

A. I. N° - 281401.0044/07-0
AUTUADO - BM VENDING ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET 26.05.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-05/11

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. TRANSFERÊNCIA DE PRODUTOS PARA FILIAL NO ESTADO DA BAHIA. Infração reconhecida. 2. 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. Infração parcialmente procedente. 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Rejeitado pedido de Perícia Técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/07, para exigir ICMS no valor de R\$ 564.832,39, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das infrações a seguir descritas:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, mas regularmente escrituradas, conforme demonstrativo e documentos anexos. Exercício 2002. Valor R\$ 13.629,33.
2. Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Exercício 2002. Valor R\$ 547.198,39.
3. Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Exercício 2002. Valor R\$ 4.004,67.

O autuado apresentou defesa, fls. 944 a 959, preliminarmente, aduz acerca da tempestividade de sua defesa; repete os termos da autuação e argui faltar-lhe sustentação.

Sobre a infração 1, diz que se trata de transferência de produtos para a filial do autuado, situada no próprio Estado da Bahia, CFOP 522; que apenas as Notas Fiscais nºs 14.923 e 15306 se referiam à vendas de produtos e ICMS, na ordem de R\$ 9,00.

Destaca que apesar do art. 12, I, LC 87/96 prevê a incidência do imposto nas saídas de mercadorias para estabelecimento do mesmo contribuinte, tal questão já foi debatida perante os tribunais superiores, no sentido de que as transferências não encerram qualquer conteúdo econômico,

posicionamento simulado no STJ (súmula 166). Cita em seu favor Arnaldo Wald, Paulo de Barros Carvalho. Diz ainda que não procedeu ao lançamento dos créditos na filial

Na infração 2, omissão de saída apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, em 2001, argumenta que contava o autuado em seu quadro societário com várias empresas, constantes no anexo 04 e que a BEIRAMAR PARTICIPAÇÕES S/A é sua controladora e o senhor José Paulo de Freitas Guimarães, seu sócio administrador, inclusive, de outra várias empresas, congregando um mesmo grupo econômico.

Em função da relação societária tão estreita promovem operações em conjunto e auxiliam-se mutuamente, suprindo o caixa umas das outras, em determinados momentos, operação aceitável plenamente e legal.

Cita o art. Art. 2º, § 3º, II para afirmar que a tributação dos valores recebidos à título de empréstimo é legal e tem fulcro na sua documentação contábil; o suprimento de caixa tem origem nas operações de mútuo com as empresas Beira Mar Distribuidora de Bebidas; Nutricash serviços de alimentação ao trabalhador; BM logística comércio, serviços Itda. e BM alimentos e Serviços Itda. Define que não houve omissão de receita, mas a realização de empréstimos, através de transferências bancárias.

Diz que comprova a validade das operações e origem dos recursos através do livro de Razão do autuado e das demais empresas, conforme anexos 11 e 12, da movimentação financeira, registros contábeis, contato de mútuo com cópias no anexo 15.

Aduz que a conta 1.1.1.02.01, movimentação do banco Itaú, demonstra o recebimento de R\$ 90.500,00; na conta 1.1.1.03.02, banco Cidade, recebimento de R\$ 19.090,00; além dos extratos bancários da Beira Mar (c/c 015816-26 e 67663-1), que demonstram as transferências para a conta da BM VENDING (banco Itaú, sob nº 19551-3) em nome da Litoral Norte Alimentos, denominação social anterior, conforme contrato, anexo 04.

Insiste que não há falar suprimento de caixa de origem não comprovada quando existente o contrato de mutuo e as demonstrações contábeis e financeiras, conforme Acórdão nº 0106-13331, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, transcrita às fls. 954.

Pugna pela juntada de outros documentos e conclui que diante dos documentos que denota a apresentação de operações de mutuo entre empresas coligadas não há falar em omissões de ICMS.

Assevera que as Notas Fiscais nºs 307 e 272 das empresas LUXOR VENDING e KTM, na infração 3, se referem a hélice de motor, retentor, termostato, tomada bipolar, carrinhos, material destinados ao ativo imobilizado do autuado; a nota fiscal 727, se referem a aquisição de material de consumo, lançadas, por equívoco, na filial do autuado. Caberia no máximo uma penalidade acessória, jamais a exigência de imposto.

Sobre a Nota Fiscal de nº 002095, referente à aquisição de formulário de notas fiscais, não incide ICMS, porque constante da lista de serviço do Decreto nº 406/68, revogado pela Lei complementar nº 116/02. Em favor de sua tese transcreve ponderações do Prof. Eduardo Botallo, fls. 956.

Pede Perícia Contábil para confrontar os dados apresentados, indicando assistente, quesitos, concluindo com o pedido de improcedência do lançamento fiscal.

Volta a Manifestar-se o autuado, fls. 2342/2344, informando o pagamento parcial das infrações I e III, conforme DAE anexo, fl. 2345. Reitera as alegações com relação à infração 2.

O autuante diz, em sua Informação Fiscal de fl. 2347 que o contribuinte apresentou em 2002 uma DMA negativa, mas, posteriormente, acatou e apresentou pagamento para as infrações 1 e 3. Sobre a infração 2 declarando que pertence a um grupo econômico e que realizou operações de mútuos, no sentido de suprir o caixa uma das outras.

Aduz, no entanto, que foram 118 operações ao longo do exercício de 2002 e recebimentos que totalizou R\$ 3.218.814,05, significando um empréstimo de R\$ 27.278,09, a cada dia de atividade da empresa, o que evidencia um cenário típico de venda sem a necessária contabilização, já visível a partir da DMA negativa citada anteriormente. Entende que, na tentativa de mascarar esse cenário, a empresa mantém uma escrita contábil volumosa com 22 livros Diário e 17 Razão.

Diz ainda que apenas 6 das empresas do mencionado grupo estão inscritas no Cadastro estadual e dessas, apenas a BEIRA MAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS (02.231.769), apresentou vendas declaradas e lastro financeiro para fazer frente aos empréstimos concedidos, conforme fazem provas as DMA consolidadas, fls. 2350 / 2382.

Explica que lançamentos contábeis de ingressos no Caixa devem ser comprovados através de documentos fidedignos das operações; em se tratando de suprimento deve ser comprovada a origem dos recursos, sob pena da presunção de omissão de receitas, levantada conforme fls. 31/33 e 233/921. Diz que tais lançamentos contábeis correspondem à venda não oferecida à tributação no valor total de R\$ 3.218.814,05. Diz ainda que esta infração, inclusive, tem a mesma natureza da infração 3, acatada pelo autuado.

Completa que a infração 3, independente de já ter sido acatada pelo autuado, teve origem nas notas fiscais capturadas no sistema CFAMT, presunção prevista no art. 2º, § 3º, IV, RICMS BA.

Requer a Procedência do Auto de Infração.

O autuado apresenta nova manifestação, fls. 2392/2399, contrapondo que não existe embasamento fático ou jurídico nos argumentos trazidos na Informação Fiscal. Reprova o autuante quando diz que a contabilidade tem falhas que compromete sua veracidade, “*sendo caso típico de empresas que realizam operações sem a devida contabilização e tributação*”, para depois afirmar acerca da existência de 22 livros diários e 17 livros razão.

Explica que tais livros apontam que todas as operações realizadas no período encontram-se ali registradas, não restando margem para dúvidas quanto à movimentação de seu estoque e do registro das vendas efetivadas.

Diz que a atividade desenvolvida gera uma infinidade de operações de saída e grande movimento contábil, o que se pode ver a partir da Nota Fiscal de Saída nº 0014923, doc. 02, donde se vê a venda de 4 kg de Açúcar Cristal; 3 kg de Nescafé Mokaccino; 2 kg de leite em pó Molico Nestlé; 3 kg de Nescau Nestlé; 5 ct de misturadores; 6 ct de copos térmicos. Assim, cada nota de venda gera um grande numero de lançamentos que devem ser objeto de análise. Conclui que se o fiscal tivesse analisado a escrita contábil de forma detida, buscando a verdade material, teria constatado que nenhuma omissão poderia ser imputada à companhia.

Defende que a fiscalização poderia fazer o levantamento quantitativo de estoque da inexistência de qualquer omissão, porque praticamente 80% das operações realizadas pelo autuado ocorrem com produtos sujeitos ao regime de antecipação tributária, consistentes na compra e venda de guloseimas industrializadas e batatas importadas da Argentina, cujo recolhimento antecipado ocorre quando do desembarço aduaneiro. Não havendo omissão de saída acobertada pelo mútuo ou qualquer prejuízo ao erário, vez que o ICMS sobre os produtos já se encontra recolhido.

Diz ainda que no Auto de Infração nº 206882.0111/04-0, referente ao exercício 2002, lavrado contra a Companhia, dados do SINTEGRA e levantamento quantitativo de estoque caracterizaram as infrações 1 e 2, que já foram devidamente quitadas, não restando qualquer omissão por parte da Companhia para este mesmo ano, conforme decisão proferida pela administração fiscal através do Acórdão JJF 0315/2005, em anexo.

Insiste que os documentos comprobatórios das operações de mútuo junto às empresas credoras, o que poderia demonstrar a origem licita dos suprimentos, em momento algum, foram solicitados pela fiscalização. Prova disso é que não foi sequer feita a análise dos documentos acostados na

defesa administrativa, especificamente nos Anexos 11 e 12, onde se encontram as cópias dos lançamentos nos Livros Razão do autuado, bem como da Beira Mar Distribuidora de Bebidas Ltda; Nutricash Serviço de Alimentação ao Trabalhador Ltda; BM Alimentos e Serviços Ltda; BM Logística Comércio e Serviços Ltda, que expressam fielmente todos os registros do mútuo efetivados entre estas empresas.

Diz que junta aos autos os anexos 13, 14 e 15 com cópia dos extratos bancários contendo a movimentação financeira e o respectivo registro contábil de todas as transferências realizadas no período, bem como os respectivos contratos de mútuo que embasaram tais operações; cópia do Livro Razão, extratos bancários, empréstimos contraídos junto à Beira Mar Distribuidora de Bebidas Ltda., no período de 2002; além da Declaração de Imposto de Renda do exercício de ano-base 2002 da Beira Mar, Nutricash Serviço de Alimentação ao Trabalhador Ltda., acostadas em anexo, demonstrando o registro do mútuo realizado.

Com relação à manifestação do autuante de que apenas parte das empresas do grupo tem inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, isto ocorre porque as empresas prestadoras de serviços BMP – Beira Mar Patrimonial S/A; Praia do Forte Participações e Consultoria S/A; PLUS S/A Participações devem ser obrigatoriamente cadastradas junto ao fisco municipal e federal.

Lembra que o fisco federal não alcançou tais operações de mútuo para cobrança do Imposto de Renda e Contribuição Social incidentes sobre a suposta omissão de receita, posto que os valores de mútuo derivaram de empréstimos declarados, devidamente registrados na escrita contábil das companhias coligadas, realizados por empresas idôneas, em intervenção da sua controladora Beira Mar Participações S/A. Aponta que o próprio autuado constatou que a empresa Beira Mar Distribuidora de Bebidas Ltda teria respaldo financeiro para a realização das operações de mútuo com o autuado.

Reitera a realização da perícia técnica contábil com a análise da documentação juntada aos autos por amostragem e outros em poder do autuado e pede a improcedência da infração 2.

O autuante, fl. 2535/2538, volta a manifestar-se sobre o arrazoado do contribuinte, afirmando que em várias oportunidades intimou-o para apresentação de documentos e que a empresa poderia fazê-lo durante as impugnações, o que não ocorreu.

Diz que a declaração de Imposto de Renda 2002 da Beira Mar Distribuidora, fl. 2402/2453, apresentou prejuízo, não havendo como realizar empréstimos de recursos de origem lícita, não justificando os empréstimos escriturados na contabilidade. Consta no balanço patrimonial crédito com pessoas ligadas R\$ 3.898.472,82, fls. 2444 e, ao mesmo tempo, R\$ 2.382.257,79, relativos a empréstimos contraídos no mesmo período, de forma a manter a contabilidade sempre em equilíbrio e evitar estouros de caixa.

Diz que a comercialização de alimentos, guloseimas e bebidas em geral não justifica uma contabilidade tão volumosa; que o Auto de Infração 206882.0111/04-0 foi lavrado contra a inscrição 57.519.517 e o respectivo Acórdão nº 0315-01/05 definiu a exigência de R\$ 13.331,14, à título de entradas de mercadorias sem o devido registro, apurada através de Levantamento Quantitativo.

Aduz que o presente trabalho alcança as operações realizadas pela matriz e também às operações realizadas pela filial que sofreu a citada autuação, por isso, procede à compensação para evitar que conflito de cobranças, modificando a exigência inicial para R\$ 533.867,25, conforme demonstrativo de fl. 2537.

Pede a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fls. 2541/2545, o autuado reitera o pedido de perícia fiscal, face à análise feita pelo fiscal acerca da saúde financeira da Beira Mar, que encerrou suas atividades sem qualquer pendência no Estado; diz que atendeu às solicitações fiscais; que demonstrou a

vinculação societária com as demais empresas, não podendo o fiscal aferir a situação de uma empresa apenas pela verificação de documentos pontuais; sintetiza as atividades das empresas que participaram das operações de mutuo, registrando que a Nutricash, em 2002, apresentou lucro e recolheu o montante de R\$ 1.034.000,00, sendo R\$ 570.489,00 de IR e CSSL.

Diz que a farta documentação apresentada não mereceu a devida análise pelo autuante; preferiu o fiscal alegar que a volumosa e desorganizada documentação determinou a desistência de fiscalizações anteriores. Quanto ao valor de R\$ 13.331,14, afastado pela fiscalização, disse que caberia ainda o abatimento da totalidade da autuação anterior, já afastada pelo CONSEF no Acórdão nº 0315-01/05.

Conclui que existe simetria entre os registros realizados na documentação fiscal do autuado e os registros das mesmas operações nas empresas coligadas. Pede a improcedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fls. 2549/2550, o autuante diz que seus comentários são frutos das análises relacionadas aos fatos apurados durante a ação fiscal e que a defesa tem apresentado o mesmo discurso. Diz que não está obrigado a examinar a escrita contábil da empresa fiscalizada, uma vez que os livros Diário e Razão representam escrita auxiliar da fiscal. Reitera que o agente fiscal está direcionado a cumprir, em regra, roteiros de auditoria fiscal necessários para homologação de exercícios, mas que, no presente caso, exaustivo trabalho de auditoria contábil se faz necessário.

Pede novamente a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Face ao contraditório que envolve a presente situação, os membros da 4ª JJF, em pauta suplementar, convertem o processo em diligência para que restem esclarecidas questões que impossibilitam sua efetiva apreciação.

Foi pedido ainda que, após a verificação dos itens retro mencionados, diante da escrituração contábil dos envolvidos nas operações de mútuo, os extratos bancários respectivos, instruídos com documentos de provas acostados aos autos, sejam feitas às exclusões devidas e elaboração de novos demonstrativos, caso caibam. Nesse caso, ciência ao autuado e prazo de 30 dias para contestações.

O diligente da ASTEC apresenta seu Parecer, fls. 2559/2561, diz que foram apresentados extratos de bancos, cópias do Livro Diário, balanços das empresas envolvidas nas operações de mútuo, detectando lançamentos no Ativo Realizável a Longo Prazo envolvendo empresas controladas e coligadas, na ordem de R\$ 2.108.505,52, no balanço de NUTRICASH SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO AO TRABALHADOR. Anexa cópia de extratos e lançamentos contábeis com os valores relacionados pelo fisco como suprimento indevido às fls. 31/33.

Conclui que após analisados os registros contábeis e extratos bancário, apenas o lançamento de R\$ 276.836,83 não está acobertado por documento, sendo insuficiente para provar sua regularidade o ajuste do saldo proposto pelo autuado.

O autuado volta a manifestar-se sobre a diligência supra mencionada, fls. 2566/2569, reiterando ter comprovado o ingresso legal do numerário na escrita contábil relativo às operações descritas no demonstrativo fiscal SUPRIMENTO INDEVIDO, descrevendo algumas dessas operações de mútuo.

Frisa que os valores recebidos a título de empréstimos pelo autuado está acorde com a legislação pertinente, com fulcro na sua documentação contábil da empresa que se mostra valiosa em apontar a origem dos suprimentos de caixa. Diz que apresentou cópia dos extratos bancários, registro contábeis das transferências e contratos de mútuos que embasaram as operações , o que afasta qualquer questionamento sobre a validade das operações.

Em nova manifestação, às fls. 3306, o sujeito passivo faz um resumo da autuação; diz que sua defesa demonstra a improcedência das infrações, em especial a infração II, tendo, na

oportunidade, acostado documentação comprobatória das operações de mútuo realizadas com empresas coligadas. Contudo, aproveitando a redução da multa concedida, 28.01.08, efetuou pagamento de parte do débito ora discutido no valor de R\$ 36.521,65, referente às infrações I e III.

Explica que, em relação à infração II, não existe justificativa para imputação da omissão de receita, vez que todos os numerários glosados pela fiscalização decorrem de operações de mútuo realizadas entre empresas coligadas.

Repete que mantém relação societária estreita com as empresas BEIRA MAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS, NUTRICASH DE ALIMENTAÇÃO AO TRABALHADOR, BM LOGISTICA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA promovendo constantemente operações em conjunto com o objetivo de auxilio mutuo, suprindo o caixa umas das outras.

Ensina que não houve omissão de receita e os empréstimos foram realizados de forma legal, através de transferências bancárias, devidamente comprovadas. Importa destacar que juntou uma série de documentos contábeis, inclusive jogos de amostragem comprovando claramente a saída e entrada dos numerários glosados na escrita do autuado, devidamente alinhados com a escrituração das empresas coligadas, inclusive com os extratos bancários correspondentes.

Lembra que quando da diligência feita por membro da ASTEC apresentou mais uma vez documentos que comprovam o ingresso legal dos números na escrita contábil, relativas às operações listadas no demonstrativo de auditoria SUPRIMENTO INDEVIDO, objeto da infração II, bem como, cópias das folhas do Livro Razão das empresas envolvidas no mútuo. Descrevendo ainda como amostragem, algumas operações de mútuos realizadas entre as empresas BEIRA MAR DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS LTDA e BM VENDING ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.

Ressalta que os valores foram reconhecidos como indevidos quase em sua totalidade do débito mencionado no Auto de Infração, na diligência fiscal, permanecendo a glosa apenas do valor de R\$ 47.062,26, ainda assim, fruto da interpretação equivocada do respeitável Auditor Fiscal, que entendeu que houve um AJUSTE Contábil e não uma RECLASSIFICAÇÃO.

Explica que a Conta nº 11430302 (BM Alimentos Serviços Ltda – Conta Corrente), classificada no ATIVO começou a ter lançamentos a partir de 30/10/2002. Verificou a predominância de lançamentos credores, ficando a referida conta com saldo CREDOR de R\$ 276.836,83. Levando em consideração que as contas do ATIVO são de natureza DEVEDORA, as do PASSIVO de natureza CREDORA, a contabilidade do autuado efetua a RECLASSIFICAÇÃO do referido saldo CREDOR para o PASSIVO, conforme verificado na conta n.º 22210101 denominada Beira Mar – Salvador, zerando a conta ATIVO, em 31.12.02.

Assegura que esse tipo de operação contábil é comum para fins de apresentação do Balanço Societário, a exemplo da reclassificação do saldo credor no ATIVO de conta bancária reclassificada para o PASSIVO, nos financiamentos. Ademais, a conta de mútuo não possui natureza contábil de DEVEDORA ou CREDORA e o que define a sua natureza é justamente a sua movimentação; seu saldo pode ser reclassificado do Ativo para o Passivo ou vice versa.

Ensina que reclassificação é uma mera mudança de conta contábil seja por erro de lançamento ou por alteração de classificação contábil e ajustes são utilizados para registrar saldo de determinada conta por reconhecimento de perdas, ajustamento de saldos ao seu valor real, reconhecimento de despesa para ajustar o não registro em períodos anteriores, baixa a prejuízo de valores, etc.

Em novo pronunciamento do Auditor Fiscal às fls. 3385, defende que para comprovação da regularidade das operações contábeis, objeto desse processo, além dos extratos bancários, que devem conter carimbo e assinatura da instituição financeira que o expediu, seria necessários os recibos da entrega das declarações, toda a declaração de inteiro teor, obtida junta a Secretaria da Receita Federal, garantindo que tais empréstimos foram, de fato, declarados ao fisco federal.

Entende que não foi apresentada toda documentação comprobatória, mantém, por isso, seu posicionamento manifestado ao longo do processo.

A coordenação do CONSEF junta documentos de pagamento extraído do SIGAT, fls.2553/2555, comprovando o pagamento das exigências nas infrações 1 e 3, no valor original de R\$ 17.634,02.

VOTO

O Auto de Infração, ora analisado, foi lavrado para formalizar as exigências de ICMS por falta de recolhimento do imposto em face da imputação fiscal constantes nas 3 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir, exceto para as infrações 1 e 3 que foram reconhecidas pelo autuado; efetuados seus respectivos pagamentos, conforme extratos do SIGAT, fls. 2.553/2.555, inexistindo lide e fora da apreciação do relator. Insurge-se o sujeito passivo apenas contra a infração 2, o que apreciaremos a seguir.

Na infração 2, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no Valor R\$ 547.198,39, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimentos de Caixa de origem não comprovada, no exercício de 2002, tendo em vista diversos lançamentos de operações havidas com diversas empresas do mesmo grupo empresarial.

Antes, oportuno, apreciar o pedido de realização da perícia técnica contábil formulada pelo sujeito passivo para análise da documentação juntada aos autos por amostragem e outros em poder do autuado.

Perícia Técnica conforme indica o art. 150, II RPAF, implica realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado que se presta ao esclarecimento de certos fatos, efetuada por pessoa de reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Não vislumbro, no caso, tal necessidade, tendo em vista que a solução da matéria em questão independe de tal providência. Entretanto, a fim do esclarecimento de fato controverso, a 4^a JJF solicitou diligência fiscal, nos termos do art. 147, RPA 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.

À vista dos documentos acostados aos autos, verifico que o Auditor Fiscal fundamentou o lançamento de presunção de omissão de receitas por suprimento de caixa não justificado, ao elaborar demonstrativo de Suprimento Indevido, fls. 31/33, intimando o contribuinte para apresentar justificativa para valores creditados representados pelas operações de mutuo, fls. 12/18.

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.

Dessa forma, alega o autuado em sua defesa que mantém relação societária estreita com as empresas BEIRA MAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS; NUTRICASH SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO AO TRABALHADOR; BM LOGISTICA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA; BM ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, que promove operações em conjunto e auxiliam-se mutuamente, suprindo o caixa umas das outras. Assegura que não houve omissão de receita, mas a realização de empréstimos de forma legal, através de transferências bancárias.

Apresenta assim, em seu favor, comprovação das operações e origem dos recursos através do livro Razão do autuado e das demais empresas, conforme anexos 11 (fls. 1118/1416 – Vol. IV e V) e

12 (fls. 1418/2008 – Vol. V e VI), da movimentação financeira, registros contábeis, contato de mútuo com cópias nos anexos 13/15 (fls. 2010/2331 – Vol. VI e VII). Foram juntados documentos contábeis, objetivando comprovar a saída e entrada de numerários, alinhados com a escrituração das empresas coligadas, além de extratos bancários correspondentes.

O Autuante, à seu turno, alega que a declaração de Imposto de Renda da Beira Mar Distribuidora fl. 2402/2453, apresentou prejuízo, não havendo como realizar empréstimos de recursos de origem lícita, não justificando os empréstimos escriturados na contabilidade; que no balanço patrimonial consta crédito com pessoas ligadas de R\$ 3.898.472,82, fls. 2444 e, ao mesmo tempo, mantém R\$ 2.382.257,79, de empréstimos contraídos no mesmo período, para deixar a contabilidade sempre em equilíbrio e evitar estouros de caixa. Reclama da escrita contábil volumosa para quem comercializa alimentos, guloseimas e bebidas; que a exigência de R\$ 13.331,14 (Auto de Infração 206882.0111/04-0 / acórdão 0315-01/05) deve ser compensada no presente processo para evitar conflito de cobranças, modificando a exigência inicial para R\$ 533.867,25 (fl. 2537).

Nesse norte, para se preservar a verdade material, o Auto de Infração foi submetido à diligência a fim de que tal procedimento integre a documentação já apresentada e possibilite que se apure a realidade dos fatos, compondo adequadamente a base de cálculo pela exata diferença tributária derivada da conduta praticada pelo contribuinte e da conduta que o fisco exige na presente exação, sobretudo, em se tratando de omissão de saídas por presunção.

Concluída a diligência, preposto da ASTEC informa às fls. 2559/2561, que foram apresentados extratos de bancos, cópias do livro Diário, balanços das empresas envolvidas nas operações de mútuo; a existência de lançamentos no Ativo Realizável a Longo Prazo envolvendo empresas controladas e coligadas, na ordem de R\$ 2.108.505,52; cópia de extratos e lançamentos contábeis com os valores relacionados pelo fisco como suprimento indevido às fls. 31/33, encontrando-se à descoberto o valor de R\$ 276.836,83, cujo ajuste contábil proposto pelo autuado não seria suficiente para provar sua regularidade.

Examinando a farta documentação carreada aos autos, constatei a existência de contratos de mutuo firmados entre a empresa autuado e outras sociedades controladas e coligadas (BR TELECOM, NUTRICASH, TRANS CONCAVO, BEIRA MAR DISTRIBUIDORA), fls. 2254 / 2261, materializando-se entre outras ações, através do repasse de recursos financeiros. Relacionados os vários contratos havidos no exercício de 2002, importou um total de R\$ 3.218.814,05, sobre o qual a fiscalização presumiu a existência de suprimento de caixa de origem não comprovada. Apesar da falta de registro dos mencionados contratos no Cartório de Títulos e Documentos, tal ato por si só não autoriza, no presente caso, o afastamento das operações, tendo em vista a regularidade em sua contabilização e mesmo porque o contrato de mutuo não é solene, não requer a observação de formalidades especiais.

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 legais (art. 586 a 592, CC 02). Dessa forma, não logra êxito elidir a presunção tão somente os lançamentos contábeis ou o registro em cartórios, quando realizados. Tratando-se de quantias volumosas de recursos, como é o caso que se examina, necessariamente, teriam que ocorrer através da rede de bancos, cujos extratos o Fisco deve requisitar do contribuinte porque procedimento inserido na atividade de fiscalização do sujeito passivo.

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

Nesse sentido, 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 ente os valores que foram lançados na

inicial do presente Auto de Infração, identificando os valores que efetivamente correspondem à transações legais e regulares entre as sociedades e aqueles outros imprestáveis para provar a licitude dos negócios pretensamente ocorridos.

Constatamos à vista de toda a documentação trazidas ao processo, documentos fiscais, contábeis, contratos, Declarações de Imposto de Renda das sociedades, além de cópias dos extratos bancários demonstram que os valores indicados no demonstrativo fiscal de fls. 31 a 33 constam registrados na contabilidade das empresas, as operações ocorreram através das instituições financeiras, constando no balanço das sociedades envolvidas, identificando a existência efetiva das operações comerciais e a origem dos suprimentos.

Algumas dessas operações de mútuo estão perfeitamente conciliadas e informadas nos autos, a partir da autorização para transferência bancárias entre sociedades do grupo, creditando-se na conta do mutuário (autuada) determinada quantia a partir de débito na conta do mutuante (Beira Mar distribuidora de Bebidas), no caso, R\$ 80.000,00, em 01.03.02, (fls. 2802); extrato do débito na conta corrente 67.663 agência 012 - Banco Itaú, da Beira Mar Distribuidora (fl.2803); extrato do crédito na conta corrente 19.551-3, agencia 1576 - Banco Itaú, do autuado (fl. 2806); lançamento no livro Razão da sociedade mutuante (fl. 2804) e lançamento no livro Razão do autuado (fl. 2805).

Assim, foram identificados todos os lançamentos que indicavam suprimento de caixa sem origem comprovada e que determinaram a exigência contida nessa infração 02, exceto o valor R\$ 276.836,83, que não corresponde a uma operação de mútuo entre as sociedades, mas um ajuste contábil, numa movimentação de conta que apresentava saldo credor, devendo tal valor ser tributado como suprimento de caixa sem origem, com a aplicação da alíquota de 17%, implicando ICMS a recolher de R\$ 47.062,26.

Argúi o sujeito passivo que se trata de equívoco na interpretação fiscal que entendeu ter havido um ajuste contábil, onde apenas existiu reclassificação fiscal, que não pode ser entendido como suprimento de caixa.

Não tem razão o autuado. No contrato de mútuo, a sociedade que receber o numerário emprestado creditará, em contrapartida do ingresso de numerário em sua conta bancária ou na conta Caixa, o valor correspondente em conta específica do passivo circulante ou longo prazo; A sociedade que empresa o numerário, a mutuante irá registrar o direito de recebê-lo em conta do realizável a longo prazo, independentemente de o contrato especificar data de vencimento anterior ao término do exercício seguinte (art. 179, inciso II da Lei nº 6404/76).

Portanto, a entrada de numerários na empresa autuada sofre lançamento devedor numa conta do seu ativo (Caixa ou Bancos); sua contrapartida terá saldo credor, representando a obrigação de pagamento futuro da coisa emprestada. Em suma, o contrato de mútuo deve ser contabilizado como um Passivo Exigível na mutuária e como um Ativo Realizável na mutuante.

Dessa forma, a existência do saldo credor final de R\$ 276.836,83 na conta 11430302 da sociedade mutuaria autuado, fls. 3313/3316, irrelevante tratar-se de ajuste ou reclassificação contábil, importa a natureza das contas credoras do ponto de vista contábil e sua classificação patrimonial indicando uma obrigação a ser cumprida, em contrapartida a um lançamento em conta devedora, significando um ativo disponibilizado na mesma sociedade mutuário autuado, de igual valor.

Esse é um valor de suprimento de origem não revelada, dando azo à presunção de omissão de receitas tributáveis, sem que o sujeito passivo lograsse êxito em elidir, nos termos do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96,

Do exposto, acato o Parecer da ASTEC 125/2010, fls. 2559/2561, 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\$ 276.836,83, 12/02, implicando exigência em R\$ 47.062,26.

O presente Auto de Infração fica assim definido:

INFRAÇÃO 1 – procedência integral – R\$ 13.629,33 (reconhecida, valor recolhido);

INFRAÇÃO 2 – procedência parcial – R\$ 47.062,26;

INFRAÇÃO 3 – procedência integral – R\$ 4.004,67 (reconhecida, valor recolhido).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 281401.0044/07-0, lavrado contra **BM VENDING ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$64.696,26**, acrescido da multa de 60% sobre R\$13.629,33 e 70% sobre R\$51.066,93, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA