

A. I. N° - 279733.0202/08-0
AUTUADO - MM COMÉRCIO S/A
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 29.09.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JFF N° 0328-04/09

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Suprimentos à conta “Caixa” sem a comprovação de sua origem indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Presunção elidida parcialmente com a juntada de extratos bancários provando a regularidade de determinadas transações. As operações de mútuo, contudo, não restaram comprovadas pela simples escrituração nos livros contábeis e registro em cartório. Afastada as preliminares de ofensa ao devido processo legal suscitada pelo autuado. Infração parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 06/06/08, para exigir ICMS no valor de R\$527.138,83, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimentos de Caixa de origem não comprovada. Consta, na descrição dos fatos que efetuou diversos lançamentos de operações havidas com a empresa MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA sem apresentar os comprovantes de tais operações, mesmo intimado a fazê-lo.

O autuado apresentou defesa, fls. 122 a 130, preliminarmente aduz o cumprimento regular de suas obrigações tributárias e que o próprio preposto fiscal menciona a existência de operações da Impugnante junto à empresa MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., demonstrando conhecimento da realidade contábil-fiscal da Impugnante, fato este que se sobressai como essencial ao bom deslinde desta controvérsia.

Diz que a MULTIBEL é detentora da marca utilizada pela MM. COMÉRCIO S A, contrato registrado no Cartório do Registro de Imóveis de Santo Antônio de Jesus, neste Estado, dado este não considerado pelo autuante, originando indevida incursão na esfera patrimonial do contribuinte, uma vez que os valores constituídos pelo preposto fiscal, configurados como omissão de saídas de receitas tributáveis, são decorrentes do Contrato de Cessão de Uso, Marcas, Utensílios e Equipamentos celebrado pela empresa Impugnante e MULTIBEL, não constituindo materialidade da hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços.

Assevera que o contrato é documento registrado e tem fê pública e assim agindo o fiscal violou o disposto no art. 19, II, da Constituição Federal, transcrevendo sua redação, fl. 124, que o auto de infração foi lavrado de forma genérica, obstando o exercício da garantia da ampla defesa e o contraditório pelo Impugnante de modo que se perfaz como indispensável a realização de revisão fiscal no procedimento administrativo.

Insiste que, a teor da Lei nº 11.047/08, o registro documental nos Cartórios de Registro de Títulos e Documentos, visando a conferir maior publicidade dos negócios jurídicos celebrados na ordem

jurídica, atribui eficácia ERGA OMNES, oponível perante terceiros, com finalidade de viabilizar a garantia fundamental da segurança jurídica consignada no rol de direitos fundamentais da CF/88.

Volta a discorrer que o Autuante ao recusar dar fé em documento público violou o disposto na Lei 6.677/94, o Estatuto do Servidor Público do Estado da Bahia (art. 176, III), incorreu em transgressão de natureza disciplinar o Auditor Fiscal do Estado da Bahia, constituindo-se medida de garantia do Interesse Público o encaminhamento de ofício à autoridade hierarquicamente superior ao preposto fiscal para que se instaure Processo Administrativo Disciplinar tendente a apurar a ocorrência da falta grave em que incorreu o auditor fiscal do Estado da Bahia, uma vez que é dever da própria Administração Pública apurar as irregularidades cometidas no seu seio. Destaca ainda, nesse sentido, o caráter vinculado dos prepostos fiscais e acórdão JF 0159-02/02 proferido pelo CONSEF.

Afirma que o Auditor Fiscal, ao desconsiderar a fé pública do Contrato de Cessão de Uso, Marca, Utensílio e Equipamentos celebrado entre a empresa MM. COMÉRCIO S /A e a MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, lavrou o presente auto de infração. Diz ainda que tal instrumento contratual contém expressa disposição, no sentido de constituir um mútuo entre as partes contratantes, referentes a compra de parte de mercadoria do estoque do autuado com registro contábil e cartorial das aquisições, conferindo transparência ao negócio implementado, seja no aspecto fiscal, seja no aspecto contratual perante a ordem jurídica.

Aduz que o Fisco Estadual utiliza os órgãos registrais para impulsionar a arrecadação tributária, não se perfaz razoável a negativa de fé pública ao instrumento contratual de mútuo devidamente registrado no órgão competente. A própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia possui inúmeros convênios com os órgãos vinculados à Administração Pública, inclusive as operações conjuntas da Secretaria da Receita Federal, Secretaria da Fazenda, Ministério Público Federal e Estadual, bem como a Polícia Civil. Isso demonstra a plena capacidade do preposto fiscal ter acesso ao contrato de mútuo, já que mediante simples ofício ao Cartório de Registro de Santo Antônio de Jesus poderia ter adquirido a informação, agora oferecida pela Impugnante. Sustenta ainda que a SEFAZ conhece o instrumento contratual mencionado quando prestou informações nos autos do Mandado de Segurança nº 995488-2/2006, impetrado na Vara Cível e da Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana BA.

Finaliza, alegando que as receitas entendidas como tributáveis encontram-se devidamente comprovadas a partir do Contrato de mútuo, alinhando-se perfeitamente com a jurisprudência do Conselho Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, inexistindo qualquer substrato fático ou jurídico que possa embasar a autuação empreendida pelo preposto fiscal contra a Impugnante. Pede a improcedência do presente auto de infração

O autuante, preliminarmente diz, em sua Informação Fiscal de fl. 152, ater-se-á exclusivamente às questões do auto de infração, desconsiderando as de ordem pessoal e profissional alegados na defesa. Afirma que a infração consiste na omissão de saídas apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada, não se tratando de negação de fé pública, conforme tenta demonstrar a defesa.

Entende que a existência de documentos registrados em cartório não exige o autuado de emitir documentos que comprovem as operações. Cita o mesmo acórdão JF 0159-03/02 trazido em seu favor pelo autuado para definir que a autuação baseia-se na falta de comprovação de ingresso do numerário no caixa do autuado e não na falta de veracidade do contrato de mútuo.

Pede julgamento procedente do auto de infração.

Em vista do óbice apresentado para o julgamento da lide, considerando ainda que às fls. 06 a 08 foram relacionados diversos lançamentos de entrada de recursos registrados no RAZÃO sem a efetiva comprovação e ainda que tal documento não foi assinado pelo autuado e nem pelo Auditor, não havendo certeza de que o autuado recebeu uma cópia; diante ainda do argumento defensivo de que as operações de transferências efetivamente ocorreram, que existem

documentos fidedignos e em condições de comprovar tais fatos, esta JJF decidiu converter o PAF em diligência à Inspeção de origem para que sejam adotadas providências saneadoras.

O autuante, fl. 157, em relação à diligência solicitada disse que já solicitara, antes, comprovantes dos lançamentos no livro razão, pedindo para reconsiderar tal pedido.

Considerando que estamos diante de presunção relativa, que admite prova contrária, conforme se expressa no Art. 4º, § 4º, Lei n.º 7.014/96, fundamental que a autoridade fiscal, ao verificar o motivo da presunção legal, intime o sujeito passivo a explicar as razões do evento que está a determinar a omissão de receita, antes de efetuar o lançamento.

O dispositivo legal que autoriza a presunção pressupõe que a origem do suprimento apurado pelo fisco não esteja comprovada. Logo, incabível o lançamento fundado na presunção de omissão de receitas por suprimento de caixa não justificado, se ausente a regular intimação para justificativa dos valores creditados em conta Caixa, de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira.

Assim, os membros da 4ª JJF entendem que a intimação feita pelo Auditor Fiscal, à fl. 09, não atende ao desiderato do presente processo, uma vez que não consubstancia o devido processo legal, sobretudo nas questões tributárias, em que o próprio processo administrativo deve atuar como instrumento do direito material, dando ao contribuinte o espaço de ampla defesa e de contraditório que viabilize pagar o tributo exatamente como previsto na lei.

Pelo exposto, em pauta suplementar, resolveram fazer retornar o presente processo em diligência a ASTEC para intimar o autuado para que apresente toda a documentação que possa comprovar o ingresso de numerários lançados no Caixa, cópias dos balanços e do livro Diário das duas empresas envolvidas no mútuo (autuada e mutuante), elaborar novos demonstrativos de débitos para cada infração com base nos documentos fiscais juntados aos autos, caso cabível.

Auditora Fiscal da ASTEC apresentou a nova diligência (fl. 162), esclarecendo, antes, que o autuado cedeu contratualmente sua marca – COMERCIAL RAMOS, para a empresa MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS, o que justifica a existência de operações entre as empresas e que o sujeito passivo trás aos autos extratos bancários que comprovam a regularidade de lançamentos com contrapartida nas contas de banco. Apresenta novos demonstrativos envolvendo os contratos de mútuos, fls. 386 a 389.

Intimado o autuado para conhecimento do resultado do novo Parecer (fl. 391), não se pronunciou. O Auditor Fiscal autuante deu ciência, à fl. 390.

VOTO

O presente auto de infração foi lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 527.138,83 em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimentos de Caixa de origem não comprovada, tendo em vista diversos lançamentos de operações havidas com a empresa MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA sem apresentar os comprovantes de tais operações.

Cumpra antes apreciar as questões preliminares suscitadas pelo autuado.

Obstrução ao contraditório, ampla defesa e demais princípios constitucionais. Argumenta o sujeito passivo que o contrato é documento registrado, tem fé pública e ao recusá-lo o Auditor fiscal violou o disposto no art. 19, II, da Constituição Federal e incorreu em transgressão de natureza disciplinar, desobediência ao disposto na Lei 6.677/94, o Estatuto do Servidor Público do Estado da Bahia (art. 176, III); que o auto de infração foi lavrado de forma genérica, obstando o exercício da garantia da ampla defesa e o contraditório pelo Impugnante de modo que se perfaz como indispensável a realização de revisão fiscal no procedimento administrativo.

O presente auto de infração foi lavrado da forma estabelecida no art. 39, RPAF BA, não infringe qualquer dispositivo legal tendo em vista que os artigos que serviram de base para o enquadramento da infração em tela estão fundamentados na Lei nº7.014/96 que institui o ICMS no Estado da Bahia.

Tampouco se observa no curso da ação fiscal qualquer ofensa ao disposto no art. 19, II, CF/88 ou art. 176, III, do Estatuto do Servidor Público, conforme pretendido pelo autuado, uma vez que laborou o agente fiscal na constituição do crédito tributário de forma vinculada e obrigatória, de acordo indicação do art. 142, CTN. Observo que além dos requisitos formais para a lavratura do auto de infração, na constituição do crédito tributário, deve a autoridade fiscal se pautar também pelos requisitos formais do art. 142, CTN, quais sejam: o fato gerador, a matéria tributável, o valor do tributo, o sujeito passivo e penalidade cabível. O presente processo foi lavrado com observação de tais requisitos, permitindo, pelo lançamento de ofício, o nascimento da obrigação tributária, possibilitando ao mesmo tempo a impugnação do lançamento por parte do autuado, inclusive, demandando a realização de diligências, conforme solicitação do contribuinte, objetivando aos esclarecimentos de todos os fatos controversos.

Assim, os elementos constantes do processo demonstram a motivação da autuação, devendo ser rechaçada quaisquer hipóteses de nulidade, ainda porque as situações suscitadas não encontram amparo nas regras previstas do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, a infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar... suprimentos a caixa não comprovados ... autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Alega o autuado em sua defesa que os valores constituídos pelo preposto fiscal, configurados como omissão de saídas de receitas tributáveis, são decorrentes do Contrato de Cessão de Uso, Marcas, Utensílios e Equipamentos celebrado pela empresa Impugnante e MULTIBEL, não constituindo materialidade da hipótese de incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, inexistindo qualquer substrato fático ou jurídico que possa embasar a autuação empreendida pelo preposto fiscal. Este, em contraposição, diz que a existência de documentos registrados em cartório não exime o autuado de emitir documentos que comprovem as operações e que a autuação baseia-se na falta de comprovação de ingresso do numerário no caixa do autuado e não na falta de veracidade do contrato de mútuo.

Posto isso, em se tratando de exigência por presunção legal, o dispositivo legal que autoriza a presunção pressupõe que a origem do suprimento apurado pelo fisco não esteja comprovada e em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal. Contudo, incabível o lançamento fundado na presunção de omissão de receitas por suprimento de caixa não justificado, se ausente a regular intimação para justificativa dos valores creditados em conta Caixa, de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira.

Portanto, a autorização dada pela lei para que suprimentos de origem não comprovada indicados na escrituração sejam utilizados como presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto é ressalvada pela prova da improcedência da presunção pelo sujeito passivo. No caso presente, não cumpriu esse papel de integrar a norma, a intimação genérica feita pelo autuante, à fl. 09.

Desiderato alcançado após diligencia empreendida pela diligente da ASTEC que carrou aos autos documentos que comprovam a existência do contrato de mútuo entre a MM e a MULTIBEL, devidamente registrado em cartório, materializando-se entre outras ações, através do repasse de recursos financeiros. Valores desse contrato estão registrados na contabilidade das duas empresas; No Balanço da autuada constam os valores R\$ 3.991.124,75; R\$ 4.433.715,99; R\$ 1.957.293,59, no Realizável a Longo Prazo, na conta Empréstimos a coligadas, nos anos de 2003 a 2005 e, respectivamente, os mesmos valores no Balanço da MULTIBEL na conta Empréstimos de coligadas

(fls. 162/219), além dos respectivos registros nas Declarações de Imposto de Renda das empresas, fls. 220/255.

Assim, farta documentação foi acostada pelo contribuinte com poderes para elidir a presunção fiscal. Nesse norte, cópias de extratos bancários demonstram que parcelas dos valores indicados no demonstrativo fiscal de fls. 06 a 08 estão relacionadas nos documentos bancários identificando a existência efetiva das operações comerciais e a origem dos suprimentos.

No entanto, operações relativas ao Contrato de Mútuo não restaram devidamente comprovadas. O Mútuo é um empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Portanto, se o mútuo for de dinheiro, devolve-se dinheiro acrescido dos juros leais (art. 586 a 592, CC 02). Dessa forma, não logra êxito elidir a presunção tão somente os lançamentos contábeis e os registros em cartórios. Tratando-se de quantias volumosas de recursos, necessariamente, seriam transações que ocorreriam via rede de bancos, como as várias que o autuado movimentou e que serviram de prova a desmontar uma parcela da presunção fiscal supra referenciada.

Conquanto seja o mútuo uma ocorrência comum entre as sociedades coligadas ou mesmo entre a sociedade e seus respectivos sócios, precisam ser legítimos e absolutamente comprovados e jamais se prestar a um ardil para lançar na contabilidade valores que foram sonogados.

Portanto, perfeito o trabalho realizado pela assessoria técnica do CONSEF no sentido de rastrear a escrituração contábil dos envolvidos nas operações de Mútuos tratadas nesse processo e os extratos bancários respectivos, de modo a segregar entre os valores que foram lançados na inicial do presente auto de infração, identificando os valores que efetivamente correspondem a transações legais e regulares entre as duas sociedades e aqueles outros imprestáveis para provar a licitude dos negócios pretensamente ocorridos.

Do exposto, acato o demonstrativo de fls. 387/388 restando caracterizada a presunção da omissão de receitas tributáveis, tendo em vista o suprimento de caixa com recursos de origem não comprovada, nos valores de R\$ 129.503,21 para o exercício de 2003; R\$ 53.380,00 para o exercício de 2004 e R\$ 58.989,20 para o exercício de 2005; totalizando a exigência em R\$ 241.872,41.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279733.0202/08-0, lavrado contra **MM COMÉRCIO S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 241.872,41**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR