

A. I. N° - 206898.0190/08-8
AUTUADO - ESKINÃO DA IRRIGAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LAURO DOS SANTOS NUNES
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 08.10.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0341-04/09

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. O contribuinte não comprovou a origem de parte dos recursos. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Imputação não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 12/11/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$68.321,49, em razão de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa, com ICMS devido no valor de R\$ 23.281,19.
2. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$ 45.040,30, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Erro na determinação da Base de Cálculo em função de emissão de Notas Fiscais de mercadorias com ICMS devido a alíquota de 17%, com redução da base de cálculo, para uma carga tributária de 5,6%.

Às folhas 479 a 481, o contribuinte reconheceu integralmente o Auto de Infração, requerendo o parcelamento em 20 meses.

À folha 482, consta despacho do Inspetor Fazenda indeferindo o pedido de parcelamento por falta de pagamento da inicial.

O autuado impugnou o lançamento tributário, folhas 485 a 502, arguindo preliminarmente decadência para o lançamento dos créditos fiscais das competências de 01/01/2003 a 31/12/2005, alegando que nos tributos, tais como ICMS, de lançamento por homologação, o pagamento antecipado opera a extinção definitiva do crédito em cinco anos após o fato gerador, quando se perfecciona a homologação tácita do pagamento, nos termos do art. 150, §§ 1º e 4º do CTN, que transcreve. Deste modo, tendo havido pagamento, ainda que parcial, do tributo exigido, tal pagamento opera extinção definitiva do crédito tributário, por via da homologação tácita, cinco anos após ocorrência do fato impositivo. Assim, dentre o imposto exigido, que corresponde ao período fiscalizado de 01/01/2003 a 31/12/2005, aquele cujo fato gerador se compreende entre 01/01/2003 e 14/11/2003 já se reputa abrangido pelo interstício decadencial, devendo, em qualquer hipótese, ser extirpado do montante cobrado.

Quanto à infração 01 diz que não ocorreu a imputação alegada quanto ao saldo credor de caixa, tendo se dado, em verdade, contabilização em duplicidade do pagamento de um conjunto de documentos fiscais, circunstância que induziu a erro a fiscalização na apuração de saldo credor inexistente. Diz que o autuante, na apuração do suposto saldo credor de caixa, promoveu o

estorno de receita oriunda do aumento de capital da empresa, no montante de R\$100.000,00, ocorrido em 2004, sem fundamentar tal procedimento. Assevera que o aumento de capital ocorreu de forma legítima, pelo sócio do contribuinte, Sr. Edigar Martins de Souza, e para comprovar, diz acostar cópia da declaração do imposto de renda da pessoa física, onde foi declarado o aumento de capital realizado na pessoa jurídica, assim como, cópia da alteração contratual devidamente registrada na JUCEB, atestando a ampliação do capital social na forma referida.

Frisa que apenas com a contabilização desta receita de R\$100.000,00 de aumento de capital da empresa, indevidamente estornada, já é suficiente para infirmar o estouro de caixa equivocadamente aferido pelo autuante.

Quanto à infração 2, diz que as mercadorias lançadas pelo contribuinte, com base de cálculo reduzida, se consubstanciam exatamente em peças e máquinas integrantes de conjuntos de irrigação, agraciados com o benefício fiscal da redução da base de cálculo nos termos do art. 77, II do Decreto nº 6.284/97 e Convênio ICMS nº 52/91. Deste modo, não se trata de erro na determinação da base de cálculo, mas de regime previsto na própria legislação do ICMS, que resulta na aplicação de carga fiscal de 5,60%, para as operações com os equipamentos referidos.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 835 a 838, esclarece, em relação ao capital social de R\$ 200.000,00, que intimou o contribuinte à folha 09 dos autos para apresentação de microfilmagem dos cheques ou recibos de depósitos ou extratos bancários, relativos aos valores de R\$ 100.000,00 com data de 29/08/2003 e mais R\$ 100.000,00 com data 17/06/2004, sem que o sujeito passivo tenha atendido a intimação. Quanto à duplicidade de lançamento constante na contabilidade do autuado, acatou os argumentos, informando que após as devidas correções dos estornos dos lançamentos em duplicidade e não havendo estouro de Caixa no exercício de 2005, a infração 01 -05.03.02- saldo credor de caixa, de R\$ 23.281,20 passa para R\$ 13.711,53.

No tocante a infração 02, permanece o valor integral, pois o contribuinte vende mercadorias tanto contempladas com a redução da base de cálculo, de alguns produtos relacionados no Anexo 06 do RICMS, como outras que são tributadas normalmente. Neste caso, os produtos não contemplados teriam por obrigação legal de se emitir notas fiscais especificando corretamente a discriminação que está contida nas notas fiscais de entrada, todavia, as notas fiscais foram emitidas de forma irregular, sem observar as regras do art. 219. Frisa que foi com muita dificuldade que efetuou o levantamento fiscal e conseguiu desmembrar as mercadorias que se encontram com redução da base de cálculo e as mercadorias que estão com tributação normal, tendo efetuado um levantamento criterioso, como pode ser observado nas planilhas e cópias das notas fiscais, fls. 160 a 309 dos autos.

Com relação à decadência argüida pelo autuado, diz que o Art. 965 do RICMS/97, determina a extinção do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. O parágrafo único esclarece que o direito a que se referem estes artigos extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contando da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Às fls. 845 e 846, consta intimação ao autuado para conhecimento da Informação Fiscal, dando o prazo de 10 dias para se manifestar, mas silenciou.

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 de duas infrações.

Preliminarmente, em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período 01/01/2003 a 14/11/2003, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessário a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, o fisco teria até o dia 31/12/2008 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 12/11/2008 não se configurou a decadência.

Superada a questão preliminar, no mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

Nesta situação, determina o art. 2º, § 3º, IV, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrência 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**, entradas de mercadorias ou bens não registrados, além outras hipóteses. No mesmo sentido, estabelece o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, o qual transcrevo abaixo para um melhor entendimento:

“Art. 4º ...

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos 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 nosso)*

Trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

Em sua defesa o sujeito passivo nega a ocorrência da imputação, alega aumento de capital social e erro de sua contabilidade.

No tocante a alegação de aumento de capital, entendo que não pode ser acolhido, pois não basta a comprovação do aumento do mesmo. É imprescindível que ocorra o efetivo ingresso do numerário, na conta da empresa, o que não foi comprovado pelo contribuinte, pois o auditor autuante, antes da lavratura do Auto de Infração, em correto procedimento fiscal, intimou o sujeito passivo, conforme documentos acostado à folha 09 dos autos, para apresentação de microfilmagem dos cheques ou recibos de depósitos ou extratos bancários, relativos aos valores de R\$ 100.000,00 com data de 29/08/2003 e mais R\$ 100.000,00 com data 17/06/2004, sem que o sujeito passivo tenha atendimento a intimação e sem que tenha trazido aos autos quando da sua impugnação ao lançamento tributário.

Quanto à alegação defensiva de que houve erro de sua contabilidade, escriturando em duplicidade diversos pagamentos que induziram a fiscalização a erro na apuração de saldo credor inexistente, entendo que esse argumento deve ser acolhido, uma vez que foi constatado pelo autuante quando da informação fiscal, tendo refeito os demonstrativos, os quais acolho integralmente. Ademais, o sujeito passivo recebeu cópia do novo demonstrativo, sendo intimado do prazo legal para se manifestar, entretanto silenciou.

Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada, sendo reduzida de R\$23.281,20 para R\$ 13.711,53, conforme abaixo:

DATA OCORR	NO AI	EXCLUSÃO	ICMS DEVIDO
31/8/2003	455,76	0,00	455,76
30/9/2003	5.633,45	0,00	5.633,45
30/4/2004	1.293,94	0,00	1.293,94
31/7/2004	4.392,73	0,00	4.392,73
31/8/2004	1.310,72	0,00	1.310,72
31/10/2004	624,93	0,00	624,93
30/4/2005	3.667,36	3.667,36	0,00
31/5/2005	4.273,13	4.273,13	0,00
30/6/2005	1.479,34	1.479,34	0,00
30/11/2005	149,83	149,83	0,00
TOTAL INF. 01	23.281,19	9.569,66	13.711,53

Na infração 02 é imputado ao autuado recolher a menos ICMS, em decorrência de erro na determinação na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em função de emissão de Notas Fiscais de mercadorias com ICMS devido à alíquota de 17%, com redução da base de cálculo, para uma carga tributária de 5,6%.

Em sua defesa o sujeito passivo aduziu que as mercadorias são peças e máquinas integrantes de conjuntos de irrigação, agraciados com o benefício fiscal da redução da base de cálculo nos termos do art. 77, II do Decreto nº 6.284/97 e Convênio ICMS nº 52/91.

Efetivamente, na forma do inciso II do artigo 77 do RICMS/97, é reduzida a base de cálculo, até 31/07/09, nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente, nas operações internas, de 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento) (Conv. ICMS 01/00), bem como, nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final não contribuinte do ICMS.

Entretanto, a referida redução se restringe às máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, a redução é para todas as vendas realizadas pelo contribuinte.

A ação fiscal encontra-se embasada nas planilhas e cópias das notas fiscais acostadas às folhas fls. 160 a 309 dos autos, tendo o autuante salientado que o autuado não atende às regras do art. 219, que trata da emissão das notas fiscais, fato que dificultou o levantamento fiscal.

Caberia ao contribuinte, apontar, de forma objetiva, qual nota fiscal constante do levantamento fiscal teria sido relacionada de forma equivocada. Entretanto, esse não foi o procedimento da defesa, que preferiu, alegar em tese, que tem direito a redução da base de cálculo, sem demonstrar qualquer erro no levantamento fiscal. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Devo ressaltar que o contribuinte reconheceu expressamente as imputações ao ter requerido parcelamento integral da autuação, folhas 479 a 481. Somente após o indeferimento do pedido de parcelamento, fl. 482, foi que apresentou defesa, fato que demonstra o acerto da fiscalização.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206898.0190/08-8**, lavrado contra **ESKINÃO DA IRRIGAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.751,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$45.040,30 e de 70% sobre R\$13.711,53, previstas no art. 42, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR