

PROCESSO - A. I. Nº 300199.0003/01-3
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 2189-02/01
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18.04.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0106-12/02

EMENTA: 1. ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA EMPRÉSTIMOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes indica, por presunção legal, a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Inconsistência da acusação. Não ficou configurada, tecnicamente, a *manutenção*, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, no qual o recorrente pretende reformar o Acórdão nº 2189-02/01, da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou o PROCEDENTE a ação fiscal.

O Auto de Infração em reexame, exige o ICMS de R\$61.868,34, relativo a 30/11/96, em razão da omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações inexistentes na conta “Empréstimos – Banco Pontual S/A – EMP”, do que foi intimado o contribuinte por três vezes para apresentação dos contratos de empréstimos, não apresentando qualquer documentação que comprovasse os lançamentos. Salientam os autuantes que a base de cálculo do imposto exigido, no valor de R\$ 363.931,41, foi contabilizada a título de “encargos financeiros”, correspondente a empréstimos inexistentes, haja vista que, além de não referir-se a amortização de empréstimos, foi lançado em contrapartida, a crédito de Caixa, sem documento de comprovação, conforme destaque no demonstrativos às fls. 25, 40 e 41 dos autos.

O recorrente, em sua peça de defesa alega que: “outra não poderia ser a conclusão a que chegaram os zelosos Auditores Fiscais”, visto que, o autuado não teve condição de apresentar os documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis. Registra que os referidos documentos encontram-se extraviados, comprometendo-se, entretanto, junta-los aos autos tão logo os encontre. Por fim, requer o deferimento de todos os meios de provas permitidos em direito, anexando cópias solicitação, à instituição financeira, dos extratos bancários do período fiscalizado.

Na Decisão Recorrida, o D. Relator da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, ressalta que o autuado até momento da decisão, não tinha feito a juntada dos documentos que viesse a tornar IMPROCEDENTE A PRESUNÇÃO FISCAL.

Merece destaque o argumento do nobre Relator, que transcrevemos, *in verbis*:

Contudo, da análise das peças processuais, as quais devemos nos deter, vislumbra-se que é contraditória a acusação fiscal de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de *manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes*”, pois a mesma é fundamentada no

lançamento a débito da conta “Empréstimos – Banco Pontual S/A – EMP”, a título de pagamento de encargos financeiros, e em contrapartida a crédito da conta Caixa, conforme demonstrativo à fl. 25 do PAF, não configurando, tecnicamente, *manutenção*, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, haja vista, que se está a se efetuar o “lançamento de baixa” do empréstimo, com a conseqüente dedução daquela obrigação, não cabendo, neste sentido, a idéia da “*manutenção no passivo*”.

Entretanto, considerando que tal lançamento, não foi documentalmente comprovado, nem corresponde a amortização do referido empréstimo, mas sim a “encargos financeiros”, os quais deveriam ser contabilizados numa conta de despesa, caberia aos autuantes a glosa deste débito a conta “Empréstimos – Banco Pontual S/A – EMP”, o que acarretaria num acréscimo ao saldo final do exercício da referida conta, a qual passaria de R\$221.901,07 para R\$585.832,48, cujo montante integraria a base de cálculo da acusação de “Passivo Fictício”, pois tal apuração deve-se restringir ao saldo final do exercício das contas do Passivo, após a devida auditoria dos seus lançamentos, o que resultaria, a alíquota de 17%, o ICMS exigido de R\$99.591,52, cuja data de ocorrência é 31/12/96. Assim, nos termos do art. 156 do RPAF/99, deve-se instaurar novo procedimento fiscal, diante do agravamento da infração.

Deve-se ressaltar, que o D. Relator de Primeira Instância, registrou que após a fase de instrução do PAF foi juntada aos autos petição no sentido de adiamento ou retirada de pauta do processo, sob justificativa de que, até a data da publicação da pauta de julgamento, o recorrente ainda não havia conseguido as provas necessárias para comprovação de suas alegações, do que deixou de apreciar o mencionado pedido por falta de previsão regulamentar para tal concessão.

Inconformado, o recorrente interpõe o presente Recurso Voluntário, ressaltando, à fl. 182 dos autos que: a situação descrita pelos autuantes não se enquadra em nenhuma situação tipificada no Art. 1º, § 3º do RICMS vigente à época do lançamento, pois aduz: Passivo Fictício significa: *verbis*:

“Existência de contas já pagas figurando no passivo da empresa como contas a pagar, basta uma simples leitura para se constar que os fatos descritos no auto encontram-se em dissonância com a Legislação Estadual aplicável ao caso.”

Chama atenção dos Srs. Julgadores para o fato de que requereu inicialmente ao Banco Pontual S.A, que se encontra sob intervenção do Banco Central, cópias do contrato e extratos referentes à operações de *factoring* (Empréstimos), período de 08/96 a 31/12/97, consoante fl. 02. Que, não sendo atendido, requereu também ao Banco Central, o qual forneceu documentos de 1997 e declarou que não havia localizado até aquela data os de 1996.

Que diante disso, apresenta três provas da existência de disponibilidade de caixa em todo período superior ao valor da conciliação bancária efetuada pelo recorrente em 1996, docs. de 12 a 15.

Além disso, apresenta como outra prova, da improcedência da autuação, o fato de que no período citado, inexistia qualquer empréstimo neste valor efetuado pela recorrente.

Por fim, diz que a terceira prova material da improcedência é a própria descrição da infração supostamente cometida pelo recorrente a qual encontra-se em dissonância como tipo tributário previsto nos artigos ditos infringidos já que a “manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes”, ocorre somente quando existe contas já pagas figurando no passivo da empresa com contas a pagar. No presente caso, além de inexistir a figura do chamado passivo fictício, no intervalo 09/96 até a data do lançamento existia saldo constante superior ao lançamento efetuado.

Requer, por fim, revisão fiscal, ou a improcedência da autuação.

A PROFAZ, em parecer, diz que presunção é *juris tantum* e poderia ser elidida caso o autuado trouxesse documentos suficientes para tal, entretanto, a ausência do contrato de empréstimo ou mesmo de outros documentos que comprovassem efetivamente o empréstimo financeiro, inviabiliza o afastamento da presunção legal, motivo pelo qual opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

VOTO

Ao comentar o tema das presunções no Direito Administrativo, PAULO BONILHA, no livro: “Da Prova No Processo Administrativo Tributário”, ensina que a aplicação das presunções simples devem reunir os requisitos de seriedade, precisão e concordância. Seriedade quanto à necessidade de um nexó evidente entre o fato conhecido e sua consequência; precisão quanto à idoneidade do fato conhecido, e concordância a respeito da relação entre os fatos para se chegar à conclusão que se pretende demonstrar, cercada de absoluta certeza.

É indispensável à configuração de uma presunção, a situação concreta em que haja, claramente, inexistência da prova documental (escrita fiscal e contábil e demais documentos comprobatórios dos fatos) e os esclarecimentos e as informações que não justifiquem a ausência desses elementos ou então, por razões fundadas, não mereçam fê as declarações do contribuinte. Do contrário, estaremos diante de um indício e não de uma presunção.

Para uma melhor apreciação deste caso, transcrevemos a declaração do D. Relator da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, no seu voto (fl. 165), ao comentar a que o autuado até então não lograra obter a Certidão requerida ao Banco Central, passível de tornar improcedente a presunção legal; que tem o seguinte teor:

“Contudo, da análise das peças processuais, as quais devemos nos deter, vislumbra-se que é contraditória a acusação fiscal de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de *manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes*”, pois a mesma é fundamentada no lançamento a débito da conta “Empréstimos – Banco Pontual S/A – EMP”, a título de pagamento de encargos financeiros, e em contrapartida a crédito da conta Caixa, conforme demonstrativo à fl. 25 do PAF, não configurando, tecnicamente, *manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes*, haja vista, que se está a se efetuar o “lançamento de baixa” do empréstimo, com a consequente dedução daquela obrigação, não cabendo, neste sentido, a idéia da “*manutenção no passivo*”.

É o próprio D. Julgador de Primeira Instância quem afirma que é contraditória a acusação fiscal de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de *manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes*”, não configurando, tecnicamente, *manutenção, no passivo*.

Cabe destacar que a “Presunção” é decorrência de um fato comprovado. De fato o RICMS da Bahia, diante de determinadas situações autoriza a presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS, PARÁGRAFO 5. do art. 2, da Lei n. 4825/89 e art. 1, parágrafo 3 do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. n.º 5.444/96, vigente à época da suposta infração, conforme está expresso:

Presume-se a ocorrência de operações mercantis tributáveis ou de prestações de serviços sujeitas ao imposto, a menos que contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração contábil indicar:

- I – saldo credor de caixa;
- II – suprimento de caixa de origem não comprovada;
- III.– manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;
- IV – entradas de mercadorias ou pagamentos não contabilizados.

Portanto, as hipóteses que justificam a presunção têm que ser provadas. A presunção é uma etapa seguinte, isto é verificadas as hipóteses acima elencadas, aplica-se a presunção, na conformidade do que determina a legislação.

No presente caso, o que se verifica é verdadeira inconsistência da acusação. Conforme o Sr. Julgador de Primeira Instância reconhece: “não configurando, tecnicamente, *manutenção*, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”.

Constata-se, portanto, que a descrição da infração supostamente cometida pelo recorrente a qual encontra-se em dissonância com o tipo tributário previsto nos artigos ditos infringidos, vez que, “manutenção, no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes”, ocorre somente quando existe contas pagas figurando no passivo da empresa como contas a pagar. O que não é este o caso deste processo. No presente caso, além de inexistir a figura do alegado Passivo Fictício, no período de 08/1996 até a data do lançamento, existia saldo constante superior ao lançamento efetuado.

Assim sendo, entendo, com a devida *venia* da Ilustre PROFAZ, que o lançamento da forma como foi descrito, não pode se sustentar, portanto, impõe-se a inconsistência da acusação, e que em decorrência, seja o Recurso interposto PROVIDO para reformar a decisão para IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300199.0003/01-3, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**

Sala das sessões do CONSEF, 08 abril de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ