

PROCESSO - A.I. N° 206830.0002/03-3
RECORRENTE - MILKLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJJ n° 0168/01-04
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 10/09/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0281-11/04

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTICIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas implica a presunção legal de mercadorias tributáveis. A alegação de que o caixa teria sido suprido por empréstimo tomado. Não comprovada pelo contribuinte a efetiva transmissão de propriedade dos recursos emprestados (circulação do dinheiro), que é a característica fundamental do mútuo, cujo contrato, propriamente dito, só se perfaz com a tradição da coisa. 2. LIVROS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. A não escrituração de notas fiscais no livro próprio enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão n.º 0168/01-04, da 1ª JJJ, que julgou o presente Auto de Infração Procedente em Parte, por Decisão unânime de seus membros, para exigir imposto e multa em razão das seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do imposto por omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2000 e contabilizadas em 2001. Base de cálculo reduzida em 58,825% de acordo com o Decreto n° 7.826/00;
2. exigência de multa (10% sobre o valor da mercadoria) por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Nota fiscal n° 7961, emitida pela empresa Kerry do Brasil Ltda., de 31/05/01, coletada pelo CFAMT.

Em relação ao item 1, alegou o recorrente que possuía saldo de caixa para fazer frente à parte dos pagamentos que ainda se encontravam “não comprovados”, em decorrência de um empréstimo realizado junto à empresa Calau Alimentos Ltda., no valor de R\$200.000,00, através de Contrato de Mútuo entre eles celebrado, e que é uma arbitrariedade do Fisco não admitir que o valor emprestado foi entregue em “moeda corrente do país”, exigindo que o fosse mediante depósito bancário, transferência bancária, ordem de pagamento ou cheque compensado.

Asseverou que, segundo o art. 5º, II, da Constituição Federal, que reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e inexistindo qualquer lei que o obrigue a entregar o numerário de forma diversa da de “em espécie”, não se pode exigir a comprovação do ingresso deste recurso por extrato ou transferência bancária.

Juntou fotocópia autenticada de declaração comprobatória da quitação, no ano de 2000, das Notas Fiscais n^{os} 009239 e 010038, emitidas pela fornecedora Kerry do Brasil Ltda. (fl. 310), que entende, também, que devem ser excluídas da exigência.

Admitiu um saldo negativo na importância de R\$20.514,88, sendo que esta base de cálculo deve sofrer a redução em 58,825%, prevista no Decreto n.^º 7.826/00.

Quanto à infração 2, afirmou que jamais recebeu a mercadoria, ou seja, nunca se beneficiou dos produtos adquiridos, tendo sido vítima de um “golpe” praticado pelo condutor da mercadoria, denominado VANDERLEI DONIZETE DOS SANTOS, que percebeu tratar-se de um “larápio que, de posse da carga, deu uma finalidade diversa à previamente estabelecida”, não podendo ser penalizado com a multa que lhe fora imposta.

Pidiu o Provimento do Recurso Voluntário .

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, disse que, em relação à infração 1, o recorrente trouxe a mesma questão da ocorrência de contrato de mútuo, que forneceu ao seu caixa valor suficiente para cobrir as obrigações com fornecedores, mas que, mesmo tendo sido submetido a duas diligências, que resultou na falta de comprovação da origem das receitas, o autuado não logrou em provar documentalmente a origem dos recursos, e os seus argumentos de recebimento de numerário e de realização de empréstimos carecem de validade jurídica ante a falta de provas concretas e suficientes.

Quanto ao item 2, pontuou que o recorrente repete as razões aduzidas na defesa e nega o recebimento das mercadorias, cuja nota fiscal a ele endereçada foi apreendida na operação CFAMT e não registrada em sua contabilidade, sem, contudo, apresentar qualquer elemento que o auxilie na comprovação do que alega.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O primeiro item do Auto de Infração trata da exigência de imposto em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas tributáveis, apurada através da constatação da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

O fato de a escrita contábil, ou a sua reconstituição, indicar saldo credor na conta “Caixa”, significa dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo contábil, tiveram a sua origem desconhecida, ou seja, ingressaram de fato no “caixa real” do estabelecimento, sem, contudo ter sido registrado no “caixa contábil”.

Isto implica que fica comprovado o ingresso de recursos, para fazer frente a tais pagamentos, sem a comprovação da sua origem, e neste momento a legislação autoriza a presunção de que tais recursos advieram da omissão de saídas tributáveis.

Neste sentido o § 4º, do art. 4º, da Lei n.^º 7.014/96, preconiza que 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 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.

Ocorre que esta se constitui de presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

A peça recursal se alicerça na premissa de que o recorrente possuía saldo de caixa para fazer frente à parte dos pagamentos que ainda se encontravam “não comprovados”, em decorrência de

um empréstimo realizado junto à empresa Calau Alimentos Ltda., no valor de R\$200.000,00, através de Contrato de Mútuo entre eles celebrado.

considero oportuno trazer o entendimento manifestado pelo Professor Orlando Gomes sobre Empréstimos realizados através de Contrato de Mútuo, *in verbis*:

“O mútuo é o contrato pela 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.” (Contratos. 12ª Edição. Editora Forense, páginas 354 e355)

Reza o artigo 8º do RPAF/99 que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações.

No mesmo sentido o artigo 123, do mesmo RPAF, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Por fim, o artigo 153, do RPAF, determina que o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

O recorrente apenas trouxe à apreciação alegações de que a conta caixa teria sido suprida através do citado empréstimo, mas em nenhum momento trouxe elementos que comprovassem a efetiva transmissão de propriedade dos recursos emprestados (circulação do dinheiro), que, conforme ensinou a Professor Orlando Gomes, é a característica fundamental do mútuo, cujo contrato, propriamente dito, só se perfaz com a tradição da coisa.

O seu argumento de que o numerário teria sido entregue “em espécie” não pode prosperar. Não é crível que alguém tenha em seu poder o volume de R\$200.000,00, sem que a sua origem seja conhecida e documentada.

Quanto às Notas Fiscais nºs 009239 e 010038, emitidas pela fornecedora Kerry do Brasil Ltda., o diligente da ASTEC, categoricamente, atestou que o recorrente não possuía saldo suficiente de caixa para fazer frente a tais pagamentos (fl. 175), o que afasta este argumento defensivo.

No segundo item foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória (10% sobre o valor da mercadoria) por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Nota fiscal nº 7961, emitida pela empresa Kerry do Brasil Ltda., de 31/05/01, coletada pelo CFAMT.

O recorrente, neste momento, se limita a negar que tenha recebido as mercadorias constantes na nota fiscal capturada pelo sistema CFAMT.

A título de esclarecimento, este sistema foi desenvolvido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para que se pudesse ter o controle das mercadorias em trânsito pelo território deste Estado, e consiste na coleta, nos postos fiscais do percurso, das notas fiscais que acompanham as mercadorias, e sistematizá-las para confronto com os registros fiscais, e também contábeis, do contribuinte.

Este Colegiado tem, reiteradamente, decidido que, em sendo as notas fiscais contratos simplificados de compra e venda, onde estão identificados quem vende, quem compra, a mercadoria ou bem objeto desta operação mercantil, sua quantidade e valor, e que, no presente caso, é oriunda de outra unidade da Federação (Minas Gerais), por terem sido capturas em território baiano, são provas incontestes de seu ingresso neste Estado e, consequentemente, no estabelecimento do contribuinte destinatário.

Assim, a lavratura de Auto de Infração, utilizando como esteio notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT, tem respaldo legal.

Considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF/99, que rezam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **206830.0002/03-3**, lavrado contra **MILKLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.214,12**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$3.406,00**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, IX, do mesmo Diploma Legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

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