

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.540/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000157741-96
Impugnação: 40.010122648-06
Impugnante: Madeireira Perdigueira Ltda
IE: 498117714.00-58
Proc. S. Passivo: Viviane Espíndula Vieira
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA – RECURSOS NÃO COMPROVADOS/OMISSÃO DE RECEITA. Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos termos da presunção legal prevista no art. 49, § 2º, da Lei 6763/75, c/c art. 194, § 3º, do RICMS/02, face à existência de recursos não comprovados na conta Caixa da empresa autuada. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55. II, “a”, da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos termos da presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º do RICMS/02, face à existência de recursos não comprovados na conta Caixa.

A autuação abrange os exercícios de 2004 e 2005, sendo que as exigências fiscais referem-se ao ICMS, acrescido da multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, II, “a” da Lei nº. 6.763/75.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procuradora regularmente constituída, impugnação às fls. 126/131, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 141/147.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 151/159, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo alterações necessárias.

Da Preliminar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo a Impugnante, em 28/11/07, a Fiscalização emitiu uma intimação para que a Autuada apresentasse determinados livros e documentos, concedendo 10 (dez) dias para o cumprimento.

Afirma, no entanto, que “para obtenção do Mandado de Busca e Apreensão, tal fato foi totalmente omitido” e que “estes fatos são objeto de discussão judicial, mas deveriam ser observados pelo nobre julgador”.

Entretanto, deve-se destacar que no relatório do Auto de Infração há uma breve descrição dos fatos que motivaram a solicitação e a expedição do Mandado de Busca e Apreensão, fatos estes que foram descritos de forma mais detalhada na manifestação fiscal, especificamente nas fls. 142/143, nos seguintes termos:

“Às fls. 27 a 35 dos autos, a Impugnante é intimada a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, considerando a data de recebimento em 08/08/07 (fl. 26), os documentos especificados no Auto de Início da Ação Fiscal e Anexo I, bem como, preencher o memorial descritivo do sistema produtivo – Anexo II e informar receitas e despesas lançadas no Livro Caixa - Anexo III.

A Impugnante solicita em 20/08/07, dilatação do prazo por mais 15 (quinze) dias (fl. 49), tendo sido acatada pela Auditora Fiscal em 28/08/07, conforme consta à fl. 51.

Verifica-se, mediante documentos acostados às fls. 37 a 46, que a Impugnante é intimada novamente a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias a contar do recebimento do AR em 03/11/07 (fl. 36), documentação comprobatória da autenticidade dos lançamentos efetuados nos Livros Caixa 2004 e 2005.

Em 18/12/07, foi expedido pela Vara Única da Comarca de Perdizes Mandado de Busca e Apreensão (fl.118) de documentos fiscais, contábeis e extrafiscais que guardem pertinência com as atividades da Empresa Pessoa Ltda. e da Empresa Madeireira Perdigueira Ltda. Ressalte-se Certidão expedida pelos Oficiais de Justiça responsáveis pelo cumprimento do Mandado (fl. 119), afirmando que no local indicado não existe escritório da Madeireira Perdigueira Ltda., o que ensejou a apreensão de documentos apenas na Pessoa Ltda., lavrando-se o TAD nº 020403 (fl. 121).

Todavia, faz-se necessário esclarecer que a Empresa Pessoa Ltda. e Empresa Madeireira Perdigueira Ltda. possuem os mesmos proprietários. Faz parte de seus quadros societários o casal Edno José de Oliveira e Vanessa Flausino Dias Oliveira (fls. 139/140).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 19/12/07, a Impugnante foi intimada a apresentar Livros e documentos fiscais para conclusão do trabalho.”

A citação ou omissão de tais fatos na ação cautelar de busca e apreensão não tem qualquer repercussão sobre o feito fiscal, haja vista que o Mandado foi deferido pelo Poder Judiciário, sendo, portanto, judicialmente autorizada a apreensão dos documentos que guardassem pertinência com o exercício das atividades empresariais das sociedades rés, conforme determinação contida no referido Mandado de fls. 118, datado de **18/12/07**, *in verbis*:

Ação Cautelar de Busca e Apreensão

Partes: O Estado de Minas Gerais

Madeira Pessoa Ltda. e outro

“...PROCEDA A BUSCA E APREENSÃO de todos os documentos fiscais, extrafiscais, contábeis, sejam de escrituração obrigatória pela lei ou facultativa, **que guardem pertinência com o exercício das atividades empresariais das sociedades-rés**, bem como os arquivos de registro eletrônicos constantes de seus computadores, ou seja, todos os livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, que se encontram em poder da empresa **Madeira Perdigueira Ltda., localizada na Rodovia MG 452, Km 258, neste município de Perdizes-MG.**” (G.N.)

Esclareça-se que os Oficiais de Justiça deixaram de proceder à busca e apreensão no endereço citado no Mandado Judicial, qual seja, rodovia MG 452, Km 258, Perdizes-MG, uma vez que receberam a informação de que inexistia no citado endereço escritório da Madeira Perdigueira Ltda, conforme demonstra a Certidão acostada às fls. 119.

Por esse motivo, a apreensão dos documentos relacionados no TAD nº 020403, de 18/12/07, fls. 54/55, 59/61 e 121, ocorreu no estabelecimento da Madeira Pessoa Ltda, localizada na rodovia MG 462, Km. 62, em Perdizes-MG, apreensão esta que, independentemente de Mandado Judicial, encontra respaldo no art. 195 do CTN, c/c art. 44 da Lei nº 6.763/75, uma vez que realizada nas dependências do estabelecimento comercial retrocitado.

Código Tributário Nacional

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Lei nº 6763/75

Art. 44. Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

De todo modo, se a intenção da Impugnante era questionar a legalidade da apreensão em endereço distinto do indicado no Mandado Judicial, mesmo que razão ela tivesse, tal fato também não macularia o presente Auto de Infração.

Tal conclusão baseia-se no fato de que a presente autuação refere-se à existência de recursos não comprovados na conta Caixa da empresa autuada, conforme documento de fls. 38/46, cujos lançamentos contábeis já haviam sido analisados pelo Fisco em data anterior à expedição do Mandado Judicial, conforme demonstra a intimação acostada às fls. 37, datada de 28/11/07, na qual foi solicitado à Autuada a comprovação da origem dos referidos recursos, sendo anexada à intimação a relação dos lançamentos contábeis questionados pelo Fisco.

Finalizando, resta acrescentar que inexistente nos autos qualquer documento que comprove eventual ação judicial questionando a apreensão de documentos realizada no estabelecimento da Madeireira Pessoa Ltda que, muito embora tenha a mesma composição societária da Madeireira Perdigueira Ltda, conforme telas do SICAF de fls. 139/140, é uma empresa autônoma e distinta que não se encontra arrolada na sujeição passiva do lançamento em análise.

Do Mérito

A irregularidade refere-se a saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos termos da presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º do RICMS/02, face à existência de recursos não comprovados na conta Caixa.

A autuação abrange os exercícios de 2004 e 2005, sendo que as exigências fiscais referem-se ao ICMS, acrescido da multa de revalidação e Multa Isolada do art. 55, II, “a” da Lei nº. 6.763/75.

O livro Caixa da empresa encontra-se acostado às fls. 74/102, sendo que os recursos cujos ingressos não foram comprovados estão listados na planilha de fls. 65/66, os quais foram lançados no Caixa mediante utilização dos históricos “Empréstimo Conf. Comprovante Emprést. Mútuo”, “Transferência do Caixa da Pessoa”, “Transferência Transferido Caixa Pessoa”, “Vlr. Referente Empréstimo” e “Vlr. Referente Empréstimo N/Data”, conforme demonstra a planilha de fls. 159.

Como bem salienta o Fisco, as alegações apresentadas pela Impugnante se achem, especificamente, em afirmar que os contratos de mútuo realizados com outras empresas não podem presumir saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, acarretando fatos geradores de ICMS.

Argumenta a Autuada, após se reportar aos arts. 332 e 333 do Código de Processo Civil, que “no processo administrativo fiscal, tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Ou seja, o ônus da prova recai sobre aquele que a usufrui para fundamentar seus argumentos.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui dizendo que “todas as entradas foram comprovadas, mesmo que algumas delas por meio de contrato de mútuo, pois inexistente norma legal que vede tal procedimento”.

No entanto, ao contrário do que fora alegado pela Impugnante, o caso em tela se refere à presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

(...)

§ 2º - Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais.

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal. (G.N.)

As presunções legais *juris tantum* têm o condão de transferir o ônus da prova do Fisco para o Sujeito Passivo da relação jurídico-tributária, cabendo a este comprovar a não ocorrência da infração presumida, conforme demonstram as ementas abaixo:

ACÓRDÃO 103-20.949 EM 19.06.2002. PUBLICADO NO DOU EM 30.12.2002. 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES / 3A. CÂMARA

PRESUNÇÕES LEGAIS - A CONSTATAÇÃO NO MUNDO FACTUAL DE INFRAÇÕES CAPITULADAS COMO PRESUNÇÕES LEGAIS JURIS TANTUM, TEM O CONDÃO DE TRANSFERIR O DEVER OU ÔNUS PROBANTE DA AUTORIDADE FISCAL PARA O SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA, DEVENDO ESSE, PARA ELIDIR A RESPECTIVA IMPUTAÇÃO, PRODUZIR PROVAS HÁBEIS E IRREFUTÁVEIS DA NÃO OCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO.

ACÓRDÃO 107-07664 EM 13.05.2004. PUBLICADO NO DOU EM 02.09.2004. 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES / 7A. CÂMARA

PRESUNÇÕES LEGAIS - PROVA - NAS PRESUNÇÕES LEGAIS O FISCO NÃO ESTÁ DISPENSADO DE PROVAR O FATO ÍNDICE (EXISTÊNCIA DE SUPRIMENTOS DE CAIXA FEITOS POR SÓCIOS, SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS). PROVADO ESTE, AI SIM NÃO PRECISA O FISCO PROVAR A OMISSÃO DE RECEITAS (FATO PRESUMIDO).

Portanto, poderia a Impugnante elidir a acusação fiscal por meio da anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, da efetividade do ingresso na conta Caixa da empresa dos valores listados no quadro de fls. 65/66. Como assim não agiu, aplica-se ao caso presente o disposto no art. 136 do RPTA/MG, *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Para respaldar o entendimento esposado, cumpre trazer à baila ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e do Tribunal de Justiça deste Estado sobre matérias idênticas ou similares à ora analisada:

ACÓRDÃO Nº 272.269-2, 4ª CÂMARA CÍVEL:

EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SUPRIMENTO DE CAIXA POR SÓCIO DA EMPRESA INDEMONSTRADO - PRESUNÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL - ADMISSIBILIDADE. A LEGISLAÇÃO FISCAL ADMITE O SUPRIMENTO DE CAIXA POR SÓCIO DA EMPRESA, SENDO, TODAVIA, MISTER QUE APRESENTE O EFETIVO COMPROVANTE DO EMPRÉSTIMO, COM A APRESENTAÇÃO DO CONTRATO, DA TRANSFERÊNCIA DE VALORES E DA CAPACIDADE ECONÔMICA DA PESSOA FÍSICA PARA REALIZAR O NEGÓCIO, E, INEXISTINDO ESSES DOCUMENTOS, INCIDE A REGRA CONTIDA NO ARTIGO 194, § 3º, DO RICMS/96, PRESUMINDO-SE A SAÍDA DE MERCADORIA SEM EMITIR A DEVIDA NOTA FISCAL.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.186848-2/001 - 4ª CÂMARA

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - ICMS - ARBITRAMENTO - VERIFICAÇÃO DE SALDO POSITIVO EM CONTA - PRESUNÇÃO DE QUE OCORREU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL - AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO - MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA FISCAL. NOS TERMOS DO ARTIGO 194, III, PARÁGRAFO 3º, DO DECRETO ESTADUAL 38.104/96, A EXISTÊNCIA DE SALDO CREDOR NA CONTA "CAIXA" DO CONTRIBUINTE DO ICMS GERA A PRESUNÇÃO DE QUE OCORREU A SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL. DESSA FORMA, É CORRETO O PROCEDIMENTO DE ARBITRAMENTO, ADOTADO PELO FISCO PARA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CABE AO DEVEDOR COMPROVAR QUE, EMBORA EXISTENTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SALDO CREDOR EM SUA CONTA "CAIXA", NÃO OCORREU A SAÍDA DAS MERCADORIAS DE SEU ESTABELECIMENTO.

ACÓRDÃO Nº 12-22915 de 16 de Fevereiro de 2009 – 4ª Turma

EMENTA: OMISSÃO DE RECEITAS. SUPRIMENTOS DE NUMERÁRIO ATRIBUÍDOS A ACIONISTA CONTROLADOR. Serão considerados receitas omitidas os suprimentos de numerário atribuídos ao acionista controlador, se a companhia deixar de comprovar a origem e a efetiva entrega dos recursos (art. 282 do RIR/99). A apresentação do contrato de mútuo, por si só, não basta para elidir a presunção de omissão de receitas, porque não prova nem a origem nem a efetiva entrega dos recursos. A mera demonstração da capacidade econômico-financeira do alegado supridor não prova a origem nem a efetiva entrega do suprimento. Apenas indica que aquela pessoa teria condições, em tese, de fornecer os recursos. A presunção legal referida no art. 282 do RIR/99 dispensa a autoridade fiscal de apresentar a prova direta da omissão de receitas, mas não a exime de apontar, na contabilidade da pessoa jurídica, os suprimentos atribuídos àquelas pessoas que a lei menciona. Inexistindo o registro contábil do suprimento, a presunção de omissão de receitas não se sustenta.

ACÓRDÃO Nº 103-22835 de 08 de Dezembro de 2006 – 3ª Turma

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - EMPRÉSTIMO CONCEDIDO – COMPROVAÇÃO - Tendo o Fisco efetuado a prova da realização de empréstimo no mês de janeiro/1998, pelo contribuinte, cabe a este, se pretende refutar ou alterar os pressupostos em que se assentou o lançamento, apresentar provas hábeis e idôneas. A comprovação de que o empréstimo não ocorreu da forma afirmada pelo Fisco é ônus do impugnante. O Contribuinte deve comprovar a ocorrência da operação que alega ter ocorrido.

Portanto, a apresentação de contratos de mútuo, por si só, não basta para elidir a presunção de omissão de receitas, porque não prova nem a origem nem a efetiva entrega dos recursos. Apenas indica que aquela pessoa teria condições, em tese, de fornecer os recursos.

Assim, independentemente de serem fruto ou não de uma simulação, os referidos contratos não têm o condão de elidir o feito fiscal, pois não comprovam o ingresso do numerário na conta Caixa da empresa, sendo incapaz, portanto, de afastar a acusação de omissão de receitas.

Diante de todo o exposto, a infração se mostra plenamente caracterizada, o que legitima as exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55, II, “a” da Lei nº 6763/75, nos termos do demonstrativo de fls. 72.

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

De se destacar, ainda, que por força do art. 110 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, não se incluem na competência do Órgão Julgador a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo, razão pela qual o argumento referente à confiscatoriedade das multas aplicadas não merece maiores considerações nesta Casa.

Importante esclarecer que para o cálculo do ICMS omitido, levou-se em consideração a proporcionalidade das alíquotas aplicadas pela Autuada nas vendas realizadas no período, conforme demonstrado nas planilhas acostadas às fls. 67/69.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 17 de maio de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Sauro Henrique de Almeida
Relator

SHA/CAM