

A. I. Nº - 232857.0610/05-2
AUTUADO - ADROMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUCIANO MATURINO DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 30/01/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-05/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração mantida. 2. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Constatando-se omissão de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal e sendo a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, a fase de tributação já se encontra encerrada, sendo correta a exigência de multa pelo descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária. Infração confessada 3. PASSIVO FICTÍCIO. CONTAS “EMPRÉSTIMOS DE TERCEIROS E FINANCIAMENTO DE CAPITAL DE GIRO” PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Manutenção, 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. Comprovada pelo contribuinte parte da origem dos recursos. Infração caracterizada apenas para a conta “Empréstimos de Terceiros”. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/09/2005, exige ICMS no valor de R\$18.398,57 com multa de 70%, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$2.657,26, em razão das seguintes ocorrências:

I – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto o de maior valor monetário – o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2003 (R\$2.357,06) e 2004 (R\$164,08);

II – Omissão de saída de mercadorias isentas e ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado – MULTA de R\$ 50,00 (2003);

III – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Anotou o autuante que apurou saldo no valor de R\$72.000,00 na conta Empréstimos de Terceiros, do Passivo Circulante do Balanço Patrimonial, encerrado em 31/12/2003 e mantido no encerrado em 31/12/2004, apresentando documentação insuficiente para descaracterizar a infração. Para 31/12/2004 configurada pela existência do saldo na Conta Financiamento de Capital de Giro no Passivo Circulante do Balanço Patrimonial encerrado em 31/12/2004, no montante de R\$21.196,64, exigindo-se imposto no valor de R\$12.274,00 (2003) e R\$3.603,43 (2004);

IV – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consignou o autuante que a empresa deixou de escriturar no livro de Registro de Entradas de Mercadorias a nota fiscal de nº 7789 de 14/04/2003, cobrando MULTA no valor de R\$930,00 (2003) e R\$754,51 (2004) e;

V – Forneceu arquivos magnéticos enviados via Internet através do programa Validador SINTEGRA com omissão de operações ou prestações, exigindo MULTA no valor de R\$67,75 (2003) e R\$855 (2004).

O autuado impugna o lançamento fiscal, fls. 150 a 170 dos autos, reconhecendo em parte a autuação, apresentando cópia de número de protocolo, com requerimento a SEFAZ, como prova do alegado. Admite a legitimidade dos créditos reclamados em relação aos estoques de 2003 e 2004. Relata que indagado sobre a origem dos valores relacionados à conta Empréstimos de Terceiros do Passivo Circulante, do Balanço Patrimonial de 2003, informou ao autuante que estes foram originados de empréstimos pessoais dos sócios. Como prova do afirmado, apresentou extratos do Banco Bradesco e do UNIBANCO, contendo as transferências ocorridas e os respectivos valores, o que para ele descaracteriza a afirmação de existência de passivo fictício. Quanto a 2004, acrescenta que apresentou extratos bancários mensais de custódia de cheques, comprovando a existência de valores apresentados no Balanço Patrimonial, além da declaração IRPJ-2005/Ano Base 2004, onde demonstra a existência de tais créditos, acrescidos dos valores existentes na conta poupança da empresa, na importância de R\$846,48, e o Balanço Patrimonial da empresa, encerrado em 31.12.2004. Transcreve definição de Leonardo Sperb de Paola para o qual passivo fictício figura pela *não contabilização de obrigações liquidadas pela empresa, o que lhe permite omitir a saída de dinheiro, sem redução de seu ativo circulante; e a concessão de empréstimos pelos sócios à empresa, com o dinheiro que nele deu entrada sem registro.*” Cita medida judicial (Recurso Extraordinário nº80.695-4), na qual se decidiu que a presunção quanto ao passivo fictício encontra respaldo no que tange ao Imposto de Renda, mas que não tem relevância no ICMS, já que este demanda a circulação de mercadorias, não se perfazendo a obrigação com simples suprimento de caixa. Entende que a presunção é aplicada também no ICMS, desde que se prove a existência do passivo fictício. Explica que a existência de um contrato de empréstimo realizado entre os sócios e a empresa é um mero formalismo, já que é fato notório que os sócios da empresa a administram e são os principais interessados na

devolução da importância que compôs o mútuo. Do ponto de vista fiscal, alega que está comprovado a origem dos valores descritos na Conta Empréstimos de Terceiros em 2003. Quanto a não apresentação das Declarações de Imposto de Renda dos sócios, diz que o sigilo fiscal é um direito a eles assegurado pela Constituição, não podendo o mesmo ser revogado pela fiscalização estadual. Aduz que essa medida faz-se necessária com o fim de preservar a intimidade (fiscal e pessoal) dos sócios. Acrescenta que os extratos e a declaração fornecida pelos bancos, bem como o IRPJ da empresa possuem informações necessárias para a comprovação da origem dos valores considerados pelo fiscal como passivo fictício. Ressalta que quanto ao empréstimo dos sócios o autuante não comprovou que os pagamentos foram feitos, até porque ainda são devidos, conforme documentos apresentados como origem dos recursos.

Quanto ao saldo na sub-conta Financiamento de Capital de Giro assevera que os mesmos encontram-se custodiados, e que o valor desta varia dependendo das operações de compensação de crédito. Alega que as provas apresentadas são suficientes para comprovar a origem do passivo. Reitera a argumentação sobre a inadequação da exigência de contrato entre o contribuinte e instituições financeiras, uma vez que está a se regular interesse privado.

Requer a aplicação subsidiária do art. 142 do CTN, solicitando a apreciação desta questão de forma favorável ao contribuinte, em virtude das provas materiais apresentadas pelo defendente. Conclui pela improcedência do questionado.

À fl 195 o autuado junta requerimento solicitando o desmembramento das infrações 1,2,4 e 5 do PAF por reconhecê-las como procedente.

O autuante em informação fiscal prestada à fl. 198 acata a alegação defensiva quanto a origem do saldo na sub-conta Financiamento de Capital de Giro, excluindo da infração 3 o valor de R\$3.603,43, referente ao ano de 2004. Afirma que a ausência de contrato e a recusa em apresentar a Declaração de Imposto de Renda dos sócios, vêm dar consistência à presunção que fundamenta a infração. Informa que as transferências dos numerários de sócios, ao longo de 2003, sem levar em conta as formalidades exigidas pelo princípio contábil da entidade, serviram, tão somente, para regularizar um passivo inexistente, levando-o a classificar a conta bancária cedente como uma conta paralela da empresa em nome do sócio. Conclui pela procedência parcial da autuação

O autuado em nova manifestação (fls 203/207) rebate a afirmação quanto a possível existência de uma conta paralela em nome dos sócios da empresa, afirmando que este fato não fora exposto no auto de infração, situação que impossibilitou sua defesa. Afirma que ao contrário do alegado pelo autuante, ocorreram apenas 4 empréstimos em 29/05/2003 (um), 6/6/2003 (2) e 15/7/2003 (um). Aduz que não existe impedimento à concessão de empréstimos a empresa por parte dos sócios e informa que o lançamento encontra-se devidamente registrado na contabilidade e comprovado por meio dos documentos anexados ao auto de infração em exame. Assevera que o fato da empresa não ter devolvido ainda o “quantum” emprestado não caracteriza uma omissão de saída, já que cabe ao credor impor a data de devolução. E, como no caso em apreço, estes, até a data da lavratura do auto de infração, não tinham a necessidade de devolução, tal valor deveria permanecer na contabilidade justamente nas contas que foram desconsideradas pelo autuante. Reitera o argumento que não ficou evidenciado a existência de passivo fictício. Finaliza pela improcedência da totalidade da matéria impugnada.

VOTO

A primeira infração deste Auto de Infração decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nos exercícios de 2003 e de 2004. Esta infração foi confessada pelo contribuinte. Já a terceira infração decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, nos mesmos períodos da primeira, ou seja, 2003 e 2004. Observo que as duas infrações apesar de se referirem à omissão de

saídas possuem natureza diversa: a infração 1 se reporta a uma omissão ocorrida no próprio exercício, já a 3 se vincula a exercícios anteriores, com suporte fático distinto. Dessa forma, uma não está abrangida pela outra, não havendo óbice a existência dessas duas infrações no mesmo lançamento de ofício. Quanto ao passivo fictício (infração 3) este é como já afirmado uma presunção legal. Esta é uma das raras hipóteses no Direito Administrativo em que há inversão do ônus da prova. O autuante afirma que a ausência de contrato e a recusa em apresentar a Declaração de Imposto de Renda dos sócios, vêm dar consistência à presunção que fundamenta a infração. O autuado alega ter agido assim visando preservar a intimidade fiscal dos sócios. Ora, os servidores fazendários estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados que têm acesso. Não haveria assim violação ao sigilo fiscal dos sócios. Nesse sentido, o art. 195 do CTN, confere poderes ao servidor fiscal para examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos contribuintes. Não procede também a recusa em apresentar contrato de empréstimos entre a empresa e sócios e mesmo extratos bancários dos sócios. A Lei Complementar nº 105/2001 em seu art. 6º dispõe que os agentes fiscais tributários do Estado poderão examinar documentos, livros e registros referentes a constas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado, como é o caso em questão. Por outro lado, os extratos e a declaração fornecida pelos bancos não se presta como prova, já que o valor ali computado não alcança o montante de R\$72.000,00, tido como não montante não comprovado na conta Empréstimos de Terceiros, do Passivo Circulante do Balanço Patrimonial. Tenho como procedente o valor exigido para 2003 na infração 3. Quanto ao ano de 2004, restou comprovado o saldo na Sub-Conta Financiamento de Capital de Giro. Não procede a exigência da infração 3 para o ano de 2004. Elaborei demonstrativo para a infração 3 conforme se vê abaixo:

Infração	Data ocorrência	Data Vencimento	Base cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico	Valor Real
3	31/12/2003	09/01/2004	72.000,00	17%	70%	12.274,00	12.274,00

Quanto as demais infrações (2, 4 e 5), a concordância do autuado excluiu a lide dessas questões, motivo pelo qual as mantenho sem maior aprofundamento acerca do mérito dessas.

Isto posto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração em exame, para exigir a cobrança de imposto no valor de R\$14.795,14 e multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$2.657,26.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232857.0610/05-2, lavrado contra **ADROMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.795,14**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$2.657,26**, previstas no art. 42, XXXII, IX, e XII-A, “f” da mesma lei, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR