Junta 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Salas das Sessões do Consef, 24 de março de 2009

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA