

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.692/15/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000210588-98
Impugnação: 40.010135868-91
Impugnante: Mineiro & Mota Ltda - ME
IE: 001009843.00-33
Coobrigados: Dilermando Mota Delgado
CPF: 545.103.416-87
Ricardo de Souza
CPF: 022.001.627-58
Proc. S. Passivo: Francisco Prudente de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que os atos praticados levaram à apuração de saída de mercadoria sem a emissão de documento fiscal e recolhimento do imposto devido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que comprovado nos autos que ele é o proprietário de fato da rede de lojas.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – RECURSOS NÃO COMPROVADOS – CONTA "CAIXA"/"BANCOS". Constatado, mediante conferência dos lançamentos em conta bancária não contabilizada, o ingresso de recursos sem comprovação de origem, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02. Exigências do ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para excluir as exigências relativas ao exercício de 2008, uma vez configurada a decadência prevista no art. 173, inciso I do CTN e, também, para excluir as duplicidades de exigências em relação a outro lançamento e as exigências de ICMS e multa de revalidação para as saídas decorrentes de entradas submetidas à tributação a título de substituição tributária. Infração, em parte, caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, no período de 01/01/08 a 28/02/10, apurada mediante constatação de ingresso de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recursos não comprovados, aplicando-se a presunção prevista no art. 194, § 3º do RICMS/02.

Posteriormente, conforme documentos de fls. 198/201, e após a publicação do edital de fls. 194, o Fisco reconhece a ocorrência de decadência para as exigências do exercício de 2008, com fulcro no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN, reformulando o lançamento, de modo a remanescer apenas as exigências do período de 01/01/09 a 28/02/10.

Exige o Fisco o ICMS devido, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 214/219, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 254/257.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 262/274 opina pela procedência parcial do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 13/08/14, decide converter o julgamento em Diligência de fls. 275, com o seguinte teor:

“ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização informe: 1) se os valores cobrados nesta autuação, relativos aos períodos de janeiro e fevereiro de 2010, já foram exigidos no PTA 01.000176860-49; 2) se as notas fiscais apresentadas na Impugnação às fls. 228/248 constam do valor total das entradas apresentadas nas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN”.

Antes de se manifestar, a Fiscalização promove intimação dos Sujeitos Passivos, conforme documentos de fls. 277/298.

A Autuada apresenta as informações solicitadas às fls. 299/300, juntando documentos às fls. 302/334.

A Fiscalização, acatando as informações e documentos apresentados pelo Sujeito Passivo, reformula o lançamento, conforme documentos de fls. 335/346.

Intimados da reformulação, os Sujeitos Passivos não se manifestam.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 360.

A Assessoria do CC/MG ratifica seu entendimento anterior às fls. 362/364.

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres da Assessoria do CC/MG foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Preliminarmente, cumpre destacar que a Impugnante faz menção em sua peça de Defesa ao direito de ampla defesa e do contraditório e a validade do ato administrativo, sem, contudo, arguir a nulidade do lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a tese de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação da existência de recursos sem comprovação de origem, e sem lastro em documentos fiscais e contábeis, na conta “Caixa” e/ou “Banco”, no período 01/01/08 a 28/02/10, fato que levou à autuação em face da presunção legal de saída de mercadoria tributável desacobertada de documento fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02.

Exige o Fisco o ICMS devido, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

Posteriormente, conforme documentos de fls. 198/201, o Fisco reconhece a ocorrência de decadência para as exigências do exercício de 2008, com fulcro no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN, reformulando o lançamento, de modo a remanescer apenas as exigências do período de 01/01/09 a 28/02/10.

O Fisco tomou ciência da existência de duas contas bancárias movimentadas pela Autuada, por meio de documentos que apreendeu na operação de busca e apreensão judicial denominada “Du Lar” realizada no dia 04/12/12, sustentada pelo Mandado de Busca e Apreensão (fls. 02), com apoio do Ministério Público, da Polícia Federal e da Polícia Militar, contra as empresas do grupo que tem como mentor o Sr. Dilermando Mota Delgado (vulgo Didi).

Diante da constatação de movimentação bancária, o Fisco solicitou a quebra de sigilo bancário das operações financeiras relativamente às contas correntes 115730-0 e 150416-2, ambas da agência 7169 do Banco Itaú, resultando na entrega dos registros em meio magnético, contendo os extratos das contas correntes, compreendendo o período de 21/08/08 a 24/09/10 (conta 115730-0) e de 30/04/09 a 10/06/09 (conta 1504716-2), presentes nos autos às fls. 70.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após o recebimento das informações, o Fisco intimou a empresa e o contabilista da Autuada para apresentarem o livro Razão e prestarem informações sobre a movimentação financeira do período de 2008 a 2011 (fls. 16/19).

Como resposta, obteve a informação de que a empresa não escriturava o livro Razão e que a Contabilidade desconhecia a existência das contas bancárias destacadas pelo Fisco (fls. 20).

Diante dos fatos, o Fisco aplicou a presunção legal prevista no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 e art. 194, § 3º do RICMS/02.

Considerando que os valores movimentados na conta 150416-2 eram ínfimos, o Fisco desprezou tais movimentos, apurando o crédito tributário a partir dos elementos da conta 115730-0.

Para apuração do imposto devido, verificou o Fisco a movimentação de mercadorias tributadas pelo regime normal de apuração e a parcela sujeita à substituição tributária ou não tributada, constatando, no entanto, que, nos exercícios de 2009 e 2010, as operações registradas pela Autuada nas Declarações Anuais do Simples Nacional se referiam exclusivamente às operações com mercadorias do regime de débito e crédito.

Os valores mensais de créditos na conta bancária estão relacionados na planilha de fls. 122, enquanto a apuração da proporção entre saídas tributadas e não tributadas foram anexadas às fls. 128 e 130 (2009) e 132 e 134 (2010).

A apuração do crédito tributário, composto de ICMS, multa de revalidação e multa isolada encontra-se demonstrada às fls. 129 e 131 (2009) e 133 e 135 (2010).

A matéria em questão encontra-se posta na legislação tributária mineira e federal da seguinte forma:

Lei nº 6.673/75:

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

§ 1º - Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

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

§ 3º - Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº. 13.515, de 7 de abril de 2000, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibí-los;

RICMS/2002, aprovado pelo Decreto 43.080/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

(...)

Art. 193 - Os livros, meios eletrônicos e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, observado o seguinte:

(...)

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

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

§ 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."

RIR/2005, aprovado pelo Decreto 3.000/1999:

Art. 282. Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrará-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, § 3º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 18 de dezembro de 1978, art. 1º, inciso II).

De acordo com a moderna doutrina e jurisprudência, a presunção no direito tributário é perfeitamente aceita, conforme fundamentação posta no Acórdão nº 202-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

16.146, do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que ora se reproduz:

GILBERTO DE ULHÔA CANTO IN 'PRESUNÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO', EDITORA RESENHA TRIBUTÁRIA, SÃO PAULO, 1991, PÁGINAS 3/4, ENSINA QUE:

NA PRESUNÇÃO TOMA-SE COMO SENDO A VERDADE DE TODOS OS CASOS AQUILO QUE É A VERDADE DA GENERALIDADE DOS CASOS IGUAIS, EM VIRTUDE DE UMA LEI DE FREQUÊNCIA OU DE RESULTADOS CONHECIDOS, OU EM DECORRÊNCIA DA PREVISÃO LÓGICA DO DESFECHO. PORQUE NA GRANDE MAIORIA DAS HIPÓTESES ANÁLOGAS DETERMINADA SITUAÇÃO SE RETRATA OU DEFINE DE UM CERTO MODO, PASSA-SE A ENTENDER QUE DESSE MESMO MODO SERÃO RETRATADAS E DEFINIDAS TODAS AS SITUAÇÕES DE IGUAL NATUREZA. ASSIM, O PRESSUPOSTO LÓGICO DA FORMULAÇÃO PREVENTIVA CONSISTE NA REDUÇÃO, A PARTIR DE UM FATO CONHECIDO, DA CONSEQUÊNCIA JÁ CONHECIDA EM SITUAÇÕES VERIFICADAS NO PASSADO; DADA A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS COMUNS, CONCLUI-SE QUE O RESULTADO CONHECIDO SE REPETIRÁ. OU, AINDA, INFERE-SE O ACONTECIMENTO A PARTIR DO NEXO CAUSAL LÓGICO QUE O LIGA AOS DADOS ANTECEDENTES.

MOACYR AMARAL SANTOS, EM 'PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL', LECIONA:

... PROVA É A SOMA DOS FATOS PRODUTORES DA CONVICÇÃO, APURADOS NO PROCESSO. A PROVA INDIRETA É O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO. NA BASE DESSE PROCESSO ESTÁ O FATO CONHECIDO. ... O FATO CONHECIDO, O INDÍCIO, PROVOCA UMA ATIVIDADE MENTAL, POR VIA DA QUAL PODER-SE-Á CHEGAR AO FATO DESCONHECIDO, COMO CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO POSITIVO DESSA OPERAÇÃO SERÁ UMA PRESUNÇÃO.

PAULO CELSO B. BONILHA IN "DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO", EDITORA DIALÉTICA, SÃO PAULO, 1997, P. 92, DIZ:

SOB O CRITÉRIO DO OBJETO, NÓS VIMOS QUE AS PROVAS DIVIDEM-SE EM DIRETAS E INDIRETAS. AS PRIMEIRAS FORNECEM AO JULGADOR A IDÉIA OBJETIVA DO FATO PROBANDO. AS INDIRETAS OU CRÍTICAS, COMO AS DENOMINA CARNELUTTI, REFEREM-SE A OUTRO FATO QUE NÃO O PROBANDO E QUE COM ESTE SE RELACIONA, CHEGANDO-SE AO CONHECIMENTO DO FATO POR PROVAR ATRAVÉS DE TRABALHO DE RACIOCÍNIO QUE TOMA POR BASE O FATO CONHECIDO. TRATA-SE, ASSIM, DE CONHECIMENTO INDIRETO, BASEADO NO CONHECIMENTO OBJETIVO DO FATO BASE, "FACTUMPROBATUM", QUE LEVA À PERCEPÇÃO DO FATO POR PROVAR ("FACTUMPROBANDUM"), POR OBRA DO RACIOCÍNIO E DA EXPERIÊNCIA DO JULGADOR.

INDÍCIO É O FATO CONHECIDO ("FACTUMPROBATUM") DO QUAL SE PARTE PARA O DESCONHECIDO ("FACTUMPROBANDUM") E QUE ASSIM É DEFINIDO POR MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

'ASSIM, INDÍCIO, SOB O ASPECTO JURÍDICO, CONSISTE NO FATO CONHECIDO QUE, POR VIA DO RACIOCÍNIO, SUGERE O FATO PROBANDO, DO QUAL É CAUSA OU EFEITO.' EVIDENCIA-SE, PORTANTO, QUE O INDÍCIO É A BASE OBJETIVA DO RACIOCÍNIO OU ATIVIDADE MENTAL POR VIA DO QUAL PODER-SE-Á CHEGAR AO FATO DESCONHECIDO. SE POSITIVO O RESULTADO, TRATA-SE DE UMA PRESUNÇÃO.

ACRESCENTEM-SE, AINDA, AS PALAVRAS DE ANTÔNIO DA SILVA CABRAL IN 'PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL', EDITORA SARAIVA, SÃO PAULO, 1993, PÁGINA 311:

8. VALOR DA PROVA INDIRETA. EM DIREITO FISCAL CONTA MUITO A CHAMADA PROVA INDIRETA. CONFORME CONSTA DO AC. CSRF/01-0.004, DE 26-10-1979, 'A PROVA INDIRETA É FEITA A PARTIR DE INDÍCIOS QUE SE TRANSFORMAM EM PRESUNÇÕES. CONSTITUI O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO, EM CUJA BASE ESTÁ UM FATO CONHECIDO (INDÍCIO), PROVA QUE PROVOCA ATIVIDADE MENTAL, EM PERSECUÇÃO DO FATO CONHECIDO, O QUAL SERÁ CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O RESULTADO DESSE RACIOCÍNIO, QUANDO POSITIVO, CONSTITUI A PRESUNÇÃO. O FISCO SE UTILIZA DA PROVA INDIRETA, MEDIANTE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES, SOBRETUDO PARA DESCOBRIR OMISSÕES DE RENDIMENTOS OU DE RECEITAS.

MARIA RITA FERRAGUT IN 'EVASÃO FISCAL: O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 116 DO CTN E OS LIMITES DE SUA APLICAÇÃO', REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO Nº 67, EDITORA DIALÉTICA, SÃO PAULO, 2001, P. 119/120, BEM DESTACA A FORÇA PROBATÓRIA DAS PRESUNÇÕES E INDÍCIOS, BEM COMO A IMPERATIVIDADE DE SEU USO NA ESFERA TRIBUTÁRIA:

POR OUTRO LADO, INSISTIMOS QUE A PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS EM CAUSA NÃO SÓ REQUER, MAS IMPÕE A UTILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO NO CASO DE DISSIMULAÇÃO, JÁ QUE A ARRECADAÇÃO PÚBLICA NÃO PODE SER PREJUDICADA COM A ALEGAÇÃO DE QUE A SEGURANÇA JURÍDICA, A LEGALIDADE, A TIPICIDADE, DENTRE OUTROS PRINCÍPIOS, ESTARIAM SENDO DESRESPEITADOS.

DENTRE AS POSSÍVEIS ACEPTÕES DO TERMO, DEFINIMOS PRESUNÇÃO COMO SENDO NORMA JURÍDICA LATO SENSU, DE NATUREZA PROBATÓRIA (PROVA INDICIÁRIA), QUE A PARTIR DA COMPROVAÇÃO DO FATO DIRETAMENTE PROVADO (FATO INDICIÁRIO), IMPLICA JURIDICAMENTE O FATO INDIRETAMENTE PROVADO (FATO INDICIADO), DESCRITOR DE EVENTO DE OCORRÊNCIA FENOMÊNICA PROVÁVEL, E PASSÍVEL DE REFUTAÇÃO PROBATÓRIA.

É A COMPROVAÇÃO INDIRETA QUE DISTINGUE A PRESUNÇÃO DOS DEMAIS MEIOS DE PROVA (EXCEÇÃO FEITA AO ARBITRAMENTO, QUE TAMBÉM É MEIO DE PROVA INDIRETA), E NÃO O CONHECIMENTO OU NÃO DO EVENTO. COM ISSO, NÃO SE TRATA DE CONSIDERAR QUE A PROVA DIRETA VEICULA UM FATO CONHECIDO, AO PASSO QUE A PRESUNÇÃO UM FATO MERAMENTE PRESUMIDO. SÓ A MANIFESTAÇÃO DO EVENTO É ATINGIDA PELO DIREITO E, PORTANTO, O REAL NÃO TEM COMO SER ALCANÇADO DE FORMA OBJETIVA: INDEPENDENTEMENTE DA PROVA SER DIRETA OU INDIRETA, O FATO QUE SE QUER PROVAR SERÁ AO MÁXIMO JURÍDICA CERTO E FENOMÊNICAMENTE PROVÁVEL. É A REALIDADE IMPONDO LIMITES AO CONHECIMENTO.

COM BASE NESSAS PREMISSAS, ENTENDEMOS QUE AS PRESUNÇÕES NADA 'PRESUMEM' JURIDICAMENTE, MAS PRESCREVEM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM FATO PROVADO DE FORMA INDIRETA. FATICAMENTE, TANTO ELAS QUANTO AS PROVAS DIRETAS (PERÍCIAS, DOCUMENTOS, DEPOIMENTOS PESSOAIS ETC.) APENAS 'PRESUMEM.'

Considera-se, pois, como plenamente aceitável em Direito Tributário o uso da prova indireta, ou seja, o indício e a presunção, especialmente nos casos de supressão de tributos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, 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 decisões adiante:

CHEQUES COMPENSADOS - COMPROVADO O LANÇAMENTO A DÉBITO DE CAIXA DE CHEQUES CUJA COMPENSAÇÃO SE DEU EM FAVOR DE PESSOAS ESTRANHAS AOS PAGAMENTOS EFETUADOS NO MESMO DIA E NO MESMO VALOR, CONFIGURA-SE A OMISSÃO DE RECEITAS, NÃO NA FORMA PRESUNTIVA, MAS NA CONCRETA, NO VALOR DO SUPRIMENTO INEXISTENTE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO. CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS - CSRF – PRIMEIRA TURMA / ACÓRDÃO CSRF/01-04.012 EM 19/08/2002. PUBLICADO NO DOU EM: 05.08.2003.

(...)

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 DA EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS). PROVADO ESTE, DA EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS), AI SIM NÃO PRECISA O FISCO NÃO COMPROVAR 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 em contas bancárias, dos valores listados pelo Fisco, demonstrando a respectiva documentação correspondente às vendas realizadas. 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para respaldar o entendimento esposado, cumpre trazer à baila ementas de decisões do então 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 TJMG:

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 O SALDO CREDOR EM SUA CONTA "CAIXA", NÃO OCORREU A SAÍDA DE 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

No Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais a matéria encontra-se pacificada, com centenas de julgados confirmando o lançamento, como no Acórdão nº 18.969/10/2ª, com a seguinte ementa:

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA/RECURSOS NÃO COMPROVADOS. CONSTATADA A EXISTÊNCIA DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM NA CONTA "CAIXA" DA ORA IMPUGNANTE, FATOESTE QUE AUTORIZA A PRESUNÇÃO, DADA A AUSÊNCIA DE PROVAS EM CONTRÁRIO, DE OCORRÊNCIA DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISO I E § 3º DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A", AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

No caso dos autos, informa a Impugnante que praticamente a totalidade das mercadorias comercializadas (artefatos de uso doméstico) está submetida ao recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária, conforme item 30, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Alega que os depósitos bancários são oriundos de vendas por meio de cartão de crédito e débito e que, sendo conhecida a origem dos depósitos, era desnecessária qualquer informação do contribuinte sobre a origem.

Entende que, para os exercícios de 2009 e 2010, não foi apurada, ainda que proporcionalmente, as parcelas sujeitas à substituição tributária e a totalidade tributada.

Reforça que a Declaração Anual do Simples Nacional não comprova pagamento antecipado de ICMS, mas tão somente que o mesmo foi pago sobre todas as vendas, afirmando que, para se apurar o percentual de mercadorias para as quais o ICMS já se encontra recolhido, deve ser considerado o total das entradas por mês, anexando cópias de notas fiscais de compra de mercadorias com imposto pago antecipadamente (fls. 228/248).

Importante registrar que, a teor do que dispõe § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75, independentemente do regime de apuração do imposto (débito e crédito ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substituição tributária), a comercialização da mercadoria deve ocorrer mediante emissão de documento fiscal.

Assim, caberia à Impugnante vincular os recebimentos via cartões de crédito ou débito, creditados na conta bancária, às vendas realizadas pelo estabelecimento e devidamente documentadas. Não o fazendo, configura-se o ingresso de recursos sem comprovação de origem, advindos, evidentemente da comercialização de mercadorias sem emissão de documentos fiscais.

No tocante à adequação da apuração à proporcionalidade de mercadorias tributadas ou com o recolhimento antecipado, como bem destacou o Fisco, a Impugnante pretende que se acredite que a origem dos depósitos nas contas bancárias não escrituradas contabilmente refere-se exclusivamente às vendas de mercadorias sob o manto da substituição tributária.

Mas não é o que se apresenta nos autos. Trata-se, o caso, de constatação pura e simples de ingresso de recursos em conta bancária não contabilizada, recursos esses que não guardam qualquer correlação direta e indubitável com esta ou aquela mercadoria.

Por isso, entender que tais recursos não contabilizados são relativos à comercialização exclusiva de produtos sujeitos à substituição tributária e, portanto, não exigir-se o correspondente imposto estadual, equivaleria a dispor de recursos públicos de uma forma não prevista em lei.

Para a correta apuração do imposto devido, o Fisco apurou a proporcionalidade mediante análise de um documento oficial, cujo preenchimento é de exclusiva responsabilidade da Autuada, a Declaração Anual do Simples Nacional.

Ocorre, no entanto, que nos exercícios de 2009 e 2010, nas informações fiscais da Autuada constam apenas e tão somente saídas com tributação normal (sem substituição tributária), conforme se comprova pelos documentos de fls. 51/68.

Com a peça de Defesa, a Autuada promove a anexação de cópias de notas fiscais de compras de mercadorias, com a comprovação do recolhimento do imposto na entrada das mercadorias.

Diante dessa constatação e acatando a opinião exarada no Parecer da Assessoria deste Conselho, pautando-se pela busca da verdade real, inobstante a ausência da informação nos documentos oficiais, foi decidido pela Câmara, em sessão realizada no dia 13/08/14, converter o julgamento em Diligência, para que a Fiscalização informasse se as notas fiscais apresentadas na Impugnação às fls. 228/248 constavam do valor total das entradas apresentadas nas Declarações Anuais do Simples Nacional – DASN.

E ainda, observando-se a existência de dois PTAs precedentes, envolvendo os mesmos Autuados, para que a Fiscalização informasse se os valores cobrados nesta autuação, relativos aos períodos de janeiro e fevereiro de 2010, já não estariam exigidos no PTA 01.000176860-49.

Nesse sentido, em reformulação do lançamento de fls. 335/346, a Fiscalização retira a duplicidade de exigências relativas ao processo acima referenciado

e promove a adequação do lançamento considerando-se as operações de entrada submetidas à tributação a título de substituição tributária e aquelas submetidas à tributação normal.

Considerando-se que as operações autuadas se referem às saídas da Contribuinte, a Fiscalização passa a exigir, nas operações desacobertadas relacionadas às entradas submetidas à substituição tributária, apenas a Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, mantendo-se as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 do citado diploma legal, além da citada penalidade isolada, para as saídas de mercadorias relacionadas às entradas sujeitas à tributação normal.

Nesta linha, estão corretas, em parte, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

No tocante à responsabilidade tributária, foram lançados como sujeitos passivos o Sócio-administrador Ricardo de Souza e o proprietário de fato do estabelecimento, senhor Dilermando Mota Delgado.

O Sócio-administrador, responsável que é pela administração da empresa, responde pelo crédito tributário em decorrência de sua atuação direta no ilícito, ao promover, ou admitir que seus colaboradores o fizessem, a saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais.

O senhor Dilermando Mota Delgado foi incluído no polo passivo da autuação na condição de Coobrigado, com fulcro no inciso XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, por ter sido verificado que as empresas que compõem a rede de estabelecimentos comerciais, conhecida como “Lojas Du Didi”, formada por estabelecimentos atacadistas e varejistas de artigos de cama, mesa, banho e utilidades do lar, localizados na cidade de Juiz de Fora- MG e Levy Gasparian – RJ têm como único proprietário o referido senhor, apesar do mesmo utilizar-se do expediente de transferi-las para o nome de “laranjas” e/ou “testas-de-ferro”.

Esta é a conclusão que se extrai do “Relatório de Investigação” de fls. 139/176, que sequer foi contestado pelo Sujeito Passivo.

O art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 assim dispõem:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Corretas, portanto, as indicações dos coobrigados como responsáveis pelo crédito tributário.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pela Fiscalização às fls. 198/201 e 335/346. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Antônio Perdigão Mendes (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 05 de maio de 2015.

Fernando Luiz Saldanha
Presidente

Eduardo de Souza Assis
Relator

P