

A. I. N° - 210442.2517/08-9
AUTUADO - BIOCOSMÉTICA PIERRE JOUAR LTDA.
AUTUANTE - ANA RITA SILVA SACRAMENTO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA SANTANA
INTERNET - 29.05.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-02/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **a)** MICROEMPRESA **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infrações não contestadas. 2. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado que a situação fática diz respeito a saldos credores de Caixa. Nesta situação, com respaldo em dispositivo legal, presume-se que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não acolhida a argüição de nulidade. Infração não elidida Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008, reclama ICMS no valor total de R\$128.593,69, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

- 1 - Recolheu a menos, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, sendo exigido o valor de R\$600,00 e aplicada a multa de 50%.
- 2 - Recolheu a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, sendo exigido o valor de R\$16.873,28 e aplicada a multa de 50%.
- 3 - Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de Caixa de origem não comprovada, nos meses de dezembro em 2004 e 2005, sendo exigido o valor de R\$111.120,41, e aplicada a multa de 70%.

O autuado, por seu representante legal, impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração, às fls. 80 a 84, alegando que a autuante emitiu intimação para apresentação de livros e documentos dos exercícios de 2004 e 2005 e que, em seguida, solicitou comprovação bancária do aporte financeiro referente a empréstimos obtidos dos sócios, sendo a importância de R\$700.000,00 no ano de 2004 e o montante de R\$ 600.000,00 no ano de 2005.

Argumenta que a autuante encerrou a fiscalização, concluindo que houve omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada, asseverando que a autuante assim entendeu por desconsiderar os aportes realizados sob o fundamento de que os mesmos não se deram via depósito bancário, bem como por não estarem os referidos contratos de mútuo registrados em Cartório.

Salienta que, embora tenham sido apresentados os demonstrativos de “fontes de recursos” e “aplicações de recursos”, os aportes feitos pelas sócias, em moeda corrente do país, lançados no

caixa da empresa e respaldados nos contratos de mútuos pactuados e apresentados no curso da fiscalização, não foram considerados. Garante que caso os referidos contratos de mútuo fossem acatados não seria apurada nenhuma diferença que ensejasse a presunção de omissão de receita, seja no ano calendário de 2004 ou 2005.

Defende que ao proceder à autuação, sob a acusação referida, a autuante deixou de considerar os contratos de mútuo apresentados, por entender que não houve depósito bancário a demonstrar o ingresso de capital na empresa, por isso optou por adotar a presunção de omissão de receita.

Assevera que ao contrário da presunção adotada, os seus procedimentos encontram-se plenamente sob a égide da norma regulamentar, uma vez que inexiste qualquer disposição legal que o obrigue a integralizar o aporte, exclusivamente, por meio de depósito bancário, ainda mais porque o recurso adveio dos próprios sócios e não de terceiros estranhos ao quadro societário e, justamente por este motivo, o capital integralizou-se por meio de pagamento direto. Entende que agiu sem ferir qualquer forma legalmente exigida.

Sustenta que não há qualquer determinação legal que estipule forma fixa para integralização de aporte de capital, diz que a aplicabilidade do Auto de Infração fundamentada sob presunção, mesmo tendo esta sido elidida por documentação idônea, entende que foi inadequada, sem amparo legal, deixando sem qualquer sustentação a decisão de autuar.

Frisa que a característica do procedimento administrativo é a garantia do devido processo legal, o dever de obediência à lei. Acrescenta que qualquer ofensa a esse princípio acarreta a nulidade do procedimento.

Afirma que os requisitos legais para a lavratura do Auto de Infração, existem para evitar equívocos que venham prejudicar o administrado, com a observância aos limites impostos.

Argumenta que os contratos que demonstram aporte financeiro realizado pelos sócios, impedem, que se possa lançar mão de presunção.

Aduz que o Auto de Infração, contraria, o princípio da legalidade que determina que a administração pública é uma atividade vinculada que deve ser desenvolvida nos limites da lei.

Sustenta que a imputação de uma infração amparada em presunção elidida por documentação idônea (Contratos de Mútuo), não encontra guarida na legislação.

Finaliza dizendo que espera que sejam considerados os contratos de mútuos realizados pelos sócios, no bojo da confrontação fiscal, haja vista não haver qualquer forma fixa prescrita em Lei para integralização dos mesmos.

Espera que seja julgado insubstancial e/ou nulo do auto de infração, culminando com a desoneração da multa pecuniária imposta e que a decisão seja fundamentada para que possa garantir o seu amplo direito de defesa assegurado pela Constituição Federal.

A autuante presta informação fiscal, fls. 105 e 106, aduzindo que o autuado apresenta um conjunto de alegações em função das quais resolve solicitar declaração de insubstancialidade ou nulidade do feito.

Observa que o autuado não faz nenhuma menção às exigências fiscais decorrentes de recolhimento efetuados a menos, que ao longo da peça contestatória, não apresentou elementos que pudessem qualificar como indevidas tais exigências.

Afirma, se o silêncio expressa o reconhecimento de que o Auto de Infração é pertinente, pelo menos em alguns aspectos, não há que se falar em nulidade, diz que no máximo caberia pleitear uma declaração de procedência parcial para justificar os questionamentos formulados em torno do estouro de caixa.

Argumenta que quanto a tentativa de descharacterizar a omissão de saídas de mercadorias tributadas, argui que em essência, a suplicante não fez mais do que apresentar cópias de contratos de empréstimo, acrescentando que tais documentos, foram produzidos apenas com o objetivo de sustentar a tese da inexistência de estouro de caixa escritural.

Sustenta que tais empréstimos nunca existiram como podem ser extraídos do exame das Declarações de Rendimento das sócias mencionadas nos aludidos contratos. Observa que nas declarações de imposto de renda, referentes aos exercícios de 2003, 2004 e 2005 (fl. 18 a 41), além de não se fazer referência a tais empréstimos, observa-se a inexistência de lastro econômica que possa suportar tais operações. Cita que para evitar que essa inconsistência viesse à tona, o contribuinte apresentou declarações retificadoras, observando que todas foram encaminhadas à Receita Federal em 25/09/2008, data em que a ação fiscal já se encontrava em curso.

Surpreende-se com o fato de que empréstimos tão expressivos não tenham transitado pela conta bancária da empresa. Aduz que ao contrário do que afirmara na defesa, os contratos e comprovantes de depósitos bancários não foram apresentados à fiscalização quando da realização dos trabalhos.

Garante que em nenhum instante se apresentou comprovante bancário alusivo a tais ingressos. Diz que ao menos por questão de controle interno, é de esperar que somas tão elevadas (R\$700.000,00 em 2004 e R\$600.000,00 em 2005) transitem por conta bancária, a despeito da inexistência de obrigação legal, como se afirma na contestação.

Diz que acha estranho a ponto de despertar à atenção o fato de não se estabelecerem em contrato garantias de restituição dos montantes que teriam sido fornecidas pelas sócias, bem como sanções por eventual descumprimento do pactuado, chamando a atenção para a relevância dos montantes emprestados em relação ao patrimônio da pessoa jurídica, conforme evidenciam os Balanços (fls. 51, 62 e 73).

Profere que é infundada a alegação de que não houve omissão de saída de mercadorias tributáveis e de que os suprimentos à conta caixa estão perfeitamente comprovados.

Pede a manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte, sob a alegação de que o autuante não respeitou o princípio da legalidade, ao exigir o imposto por não considerar o seu aporte de Caixa decorrente de empréstimo/contrato de mútuo tomado a seus sócios, visto que ao contrário do que alegou o contribuinte, o autuante exigiu o crédito tributário com base no que dispõe o § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, em razão de saldo credor de caixa de origem não comprovada, deixando evidente o enquadramento legal, consoante art. 19 do RPAF/BA.

No mérito, o presente lançamento tributário foi constituído para exigir valores decorrentes de recolhimentos a menos de ICMS nas condições de Microempresa (Infração 01) e de Empresa de Pequeno Porte (Infração 02), bem como de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimentos de Caixa de origem não comprovada (infração 03).

O contribuinte não contestou as infrações 01 e 02, pelo que, as considero desde já, subsistentes.

Em relação à Infração 03, de acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “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 existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações

fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Logo, quando é detectada pela fiscalização qualquer das ocorrências acima, a legislação tributária autoriza a presunção legal de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas.

Por outro lado, quando o estabelecimento está inscrito no SimBahia, e incorre na situação prevista no inciso V do art. 408-L do RICMS/97, é correta a exigência de imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, pois de acordo com o artigo 19, da Lei nº 7.357/98, “quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais”, com a concessão dos créditos fiscais previstos no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02.

No caso, pelo que se vê, em que pese a acusação fiscal esta descrita no auto de infração como “suprimentos de Caixa de origem não comprovada”, com base na presunção legal prevista no § 3º do artigo 2º do RICMS/97, porém, na realidade o que ocorreu foi a constatação de saldos credores de Caixa, o que não muda o fulcro da autuação, pois o fato apurado tem a mesma natureza e se refletiu no levantamento das disponibilidades.

Observo, ainda, que a conclusão fiscal foi de que houve insuficiência de numerário no Caixa para cumprimento das compras e das obrigações, consoante demonstrado em seu levantamento consignado nas planilhas de “aplicações e fontes de recursos”, às fl. 12 a 17, evidenciando a existência do saldo credor de Caixa.

Vejo que constam dos autos, cópias de contrato particular de mútuo/empréstimo, firmado pelo sujeito passivo com as sócias Elyenice Brito da Silva Reis e Lidiane de Souza Reis, fls. 18 a 41 bem como cópias de declaração de imposto de renda, fls. 18 a 41, das referidas sócias, registrando valores a título de aporte financeiro ao autuado, em 2004 e 2005. Entretanto o contribuinte não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse que as mencionadas sócias antes de formalizarem o aduzido empréstimo, eram detentoras de bens numerários nos valores registrados nos referidos contratos e declarações de imposto de renda.

Vale ressaltar que os contratos e as declarações de imposto de renda por si só, não são suficientes para comprovar que as sócias possuíam cabalmente bens numerários nos valores que o sujeito passivo alegou ter recebido delas, a título de empréstimo/comodato.

Assim não ficou comprovada a origem dos recursos que possibilitaram ao sujeito passivo realizar pagamentos das compras e das obrigações, apurados pelo autuante, às fls. 12 a 17 do PAF.

Estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista no § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, cabendo ao contribuinte o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Portanto, está correta a autuação. Nesta situação presume-se que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas. Infração não elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do 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 210442.2517/08-9, lavrado contra **BIOCOSMÉTICA PIERRE JOUAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

pagamento do imposto no valor de R\$128.593,69, acrescido das multas de 50% sobre R\$17.473,28 e 70% sobre R\$111.120,41, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “b”, item “3” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR