

| | |
|------------|---|
| PROCESSO | - A. I. Nº 284119.0001/14-2 |
| RECORRENTE | - LM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E TRANSPORTE LTDA. |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 1ª CJF nº 0216-11/15 |
| ORIGEM | - INFRAZ FEIRA DE SANTANA |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET 13/04/2016 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-11/16

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. Documentos juntados ao processo e apresentados ao diligente são insuficientes para comprovar a origem e o efetivo ingresso dos recursos escriturados a título de empréstimos na referida conta. Não há qualquer omissão no julgamento das questões suscitadas pela recorrente, tendo o acórdão original apreciado o pedido empresarial em todos os seus termos. Nesse sentido, a própria recorrente não faz qualquer menção, em sua peça recursal, a uma possível omissão praticada pelas instâncias julgadoras, que pudesse ensejar o manejo do Pedido de Reconsideração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Pedido de Reconsideração em face da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 11/08/2015, que proveu, de forma unânime, o Recurso de Ofício interposto da decisão de primeira instância que julgara Improcedente a Infração 7, contida no Auto de Infração nº 284119.0001/14-2, lavrado em 13/03/2014, desonerando o sujeito passivo do montante de R\$ 52.821,58, mais os acréscimos legais.

O Auto de Infração citado fora julgado Parcialmente Procedente em primeira instância, pela 1ª JJF, através do Acórdão JJF Nº 0013-01/15, tendo sido considerada insubstancial a Infração 7, conforme descrição a seguir: “*Infração 07: 05.03.01 – Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada*”.

Da decisão proferida, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal interpôs Recurso de Ofício cuja distribuição ensejou a sua apreciação pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 11/08/2015, a qual proferiu o Acórdão CJF Nº 0216-11/15, abaixo reproduzido.

“O Auto de Infração acusa o cometimento de oito infrações, sendo que sete foram reconhecidas pelo sujeito passivo, que se defendeu apenas da infração 7 (suprimento de caixa de origem não comprovada). ”

Pela análise dos elementos constantes do processo, constato que a fiscalização na planilha 8:

- Fl. 36 - elencou 13 lançamentos por empréstimos, totalizando R\$1.071.000,00 (Empresa coligada e sócio);
- Fl. 39 - relacionou cinco empréstimos comprovados por depósitos bancários: total R\$400.000,00;

Relativamente ao valor não comprovado de R\$671.000,00 aplicou a proporcionalidade de saídas tributadas (19,33% a 35,38%) o que resultou em base de cálculo de R\$310.715,20 e ICMS de R\$52.821,58.

Para tentar comprovar a regularidade dos empréstimos, o autuado apresentou na defesa cópias:

- a) Contratos de mútuo/empresa do mesmo grupo (LM Revendedora de Gás Andrade Ltda.), correspondentes

aos empréstimos (R\$ 61.000,00, R\$ 40.000,00, R\$ 100.000,00, R\$ 130.000,00, R\$ 200.000,00, R\$ 130.000,00, R\$ 320.000,00 e R\$ 40.000,00), totalizando R\$ 1.021.000,00;

- b) *Contrato de mútuo/sócio Carlos Andrade Sampaio Júnior, no valor de R\$ 50.000,00;*
- c) *DIRPF do ano-base 2011, na qual consta empréstimo de R\$200.000,00 ao estabelecimento autuado;*
- d) *Livro Diário, constando os lançamentos dos ingressos do numerário na conta Caixa e cópia do Balanço Patrimonial/Passivo Circulante: saldo a pagar/empréstimos de mútuo - R\$ 181.000,00.*

A 1^a JJF determinou a realização de diligência a ASTEC (fl. 190) no sentido de que “seja intimado o contribuinte para apresentar os comprovantes de transferências das quantias cedidas pelos mutuantes ao mutuário - extratos bancários, comprovantes de depósito”, especificando os valores cuja comprovação se faz necessário, como indicados à fl. 164.

Em atendimento a intimação feita pelo diligente, a empresa:

- a) *Disponibilizou os livros das empresas LM Distribuidora de Alimentos Ltda e da LM Revendedora de Gás Ltda (Diário, Razão, Caixa) e DIRPJ;*
- b) *Declarou que “... deixamos de apresentar os extratos bancários considerando que os empréstimos foram realizados em moeda corrente, mediante CONTRATO DE MUTUO os quais foram acostados a DEFESA’;*
- c) *Apresentou cópias de recibos de pagamentos emitidos pela LM Revendora de Gás Andrade Ltda contra o estabelecimento autuado.*

Instado a se pronunciar quanto ao resultado da diligência (fls. 509/512) o autuante ressalta que os recibos apresentados à ASTEC (fls. 198/204), não atendem à solicitação do CONSEF, mesmo porque os mesmos já se encontravam anexos aos autos (mídia à fl. 39 – “Empréstimos de sócios”), bem como o livro Diário da mutuante (fls. 205/215), que não comprovam operações de saída de numerário para o autuado, conforme já externado na informação às fls. 163/170, e entendimento manifestado nas decisões do CONSEF (Acórdãos JJF 0265-01/09; CS 0094-21/02; CJF 215-12/09 e JJF 056-05/10).

Diante de tais elementos a 1^a JJF fundamentou a sua Decisão afirmando que:

... O Parecerista diz que não foi elaborado demonstrativo de débito por entender que se trata de questão de mérito a ser apreciada pelo órgão julgador, já que a questão consiste em considerar ou não os elementos apresentados pelo autuado. Conclui dizendo que, caso o órgão julgador entenda que os documentos apresentados pelo autuado merecem ser aceitos como comprovação, o débito relativo ao item 7º será reduzida a zero.

De fato, analisando-se os instrumentos às fls. 64 a 158 e 197 a 506, chega-se à conclusão de que os contratos de mútuo atestam as transações efetuadas, os empréstimos estão registrados no livro Diário e a declaração do imposto de renda do sócio Carlos Andrade Sampaio Júnior indica que ele tinha disponibilidade econômica e financeira mais que suficiente para os aludidos empréstimos. Sendo assim, o lançamento do item 7º é insubsistente.

Constato que durante a execução dos roteiros de auditoria, a fiscalização identificou lançamentos de empréstimos no livro Diário do estabelecimento autuado (fl. 36).

Validou os empréstimos que foram comprovados (fl. 37) por meio de depósitos bancários efetivados pelo sócio Carlos Andrade Sampaio Júnior, meio de Transferência Eletronica de Débito (TEDs 86554892; 9981566; 9387307 e 6166388) e exigiu ICMS a título de presunção com relação a depósitos de:

- i) R\$50.000,00 efetuado por CONST E INCORP CAS - TED 9216686;
- ii) R\$50.000,00 efetuado por Edvaldo Araújo Barbosa - TED 8654892;
- iii) Não comprovados relativo a outros lançamentos que foram escriturados.

Observo que os contratos de mútuos acostados às fls. 65 a 73, firmados entre a LM Revendedora de Gás (mutuante) e LM Distribuidora de Alimentos e Transportes (mutuária) foram representados pelo Sr. Carlos Andrade Sampaio Júnior que é sócio do mutuante e da mutuária.

Por sua vez, a fiscalização considerou todos os depósitos bancários efetuados pelo representante de ambas empresas, que foram escriturados no livro Diário como empréstimos.

Com relação aos empréstimos que foram lançados no livro Diário e que foram objetos da autuação, por falta de comprovação, a 1^a JJF determinou a realização de diligência e após “intimado para apresentar os comprovantes de transferências das quantias cedidas pelos mutuantes ao mutuário - extratos bancários, comprovantes de depósito”, o sujeito passivo não apresentou ao diligente os comprovantes solicitados, declarando apenas que “... empréstimos foram realizados em moeda corrente”.

Pelo exposto, a apresentação do Contrato de Mútuo (fls. 65 a 73) e recibos de empréstimos (fls. 198 a 204), não constituem prova suficiente da ocorrência de transferência de recursos financeiros para comprovar empréstimo entre a empresa mutuante e mutuária, representado pelo sócio comum Carlos Andrade Sampaio

Júnior.

O documento consistente para provar a ocorrência do empréstimo seria o depósito bancário efetivado com a saída do recurso da conta de uma empresa para a conta da outra, como ocorreu com os depósitos considerados pela fiscalização mediante a apresentação de TED (fl. 37). Mesmo porque, não é razoável que o estabelecimento mutuante localizado no município de Feira de Santana, faça a remessa e entrega de R\$350.000,00 no dia 30/12/11 para outra empresa (mutuária) localizada no município de Santo Estevão, dado o risco vigente no transporte de dinheiro.

Com relação aos TEDs constantes do demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 37), relativo à empresa CONST E INCORP CAS (TED 9216686) e Edvaldo Araújo Barbosa (TED 8654892), relacionado nos itens 1 e 8, não foi constatado a juntada de qualquer documento com a defesa, nem foi apresentado ao diligente quando intimado para apresentar os extratos bancários e comprovantes de depósitos referente aos empréstimos contabilizados. Por isso, diante da inexistência de provas no processo, ficam mantidos.

Convém ressaltar que a exigência do ICMS com base em presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, tem como pressuposto a ocorrência de um evento conhecido, na situação presente a escrituração de um empréstimo, que depende de comprovação da origem. E se não comprovado, configura omissão de receitas, com base na presunção legal, de que o suprimento do caixa não comprovado decorre de receita de vendas que não foram contabilizadas.

Em se tratando de presunção relativa, é facultado ao acusado comprovar a improcedência da presunção. Na situação presente, o suprimento do caixa não comprovou a sua origem durante o procedimento fiscal, não foi comprovado com a apresentação da defesa, e na fase instrutória com a realização da diligência fiscal realizada pela ASTEC, também, conforme acima apreciado, não foi comprovado à origem dos recursos vinculados à escrituração dos empréstimos.

Saliente que este posicionamento é prevalente nas decisões proferidas por este Conselho de Fazenda Estadual, a exemplo dos Acórdãos CS 0094-21/02; CJF 0215-12/09 citados pelo autuante, além de outros a exemplo do CJF 0335-11/08; CJF 0438-11/08 e CJF 0172-11/09.

Concluo que a Decisão proferida pela 1ª JJF se mostra equivocada, principalmente porque o resultado da diligência que promoveu, não produziu as provas necessárias que foi facultada ao sujeito passivo, para elidir a acusação fiscal.

Conseqüentemente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para informar [reformar] a Decisão de Improcedente para Procedente Infração 7, devendo ser homologado as quantias já pagas.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “d” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Pedido de Reconsideração às folhas 583 a 598, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Transcreve o inciso II do § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 e o inciso II do § 3º do art. 2º do RICMS/97 para concluir, em seguida, que a lei não exige comprovação da origem e entrega do numerário mediante depósito, cheque ou TED, mas apenas a comprovação da origem dos recursos.

Alega, todavia, que fez prova tanto da origem como a entrega efetiva do numerário, primeirando mediante a contabilização dos empréstimos alegados, depois mediante contratos de mútuos e recibos da efetiva entrega em moeda corrente, tudo confirmado pela diligência promovida pela ASTEC.

Argumenta que, como a lei não exige a comprovação do empréstimo mediante depósito, cheque ou TED, assegura que os julgadores da 1ª CJF criaram nova exigência não definida em lei.

Reafirma que a prova pericial na escrita da autuada atestam a regularidade da transação em face dos documentos apresentados pela defesa. Ressalta que empréstimos entre pessoa jurídica podem ser comprovados mediante uma auditoria na conta Caixa, algo que depende de uma melhor investigação para convalidar a origem dos recursos.

Reproduz os termos da diligência efetuada pela ASTEC, bem como trecho da decisão da primeira instância em apoio à tese da recorrente.

Conclui a sua peça recursal, requerendo que seja reconsiderada a Decisão recorrida, reformando-a para considerar improcedente a Infração 7.

Acosta, ao final, decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Às folhas 601 a 606, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia emitiu parcer, opinando pelo não

conhecimento do presente recurso, ao argumento de que não foram preenchidos os requisitos previstos no art. 169, inciso “I”, alínea “d” do RPAF/99.

VOTO

Preliminarmente, faço o juízo de admissibilidade do presente recurso, nos termos postos a seguir.

O manejo do Pedido de Reconsideração é ferramenta prevista na alínea “d” do inciso I do art. 169 do RPAF/99, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

...

d) pedido de reconsideração da decisão de Câmara que tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento (grifos acrescidos);
...

Como bem se pode ver, a apartir da leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido, o manejo do recurso referido pressupõe a verificação de alguns requisitos, dentre os quais consta a condição de que verse sobre matéria arguída e não apreciada nas fases anteriores de julgamento, conforme trecho em destaque.

Examinando a impugnação oferecida pela autuada (folhas 41 a 53), não vislumbro qualquer omissão no julgamento de tais questões, tendo o acórdão original apreciado o pedido empresarial em todos os seus termos.

Nesse sentido, a própria recorrente não faz qualquer menção, em sua peça recursal, a uma possível omissão praticada pelas instâncias julgadoras, que pudesse ensejar o manejo da peça recursal prevista no dispositivo regulamentar reproduzido.

Assim, soa cristalino que a irresignação empresarial não tem amparo na legislação, sendo forçoso, portanto, acatar o parecer exarado pela digna Procuradoria.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 284119.0001/14-2, lavrado contra **LM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.871,92**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$25.050,34 e 100% sobre R\$52.821,58, previstas no art. 42, incisos II, “a”, alíneas “d” e “f”; III e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$3.818,13**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios, de acordo norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ. – REPR. DA PGE/PROFIS