

A. I. Nº - 232884.0001/02-9
AUTUADO - MM COMÉRCIO S/A
AUTUANTE - EDUARDO TADEU SANTANA
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 06.08.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0264-02/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO LANÇAMENTO NO LIVRO FISCAL PRÓPRIO. Constitui crédito fiscal do estabelecimento o valor cobrado anteriormente, ficando condicionado o lançamento à comprovação do documento fiscal ou, se for o caso, da ocorrência de perda ou extravio, hipótese que é permitida a escrituração através da cópia da nota fiscal. Infração caracterizada. 2. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “EMPRÉSTIMOS DE SÓCIOS”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Não acolhida a arguição de nulidade da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/03/2002, e reclama o valor de R\$ 543.371,23, cujas infrações estão assim descritas:

- 1) Crédito fiscal indevido de ICMS, no valor de R\$ 325.701,03, no período de janeiro a novembro de 1997, em virtude da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme demonstrativo à fl. 05.
1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$217.511,36, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, relativa ao exercício de 1998, conforme demonstrativo à fl. 22.
2. Deixou de apresentar a fiscalização os livros Diário e Razão contábil quando intimado pela segunda vez, conforme intimações às fls. 165 e 166.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído apresenta defesa tempestiva, conforme documentos às fls. 169 a 173, onde, preliminarmente suscita a nulidade das infrações 01 e 02, sob alegação de insegurança na determinação das infrações, cerceamento do direito de defesa e ofensa ao disposto no artigo 46, do RPAF/99.

Com relação ao item 01, alega que não foram discriminados os documentos fiscais cujos créditos fiscais foram glosados e que não recebeu demonstrativos de apuração do débito, e quanto ao item 02, que não restou configurada nenhuma das hipóteses de presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, ou seja, saldo credor de caixa; suprimentos não comprovados no Caixa; ou passivo fictício.

O defendente assevera que a autuação do item 02 indica no mesmo item duas hipóteses: manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes e saldo referente a empréstimo de sócios, situações que não podem conviver com o mesmo fato. Entende que a situação adstrita a “obrigações já pagas ou inexistentes”, atrelada à conta de fornecedores, necessita que sejam indicados os títulos que teriam sido quitados com receita não declarada, enquanto que “empréstimos de sócio” está relacionado com “suprimento de caixa” referente a ingresso de recurso na empresa sem relação com as vendas, havendo a necessidade de provar a origem do suprimento. Frisa que é necessário que a infração seja definida sem essa dualidade, para que possa exercer o seu direito assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da CF/88.

No mérito, o patrono do autuado sustenta que é improcedente a autuação, pois todos os créditos utilizados de que cuida a infração 01 referem-se a aquisições de mercadorias para comercialização, e foram utilizados em consonância com o artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97 e obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade. No que concerne aos documentos fiscais, o defendente alegando que desconhece quais precisam ser apresentados, informa que está providenciando no seu arquivo e junto aos fornecedores, cópias de todas operações que compõem o autuação. Diz que a sua intenção é relacionar todas as notas fiscais do período, cerca de cinco mil documentos, porém quando não encontradas as notas fiscais, solicita aos fornecedores cópias autenticadas dos comprovantes contábeis de lançamento e pagamento, e que ainda não conseguiu concluir o trabalho, tendo em vista a necessidade de arrecadar os documentos na matriz em Recife-PE, local onde era efetuada a contabilidade da empresa. A título de amostragem, apresentou as cópias das Notas Fiscais nºs 009851 (20/10/97), 019345 (25/08/97) e 010238 (29/09/97) com os respectivos títulos pagos, com o fito de mostrar a dificuldade de apresentar junto à defesa todos os documentos fiscais. Por conta disso, pede revisão fiscal por funcionário estranho ao feito, dizendo que já conseguiu localizar cerca de três mil documentos fiscais.

Em relação ao item 02, diz que conforme preliminar de nulidade, no mérito também improcede a autuação, não sabendo se a defesa deve ser feita levando em conta “suprimento de caixa de origem não comprovada” ou a “passivo fictício”, pois o fato de constar em sua contabilidade registro de “empréstimo de sócio” não significa que houve omissão de saídas de mercadorias. Ressalta que não é a ausência de lançamento de empréstimo na Declaração do IR do sócio que ampara a autuação, desde que o mesmo tenha suporte de receita para fazer frente ao empréstimo. Diz que a falha na declaração do imposto de renda está sendo retificada na forma permitida na legislação federal, e que feito isso e existindo suporte de receita para emprestar os valores, carece de base legal a autuação por parte do fisco estadual. Além disso, aduz que não houve a quitação em 1998 do empréstimo concedido pelo sócio, entendendo que mesmo que tivesse ocorrido ou que a declaração não fosse feita, bastaria que o estabelecimento autuado tivesse suporte para pagar.

Por último, no tocante a infração 03, o representante do autuado diz que, se comprovado, no PAF, que o estabelecimento foi regularmente intimado, não fará contestação à acusação.

Ao final, o sujeito passivo requer a nulidade ou a improcedência da ação fiscal, pedindo a produção de todos os meios de provas em direito admitidos, com a juntada posterior de novos documentos e a revisão por fiscal estranho ao feito dos itens 01 e 02.

Na informação fiscal às fls. 185 a 186, quanto a preliminar de nulidade relativa a alegação defensiva de que não recebeu qualquer demonstrativo da infração 01, o autuante esclarece que a referida alegação não tem qualquer fundamento, pois consta nos Anexos II, III e IV (docs. fls. 05 a 10) a declaração do representante legal do autuado atestando que recebeu cópias no dia 11/04/02 juntamente com o Termo de Intimação para Pagamento do Débito. Quanto à discriminação do débito, o autuante esclarece que nos citados anexos constam discriminados os créditos que foram glosados, cujos valores foram extraídos do livro Registro de Apuração do ICMS e deduzidos os valores comprovados através dos respectivos documentos fiscais. O preposto fiscal ressalta que esta infração decorre da falta de apresentação das notas fiscais que originaram o lançamento dos créditos fiscais, fato esse, que também já foi objeto de autuação relativa ao exercício de 1996, sendo a ação fiscal julgada procedente. Quanto aos documentos apresentados na defesa, mais precisamente cópias das notas fiscais e de títulos pagos, o autuante frisa que são imprestáveis para comprovar o lançamento por não ser os originais, e além disso, existe a possibilidade de emissão de duplicata, com sua posterior quitação, sem a emissão da competente nota fiscal.

Sobre a infração 02, o autuante rebate a alegação defensiva dizendo que a infração está caracterizada mediante a constatação de passivo fictício representado por obrigação já paga ou inexistente na conta do sócio. Esclarece que a mesma trata de manutenção no passivo de obrigação já paga ou inexistente no valor de R\$ 1.279.478,64, apurada através do confronto entre os registros contábeis do contribuinte, inclusive cópia da declaração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, onde consta em 31/12/98 um saldo de empréstimo recebido de sócio, no valor de R\$ 1.574.117,80, enquanto que de acordo com a declaração do Imposto de Renda Pessoa Física do referido sócio, relativa ao ano base de 1998, consta que ainda tinha a receber o valor líquido de R\$ 294.639,16. No que diz respeito a retificação da declaração do imposto de renda do sócio na tentativa de regularizar a diferença apurada no valor de R\$ 1.279.478,64, o autuante ressalta que isto é absolutamente impossível, haja vista que somente foi declarada uma renda de R\$ 6.000,00, e o sócio teve uma redução patrimonial de R\$ 303.880,00, o que, segundo ele, reforça a hipótese de omissão de receita objeto da autuação.

Com relação à infração 03, o preposto fiscal esclarece que às fls. 165/166 consta as duas intimações, não atendidas, para apresentação dos livros Diário e Razão.

Por fim, conclui pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, relativa a alegação de que não foram discriminados os documentos fiscais, cujos créditos fiscais foram glosados no item 01, observo que não assiste razão ao sujeito passivo, uma vez que, consta no documento à fl. 05 a assinatura do representante da empresa declarando que recebeu em 11/04/02, juntamente com o Termo de Intimação para Pagamento do Débito, cópia dos Anexos II, III e IV, nos quais, encontram-se discriminados os créditos que foram glosados, cujos valores, foram extraídos dos totais escriturados no livro RAICMS, e deduzidos os créditos extemporâneos objeto de autuação anterior; os créditos fiscais relativos às devoluções; e os créditos correspondentes às aquisições comprovadas através dos respectivos documentos fiscais, estes últimos discriminados no Anexo III com a indicação de sua escrituração no livro Registro de Entradas, o dia do registro e o CNPJ de cada fornecedor. Logo, no particular, em momento algum o autuado ficou impedido de exercer o seu direito de defesa, nem tampouco houve ofensa ao disposto no artigo 46, do RPAF/99, pois, todos os números nos demonstrativos que instruem a ação fiscal foram extraídos dos livros escriturados pelo próprio

autuado, e que foram devidamente entregues por ocasião da notificação fiscal, foram suficientes para que o autuado pudesse exercer o seu direito de defesa.

No que concerne a preliminar referente a alegação de que não restou configurada nenhuma das hipóteses de presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, também a rejeito, conforme comentários adiante, já que esta preliminar de nulidade se confunde com o mérito da autuação.

No mérito, da análise das peças que compõem o processo conclui o seguinte:

Infração 01

A acusação fiscal deste item refere-se a créditos fiscais indevidos em razão da falta de apresentação dos competentes documentos fiscais que serviram de base aos respectivos lançamentos no livro fiscal próprio.

De acordo com o artigo 93, I, do RICMS/97, constitui crédito fiscal para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, para fins de apuração do valor a recolher, o imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições ou recebimentos de mercadoria para comercialização, ficando, no entanto, condicionado o lançamento à comprovação através da primeira via do documento fiscal, ressalvado o caso de extravio, hipótese que deve ser devidamente comprovada pelo contribuinte.

No caso presente, o autuado ao defender-se, ao mesmo tempo em que alegou que desconhece quais documentos precisam ser apresentados, informou que está providenciando no seu arquivo e junto aos fornecedores, cópias de todas operações que compõem a autuação, inclusive que iria relacionar todas as notas fiscais, e quando não localizar o documento fiscal iria apresentar cópia da fatura quitada. A título de amostragem, apresentou as cópias das Notas Fiscais nºs 009851 (20/10/97), 019345 (25/08/97) e 010238 (29/09/97) com os respectivos títulos pagos (docs. fls. 175 a 180). Analisando tais documentos, observo que os mesmos são imprestáveis para comprovar o lançamento dos créditos fiscais, pois as notas fiscais referem-se a segundas vias, o que não é permitido na legislação, a menos que se tratasse de extravio dos documentos, o que não foi comprovado. Quanto a comprovação através de duplicatas, à luz do RICMS/BA então vigente, estas não constituem documentos hábeis para comprovar a existência e legitimidade dos créditos fiscais. Desse modo, entendo que os autos contêm todos os elementos caracterizadores da infração, o que torna desnecessária qualquer diligência revisora, e subsistente a ação fiscal, haja vista que as razões e os documentos apresentados na defesa são insuficientes para elidir o trabalho fiscal.

Infração 02

A constituição do crédito tributário desta infração origina-se da constatação de passivo fictício representado pela manutenção de obrigações já pagas ou inexistentes, relativa ao exercício de 1998, conforme demonstrativo à fl. 22. O valor de exigência fiscal foi apurado tomando por base o saldo figurante no exigível a longo prazo, na rubrica “Empréstimos de Sócios” figurante no Balanço e declarado na DIPJ (Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica), no valor de R\$ 1.574.117,80, do qual, foi deduzido o valor de R\$ 294.639,16, correspondente ao saldo líquido entre os valores dos empréstimos Ônus Reais”, na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física do sócio Marcos Ramos.

A constatação da existência de saldos não comprovados no passivo do Balanço da empresa lastreia a presunção de ocorrência de omissão de receita tributável. Tratando-se de uma presunção legal (no

artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), é assegurado ao sujeito passivo a oportunidade de apresentar provas que contrariem a acusação.

Da análise dos documentos constantes às fls. 22 a 117, constatei que o passivo fictício encontra-se bem demonstrado nos autos, o que autoriza a presunção legal de que o autuado valeu-se do artifício de simular a existência de compromisso em aberto, para encobrir as operações de vendas não levadas à tributação do ICMS. Quando o contribuinte recorre ao artifício meramente escritural de consignar em sua contabilidade valores a título de empréstimos de sócios para suprir o caixa de empresa, a fiscalização, nestes casos, aceita tais lançamentos desde que seja comprovada a efetiva entrega do numerário, e também que os valores sejam oferecidos ao imposto de renda da pessoa física, pois só assim é possível confirmar se o sócio tinha capacidade financeira para efetuar empréstimos à empresa. No caso em questão, a declaração do imposto de renda do sócio, antes de se prestar a socorrer o autuado, demonstra exatamente o contrário, eis que restou provado não ter havido o montante de empréstimo contabilizado no valor de R\$ 1.279.478,64 (já deduzida a parte oferecida ao fisco federal), além do fato de que o sócio emprestante não tinha capacidade financeira para fornecer tal importância, haja vista que os seus rendimentos (tributáveis mais não tributáveis) declarados foram insuficientes, como se denota na variação patrimonial do ano base que também seria insuficiente.

Portanto, quanto a se valer de dados constantes na declaração do imposto de renda a título de empréstimos, considero como válido o procedimento, pois os valores nela consignados devem obrigatoriamente representar os valores constantes no passivo, na conta “Empréstimos de Sócios”, apurados na escrituração contábil. Assim, considerando que os valores oferecidos ao imposto de renda a título de empréstimos de sócios devem obrigatoriamente corresponder aos valores contabilizados nesta rubrica no balanço da empresa, esta circunstância destrói qualquer argumento em sentido contrário, a menos que se conclua que a contabilidade da empresa é desmerecedora de qualquer credibilidade.

Nestas circunstâncias, entendo que é subsistente o reclamo fiscal, pois a destituição da presunção legal de que o saldo na conta “Empréstimos de Sócios” refere-se a operações de vendas não levadas à tributação, deve ser feita mediante a comprovação da origem do numerário e da capacidade financeira do sócio para fornecer o recurso à empresa, o que não ocorreu. Quanto a retificar a declaração do imposto de renda do sócio, entendo como inadmissível tal pretensão, pois a ação fiscal foi concluída em 29/03/2002, e a declaração refere-se ao ano base de 1998, ou seja, decorridos cerca de quatro anos, e somente após a ação fiscal é que o autuado tomou conhecimento dessa irregularidade. Portanto, restando evidenciada na declaração do IR do sócio a sua incapacidade financeira para suprir o caixa da empresa, concluo que não foi elidida a presunção legal de que a diferença no saldo da conta “Empréstimos de Sócios” não comprovados, traduz como manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes correspondente à operações de vendas mercadorias tributáveis não levadas à tributação do ICMS.

Infração 03

Falta de atendimento a duas intimações para apresentação dos livros Diário e Razão. Esta infração está devidamente caracterizada nos autos, conforme intimações expedidas nos dias 21/01/01 e 08/03/02 (doc. fls. 165/166), o que justifica a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XX, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232884.0001/02-9**, lavrado contra **MM COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 543.212,39**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 325.701,03 e de 70% sobre R\$ 217.511,36, previstas no artigo 42, VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **4 UPFs-BA**, prevista no inciso XX, “b”, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO SOUZA PEREIRA - JULGADOR