

PROCESSO - A. I. Nº 108.875.0002/03-3
RECORRENTE - CLÍDIO CETTOLIN COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0198-04/03
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 19.09.03

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0461-11/03**

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA.” SALDO CREDOR PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Razões aduzidas no recurso não modificam a Decisão Recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo através de seu representante legal que subscreveu a peça recursal, respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, em face da Decisão de 1ª Instância (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, mediante o Acórdão nº 0198-04/03.

A acusação fiscal aponta omissão de saídas de mercadorias apuradas através de saldo credor na conta “caixa”, no período de janeiro/98 a dezembro/99.

O procedimento fiscal foi feito no estabelecimento Matriz- Inscrição Estadual nº 27.080.012, e centraliza as operações envolvendo as filiais de nºs 40.231.587, 41.402.324, 49.742.365, 49.742.699, 51.625.164 e 51.801.096.

A Decisão recorrida afastou os argumentos da defesa entendendo que os documentos apresentados não elidiam a autuação, e que não ficou comprovada a efetividade da entrega do numerário referente aos empréstimos dos sócios à empresa ora autuada, constantes das cópias das declarações do Imposto da Renda. E o voto da Junta de Julgamento Fiscal foi unânime em julgar Procedente a acusação fiscal.

Eis na íntegra o voto proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

“O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver omitido saída de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de Caixa.

Para instruir a ação fiscal foram anexados aos autos pela autuante às fls. 20 a 373, os Demonstrativos da Auditoria de Caixa referentes aos exercícios de 1998 e 1999, bem como de cópias dos livros Diário e Razão, além de outros documentos.

Ao se defender da acusação o autuado aduziu que contraiu empréstimos com os sócios da empresa, bem como com terceiros, conforme documentos que, segundo o mesmo anexou aos autos, no entanto, ao compulsar o PAF, este relator constatou que tais documentos somente

foram juntados ao PAF em 30/05/2002, ou seja, em data posterior a conclusão da sua instrução, ocorrida em 23/05/2003.

Apesar de contrariar o disposto no art. 123, do RPAF/99, achou conveniente este relator, para que não seja alegado cerceamento do direito de defesa por parte do autuado, analisar os referidos documentos, tendo constatado que se tratam de cópias de Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física prestadas à Receita Federal.

Entretanto, os referidos documentos, em meu entendimento, não elidem a autuação, pelos seguintes motivos:

I - Não constam nas declarações de bens dos sócios Clídio Cettolin e Janete Luiza da Costa Cettolin serem os mesmos possuidores de créditos em conta-corrente referentes a empréstimos contraídos pelo autuado;

II - De igual modo, nas pessoas de Jaime Cettolin e Nailde Galvão Cetolin;

III - Além das omissões acima, não foi trazido pela defesa, qualquer comprovação da efetividade da entrega do numerário a empresa.

Com base na exposição acima, não posso acatar os argumentos defensivos, de que contraiu empréstimos de terceiros, pois desacompanhadas de qualquer prova.

Ademais, o art. 143, do regulamento acima citado, prevê que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal.

Ante o exposto e considerando o previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, segundo o qual quando a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos não comprovados, além de outras ocorrências, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto, entendo comprovada a infração e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo/autuado, à fl. 453 a 458, cientificado da Decisão da 1ª Instância, conforme AR à fl. 450 dos autos, no prazo decendial, através de seus advogados já habilitados nos autos deste processo, aduz as seguintes razões:

- 1) que a forma como foi intimada pela Inspetoria do Iguatemi se revelou em comportamento que intimida e constrange o contribuinte, e não resguarda o direito ao contraditório e ampla defesa inerente ao Estado democrático e de direito, e para tanto transcreve o inciso IV do art. 5º da CF/88;
- 2) alega que a repartição fazendária inobservou que a administração pública tem o dever de atender ao princípio da legalidade. Assevera que a remessa de uma 2ª intimação iniciada quando a defesa tempestiva já havia sido apresentada, e considera que aquela repartição está sendo imparcial;
- 3) suscita nulidade sob o argumento de que não foi observado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa;
- 4) alega que após a informação fiscal prestada pelo autuante, os patronos do autuado não foram intimados para se manifestarem sobre a peça complementar de acusação fiscal, e argüi violação ao art. 18, II do RPAF/99. Pede que a preliminar seja acatada;
- 5) Diz que o art. 123 do RPAF/99 é equivocado ao determinar o prazo de 30 dias para apresentação das provas, e o que o legislador determina é o prazo para apresentação da

defesa, e não para juntada de documentos. Alega que inclusive na defesa protestou pela juntada de documentos;

- 6) argúi que a legislação estadual salvo engano, não estabelece prazo para juntada de documento, e que na legislação federal determina prazo para tal fim, diferente do prazo para a defesa, e que deixa que o julgador decida se aceita ou não a apresentação de documento fora do prazo fixado por lei;
- 7) Aduz que são descabidos os motivos que justificaram a autuação, e que os documentos apresentados são idôneos, pois juntou protocolo da Receita Federal, referente à anos anteriores a autuação. Faz juntada de declaração retificadora dos períodos de 1997 a 1999, e contratos de empréstimos e cópia de diário retificados.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar para tornar nula a Decisão de 1^a Instância, que o sujeito passivo seja intimado para se manifestar sobre a informação fiscal e, se afastada a nulidade, com base nos documentos apresentados, que a infração seja considerada Procedente em Parte.

O autuado à fl. 171 aditou a defesa ao fazer juntada de cópias de documentos, relativo aos balanços de 1997 a 1999, e do livro diário e reitera toda a alegação da defesa.

A PGE/PROFIS, à fl. 977, diante da juntada dos documentos e das alegações do valor probatório dos mesmos a fl. 457, pelo recorrente, onde o mesmo assevera que prova a origem lícita dos Recursos que supriram a conta “caixa”. Requer diligência a ASTEC/CONSEF para essa verificação e após a aprovação pela Câmara diligência proposta.

A então relatora, considerou que o pedido de diligência não se fazia necessário, uma vez que a empresa teve a oportunidade de trazer a documentação comprobatória do suprimento de caixa e não apresentou, limitando-se a juntar cópia das declarações de imposto de renda dos mutuantes, sem constar os empréstimos nas mesmas, e as cópias dos contratos.

A PGE/PROFIS diante do indeferimento da diligência pelos membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, reexaminou os autos, e à fl. 980 emitiu o seguinte Parecer:

“O Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da Primeira instância traz os mesmos argumentos expendidos em sua defesa, sustenta a mesma preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa já argüida e rechaçada pela 1^a Instância o que obsta novo pronunciamento posto que as razões que fundamenta a nulidade são desprovidas de amparo legal. Quanto ao mérito aduz os mesmos motivos da sua defesa.”

Concluiu que, nada novo foi trazido aos autos e os documentos que foram anexados nada colaboraram para descaracterizar a infração opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, porque entendia que o mesmo era vazio de fundamentos capazes de modificar a Decisão recorrida.

VOTO

Inicialmente, aprecio o Recurso Voluntário quanto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente de que a Decisão proferida na 1^a Instância deveria ser anulada por cerceamento de defesa.

Verifico que o argumento não encontra respaldo, uma vez que a alegação do autuado de que não tomou conhecimento das informações fiscais prestadas pelo autuante, através dos seus advogados, para se manifestarem sobre o que considera peça complementar da acusação fiscal, uma vez que do exame da informação fiscal às fls. 394 a 399 dos autos, observa-se que não foi

exarado nenhum documento ou aduzido fato novo, pois conforme dispõe o § 7º do art. 127 do RPAF/99, se houvesse ocorrido uma dessas duas situações, aí sim, deveria obrigatoriamente dar ciência ao sujeito passivo no prazo previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99. Logo, é infundado tal argumento, e portanto, fica rechaçada a preliminar argüida.

Ademais, contrariamente, ao que alega o recorrente após a sua impugnação às fls. 372 a 385 dos autos, o autuante prestou informação fiscal, onde esclareceu quanto ao conteúdo da três intimações e os documentos apresentados pelo autuado no curso da ação fiscal, e em seguida os representantes legais da empresa acostaram aos autos novos documentos às fls. 402 e seguintes, relativos às cópias de declarações do imposto de renda dos sócios que “supostamente” emprestaram recursos ao recorrente.

Logo, não se constata cerceamento de defesa e se verifica que o sujeito passivo exerceu amplamente o seu direito assegurado no citado inciso LV do art. 5º da CF/88.

Concluo, que é assente na doutrina que a nulidade só deve ser decretada se demonstrada a existência de prejuízo, que neste caso, o recorrente não logrou provar.

Quanto ao mérito, se trata de Auto de Infração cuja exigência fiscal decorre da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da constatação de saldos credores na conta “Caixa”. E neste sentido, a Lei nº 7014/96 no § 4º do art.4º, determina que o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa de origem não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Decorre, portanto, do mandamento contido na própria norma de que se constitui em uma presunção relativa, admitindo-se a prova contrária. E, assim, restará ao sujeito passivo o ônus da prova da improcedência da presunção.

Verifico que o julgamento da 1ª Instância fundamentou o seu voto diante do fato de não constar nas declarações de bens dos sócios, Clídio Cettolin e Janete Luiza da Costa Cettolin, bem como nas declarações de bens de Jaime Cettolin e Nailde Galvão Cettolin, que os mesmos possuíam créditos em conta-corrente relativo aos empréstimos contraídos pelo autuado, e na defesa, não houve comprovação da efetividade da entrega do numerário a empresa. Considerou que não podia acolher os argumentos do defendant de que contraiu empréstimos junto a terceiros, diante de estarem desacompanhados de qualquer prova.

De fato, só poderiam ser acolhidos tais argumentos se viessem acompanhados dos comprovantes de recebimento dos empréstimos, que a empresa ora recorrente, houvesse efetivamente contraído com os terceiros, uma vez que junta apenas as cópias dos contratos de mútuo, sem que ficasse comprovada a transmissão dos recursos, ou seja, do dinheiro emprestado, que nos ensinamentos do Professor Orlando Gomes na sua obra Contratos, 12ª Edição, Editora Forense, páginas 354 e 355, relativamente sobre Empréstimos realizados através de Contrato de Mútuo, assim leciona:

“O mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra coisa fungível, tendo a outra, a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade.

A característica fundamental do mútuo é a transferência da propriedade da coisa emprestada, que sucede necessariamente devido à impossibilidade de ser restituída na sua individualidade. Daí se dizer que é contrato translativo. A propriedade da coisa se transmite com a tradição.

{...} Recai em coisas fungíveis. Seu objeto mais comum é o dinheiro. Pode incidir, igualmente, em coisas consumíveis, e em coisas que devem ser restituídas por seu valor.

{...} Só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa, isto é, no momento em que o mutuário adquire a sua propriedade. É, portanto, contrato real. {...} O contrato propriamente dito, só se perfaz com a tradição da coisa.”

Deste modo, entendo que no caso em exame os “empréstimos” suprindo o caixa não podem ser acolhidos pelos seguintes motivos:

- 1) inexistência de prova material (recibo de depósito, extrato bancário em nome do autuado) de que houve realmente a entrega dos recursos financeiros;
- 2) nos empréstimos, devem constar dos contratos, cláusulas específicas definindo a data da sua quitação e sobretudo constar na declaração de renda daquele que emprestou o numerário;
- 3) um registro contábil para merecer fé, deve estar respaldado por documento comprobatório.

Respaldo ainda o meu voto no Acórdão nº 0095-21/2, por mim proferido na Câmara Superior, cuja matéria tem o mesmo teor, e no Acórdão nº 0080-11/03, cujo voto foi prolatado pelo Conselheiro Ciro Seifert, em sessão realizada em 11 de março de 2003, nesta Câmara.

Portanto, firmo o meu entendimento no caso em tela, que o recorrente não comprovou que tenha havido o ingresso do numerário, condição indissociável nos contratos de mútuo, e assim, sendo *juris tantum*, a presunção legal, o sujeito passivo não se desincumbiu do seu ônus processual de comprovar a improcedência da presunção.

Logo, não restando comprovada a efetiva transmissão de propriedade dos recursos emprestados (circulação do dinheiro), que conforme ensinou o insigne mestre Orlando Gomes, é a característica fundamental do mútuo, cujo contrato só se perfaz com a tradição da coisa, considero que a presunção de legitimidade da autuação fiscal não pode ser elidida pela fragilidade dos argumentos, e insuficiência da documentação acostada nas razões do Recurso Voluntário.

Por todo o exposto, mantendo a Decisão recorrida e com base no Parecer da PGE/PROFIS exarado nos autos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, confirmando o entendimento do Acórdão prolatado na 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 108875.0002/03-3 lavrado contra CLÍDIO CETTOLIN COMÉRCIO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$145.290,21, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS