

PROCESSO - A. I. Nº 300449.1201/11-6
RECORRENTE - MINERADORA DIAMANTE NEGRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0201-05/12
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 12/06/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0156-12/13

EMENTA: ICMS. CONTA CAIXA. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Razões recursais insuficientes para elidir a presunção. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte a presente autuação, por meio da qual foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de sete irregularidades, sendo objeto deste Recurso apenas a infração 6, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 6 - “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa*”, sendo lançado ICMS no valor de R\$12.823,43, nos exercícios de 2008 e 2010, com multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$ 34.379,19, relativo a sete irregularidades, tendo o autuado impugnado apenas as infrações 1, 2, 3 e 6 do lançamento de ofício, se silenciado quanto às demais. Logo, não fazem parte da lide as infrações não impugnadas, sendo as mesmas consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe apenas aos itens contestados.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo autuado, pois entendo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual exerceu em plenitude. Há de se esclarecer que quando existem restrições legais à utilização do crédito fiscal, tal previsão legal não acarreta violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Quanto às razões de mérito apresentadas, (...)

Por fim, em relação à sexta infração, na qual se exige o ICMS de R\$ 12.823,43, em razão da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2008 e 2010, consoante documentos às fls. 47 e 48 dos autos, com base na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cuja norma foi recepcionada no art. 2º, § 3º, do RICMS/BA, alega o defendente que a diferença apurada se explica pelo fato da escrituração das compras é feita pelo contribuinte na data do efetivo recebimento das mercadorias e não na data do faturamento. Assim, concluiu que o autuante agiu de forma arbitrária e presunçosa ao apurar a base de cálculo do ICMS, pois o ônus da prova incumbe a quem alega (art. 333, I, do CPC).

Por sua vez, o autuante, na sua informação fiscal, afirma que a acusação está fundada nos dados apurados com base na escrita fiscal do contribuinte, sendo que os valores referentes a pagamentos de salários, pro labore, encargos sociais e trabalhistas foram informados pelo próprio contador, conforme documento à fls. 316 e 317 dos autos, do que ressalta que caberia à próprio autuado comprovar que os valores não foram pagos conforme demonstrado nas planilhas, o que não o fez, limitando-se apenas a alegar, não comprovando que os lançamentos referem-se à data de recebimento das mercadorias e não à data do pagamento.

De início, da análise das peças processuais, deve-se esclarecer que se trata de uma presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de saldo credor da Conta Caixa, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cuja constatação indica que o sujeito passivo efetuou pagamento com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência, o que não ocorreu, tendo o sujeito passivo se limitado apenas a alegar que a irregularidade apurada decorreu do fato de o autuante considerar a data de entrada das aquisições das mercadorias como se fosse a data de pagamento.

Contudo, considerando tratar-se de uma presunção legal, como também de que a acusação fiscal está fundamentada em dados da própria escrita fiscal do autuado, caberia ao defensor comprovar a sua alegação, apresentando documentos de quitação das faturas com datas divergentes às das entradas das mercadorias, de forma a provar a improcedência da presunção legal, que, no caso concreto, por exceção, cabe ao contribuinte o ônus da prova. Assim, não tendo o mesmo nada provado, deve-se considerar como correto o levantamento fiscal realizado pelo autuante. Infração subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$31.100,06, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em relação à infração 6 alegando, inicialmente, que os julgadores de primeira instância agiram com parcialidade e em desobediência às normas legais e que, portanto, a Decisão merece reforma.

Argumenta que “*a fiscalização lançou tributo sem a ocorrência do respectivo fato gerador, ou seja, não houve a circulação jurídica de mercadorias para que se pudesse apurar crédito referente ao ICMS*”. Transcreve os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre a motivação e a legalidade dos atos administrativos e diz que “*é visível o erro de direito perpetrado pelo agente fiscal estadual ao lavrar a infração em mera presunção fiscal, não podendo este utilizar-se de sua discricionariedade como arbitrariedade*”.

Acrescenta que “*a aplicação da presunção na base de cálculo do ICMS se fundamenta apenas em uma simples suposição, a qual se origina apenas do "imaginário" do agente fazendário, tendo em vista ser pacífico e uníssono que a presunção para ser legal e ter valor probante, tem que está tipificada em lei*”. Reproduz o teor de decisões administrativas e argumenta que foi desobedecido o princípio da legalidade na situação em exame, apresentando o entendimento doutrinário a respeito.

Acrescenta que há muito é pacífico também no âmbito administrativo que o ônus da prova incumbe a quem alega (artigo 333, inciso I, do CPC), com respaldo na nossa Carta Maior que garante a presunção da inocência, e que o Fisco não se desincumbiu de sua tarefa, não havendo como o sujeito passivo ser alvo da exação.

Finalmente, pede a nulidade ou a improcedência da infração combatida.

VOTO

A Decisão recorrida não merece reparos, como a seguir explanado.

Na infração 6, o ICMS foi lançado por presunção, em razão de terem sido detectados saldos credores na conta Caixa, nos exercícios de 2008 e 2010.

Ao contrário do que foi alegado no apelo recursal, o lançamento de ofício foi feito com fundamento em presunção devidamente prevista na legislação tributária baiana, e não com base em suposição do agente fiscal.

Segundo o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente até 30/03/10, “*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*”.

A partir de 31/03/10, o dispositivo legal acima mencionado passou a ter a seguinte redação (dada pela Lei nº 11.899/10):

Art. 4º.

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

Conforme se depreende da informação fiscal, a autuação foi feita com base na própria documentação do contribuinte e este não apresentou as provas capazes de desconstituir a presunção legal, limitando-se a trazer, em seu Recurso Voluntário, argumentos genéricos, incapazes de modificar a Decisão de primeiro grau.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida. Os valores efetivamente recolhidos devem ser homologados pela repartição fazendária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 300449.1201/11-6, lavrado contra MINERADORA DIAMANTE NEGRO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$29.934,96**, acrescido das multas de 50% sobre R\$10.455,20; 60% sobre R\$ 6.656,33; 70% sobre R\$ 4.132,54 e 100% sobre R\$ 8.690,89, previstas no artigo 42, incisos I, “a”; II, “f”; III e VII, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$1.165,10**, previstas nos incisos XIII-A, “i” e XVIII, “c”, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2013.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS