

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.270 /01/1^a
Impugnação: 40.010104358-83
Impugnante: Lojas Magnus Ltda
Coobrigado: Magno Eterno de Araújo
Proc.Suj.Passivo: Édio Wilson Mortoza
PTA/AI: 01.000137422-11
Inscrição Estadual: 702.733731.0057
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

MICROEMPRESA - DESENQUADRAMENTO - EXCESSO DE FATURAMENTO APURADO COM BASE EM DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS - Embora a Autuada tenha realizado operações mercantis de forma irregular, desde novembro de 1.996 até fevereiro de 1.999, caracterizando-se o período de novembro de 1.996 a março de 1.998 totalmente ao desabrigo da legislação, inclusive sem inscrição estadual, e, de abril de 1.998 a fevereiro de 1.999, incorrendo em omissão de receitas, com saídas desacobertas o relatório de irregularidades e a capitulação das infringências e penalidades constantes do presente Auto de infração não se coaduna com realidade dos fatos, motivo suficiente para ensejar o seu cancelamento. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrou-se o Auto de Infração n.º 01.000137422.11 em 29/12/2000, por constatar o Fisco mediante o exame de documentação extrafiscal regularmente apreendida, que a Contribuinte auferiu receita bruta superior à permitida para sua manutenção no regime da microempresa, a partir de dezembro de 1996, resultando na aplicação do regime de recolhimento por débito e crédito, com exigência de ICMS, MR(200%) e MI (40%), esta última sobre os valores não declarados.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1.087/1.104).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Preliminarmente, alega ilegitimidade passiva do Coobrigado, que é sócio da Empresa, constituída por cotas de responsabilidade limitada, vez que sequer houve comprovação de conduta dolosa de sua parte, não sendo regra transferir o ônus atribuível à pessoa jurídica para o sócio, donde inaplicável ao caso o artigo 135 do CTN.

Alega que o Fisco pautou-se por arbitrariedade e abuso de poder na obtenção das provas, eis que, acompanhado de policial militar, vasculhou o estabelecimento, subtraindo papéis, livros e carimbando o "movimento de caixa".

Quanto ao mérito, argumenta que os papeis apreendidos (movimento de caixa, recibos e pedidos de clientes) são meros controles operacionais da empresa, não significando receita percebida de operações de venda, por conseqüência, não traduzindo fatos geradores do tributo exigido. Avoca os princípios da eventualidade e da concentração.

Rechaça a aplicação da taxa SELIC como juros moratórios, afirmando que estes têm cunho indenizatório, porquanto aquela seja remuneratória de títulos públicos, além de não ter sido instituída por lei, contrariando assim o artigo 161 do CTN.

Imputa caráter confiscatório às multas aplicadas, refugindo ao princípio da proporcionalidade, donde impagáveis e acarretadoras de prejuízos à sociedade.

Diz constituir-se empresa familiar, desprovida de patrimônio, nada tendo conseguido senão a subsistência dos sócios.

Conclui, pugnando pela exclusão do sócio do pólo passivo da relação processual e pela insubsistência do AI.

O Fisco, em manifestação de fls. 1115/1131, refuta as alegações da defesa.

Tece considerações sobre os institutos jurídicos da solidariedade e da capacidade tributária passiva e assevera que o ex-sócio-gerente, Sr. Magno Eterno, eleito Coobrigado, responde solidária e subsidiariamente pelo crédito tributário, a teor do disposto nos artigos 21, XII e parágrafo único, "2", da Lei 6.763/75 c/c artigo 124, I e II, do CTN e que a responsabilidade é objetiva, caracterizando-se equivocada a interpretação da Impugnante sobre o artigo 135, III, do CTN.

Assegura que a visita ao estabelecimento e a apreensão dos documentos extrafiscais fizeram-se conforme as regras insertas na legislação, mormente na Lei 6.763/75 e RICMS/96, na presença de funcionária da Empresa que se apresentou como responsável, ausentes os sócios, e que o carimbo apostado no "movimento de caixa", na ocasião, objetivou apenas evitar dúvidas futuras, porque neles constava escrito o nome de fachada, "Lojas União", não registrado como de fantasia junto à SEF. Não se caracterizou, como alegado, ilicitude na obtenção de provas.

Contrariamente à versão impugnatória, de que a autuação encontra-se fundada em mera presunção, apresenta, exemplificativamente, relações de clientes com pedidos e recibos de vendas dele constantes e, quando os valores não coincidem,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indicam ao menos a relação mercantil existente. A Impugnante nada juntou de prova contrária.

Menciona, ainda, o artigo 110 da CLTA/MG.

Relativamente às alegações concernentes à taxa SELIC e ao caráter tido por confiscatório das multas, deixa de se manifestar, por versar sobre matéria de legislação.

Insiste em que o arbitramento da base de cálculo obedeceu ao artigo 53 do RICMS/96.

Informa que os sócios possuem patrimônio considerável para suporte do crédito tributário, mencionando veículos e bens imóveis, com respectivos documentos probatórios de domínio.

Conclui, pugnando pela procedência do lançamento.

Posteriormente à manifestação fiscal, no prazo de vistas da documentação juntada pelo Autuante, a Impugnante compareceu novamente aos autos (fls. 1.196/1.202), ocasião em que defende o papel do advogado na defesa em esfera administrativa, restringindo-se, quanto ao mérito, a repetir argumentos da impugnação e questionando apenas a inclusão da cliente Cleusa Maria Machado na relação apresentada pelo Fisco.

Este, à vez (fls. 1205/1209), comprova a inclusão questionada e junta cópia de Acórdão (10.667/94/3^a) do CCMG, para respaldar o carimbo apostado no "movimento de caixa".

Reaberto o prazo para vistas (fls. 1211/1214), a Impugnante não se apresenta.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.218/1.226, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Preliminarmente, no que diz respeito à responsabilidade do Coobrigado (ex sócio gerente da empresa), o Fisco entende existir razão legal e fática para sua inclusão no pólo passivo das obrigações.

A Impugnante por sua vez, alega ilegitimidade passiva do Coobrigado, ao fundamento de não se ter provado sua conduta dolosa, para efeito de responsabilização pessoal, nos termos do artigo 135 do CTN.

Na realidade, para impor-se a responsabilidade do artigo 135 do CTN ao ex-sócio-gerente, estar-se-ia tratando de responsabilidade pessoal, o que implica em provar a existência do dolo, da má-fé, o que não transparece documentalmente nos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

autos. Pode-se até presumí-los existentes, o que, entretanto, não basta à imputação da responsabilidade pessoal.

Destarte, afigura-se mais coerente adotar, em relação ao Coobrigado, ex-sócio-gerente, na espécie, o disposto no parágrafo único, "2", do artigo 21 da citada lei 6.763/75, in verbis:

Art. 21 (...)

Parágrafo único - Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

(...)

2)- o diretor, o administrador ou o sócio-gerente, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu ou de que faz ou fez parte.

Reiteradas vezes tem se manifestado este CCMG pela exclusão da pessoa do sócio do pólo passivo da obrigação tributária, a exemplo dos Acórdãos 14.118/01/2^a, 776/99/5^a e 13.769/99/3^a. Portanto deve ser excluído do pólo passivo da obrigação tributária o Sr. Magno Eterno de Araújo.

Por outro lado, no que concerne à apreensão dos documentos em que se baseia o feito fiscal, alega a Impugnante emprego por parte do Autuante de meio escuso para lançar mão das provas das ilicitudes tributárias de que é acusada. Isso, contudo, não fica evidenciado nos autos. Verifica-se que houve regular apreensão da documentação extrafiscal, conforme TA anexo ao TADO 02.109022.24 (fl. 10), relativamente a 24 talões de pedidos de vendas, 23 recibos de vendas e 09 livros "movimento de caixa".

O Termo de Apreensão vem firmado por funcionária do estabelecimento visitado. Também não figurou excessiva a aposição do carimbo da empresa nos livros "movimento de caixa", pois, como aclarou o Fisco, em diversas das fls. constava, em manuscrito, o nome "Lojas União", que era usado como fachada, mas não objeto de registro como de fantasia no cadastro da SEF.

O exercício de Fiscalização independe de licença judicial e tem previsão expressa na legislação. As acusações feitas pela Impugnante não restaram provadas e, por conseguinte, não têm força para desconstituir o valor das provas encontradas.

Isso posto, quanto às preliminares suscitadas, há que se acolher tão só a de exclusão do Coobrigado.

Quanto o mérito, verifica-se que a Empresa autuada iniciou suas atividades em 20/05/92, sob a denominação de "Lojas Magnus Ltda ME, enquadrada como microempresa no código 10 (estabelecimento que não emite documentos fiscais), com Inscrição Estadual sob nº 702.802381.00-58 (fl. 25).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 01/02/96, foi bloqueada, em virtude de desaparecimento, redundando no cancelamento de ofício da Inscrição Estadual, conforme cópia de publicação do ato no DOE anexa. A partir de então, funcionou ao desamparo da legalidade, do que faz prova o LRE de fls. 70 a 110.

Em 03/04/98, inscreveu-se novamente no Cadastro de Contribuintes, sob nº 702.733731.00-57(fl. 23), ocasião em que a AF determinou a substituição do cancelamento para baixa, apenas para efeito do novo nº de inscrição com a utilização do antigo CGC. Desta feita, houve comunicação de novo endereço - mesma rua, porém em numeração diferente, enquadrando-se como Empresa de Pequeno Porte, código 33.

A acusação fiscal é de excesso de receita para microempresa, a partir de dez/96, fato que redundou no desenquadramento do regime e na adoção do sistema de débito/crédito.

Através do "movimento de caixa" - Anexos I e II (fls. 261/1078), o Fisco levantou toda a receita do estabelecimento, de nov/96 a fev/99.

Como a Autuada se enquadrava originariamente no código 10, microempresa que não emite documentos fiscais, portanto, sem pagamento de ICMS, e devesse apresentar faturamento anual igual ou inferior a 1.000 UPFMG para manter-se na faixa isencional, o Fisco verificou que somente pelas receitas de nov/dez/96 aquele limite já era ultrapassado. Obviamente que como tal se manteve até sua inscrição e enquadramento como EPP, em 03/04/98.

Diante disso, apurou os créditos pelo LRE, para concedê-los para abatimento do débito incidente sobre os valores apurados pelo "movimento de caixa", exigindo o imposto resultante, com MR de 200%, até março/98 (fls. 05/07).

Para esse período, a partir de dez/96 e incluindo abril/98, deixou de exigir MI, entendendo que, por a empresa estar enquadrada como ME - cód. 10, não se obrigava à emissão regular de documentos fiscais de saída.

O Fisco estendeu esse desenquadramento até fev/99, incluindo, portanto, todo o período em que a empresa estava classificada e operando como EPP, desde a nova inscrição, em 03/04/98. De abril/98 a fev/99, ateve-se a calcular o imposto à alíquota de 18% sobre o valor encontrado no "movimento de caixa", do qual deduziu o montante recolhido a título de ICMS e Fundese, exigindo o remanescente acrescido de MR de 200%. Do montante da receita total (conforme 'movimento de caixa') abateu os valores declarados (segundo notas fiscais emitidas) e aplicou MI de 40% para saídas desacobertas (ver fls. 05/07).

Na verdade, o 'movimento de caixa', seja antes ou durante o período em que se enquadrava como EPP, representa receita parcial não oferecida à tributação.

Ao penalizar a infratora com MR de 200%, o fisco capitulou-a no artigo 19, II, da Lei 10.992 e 17, II, "A" e "B" da Lei 12.708.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Indubitavelmente o "movimento de caixa", conforme Anexos I e II ao PTA, representa a receita global do estabelecimento de nov/96 a fev/99.

No entanto, cotejando o proceder fiscal com a legislação de regência, alguns reparos afiguram-se necessários.

Se a Contribuinte estava com a inscrição bloqueada desde 01/02/96 e cancelada a partir de 20/08/97, tal se dera de ofício, conforme cópia do ato de cancelamento anexo, obviamente não tinha mais autorização para funcionamento desde o bloqueio. Por esse motivo, não cabia mais desenquadrá-la da condição de microempresa por excesso de receita, ou seja por faturamento superior a 1.000 UPFMG, em dez/96. Aliás esse limite, numa situação normal, é para a manutenção na faixa de isenção e não para desenquadramento, que seria de 2.500 UPFMG, para o ramo de comércio. Logo, esse desenquadramento se fizera inadequado por duas razões: a uma, porque, impedida de comercializar, não se poderia falar em enquadramento; a duas, porque o excesso de receita só se caracterizaria com faturamento acima de 2.500 UPFMG e não de 1.000 UPFMG, como concebera o Fisco.

Se o estabelecimento funcionava de fato (de 01/02/96 - data do bloqueio da inscrição estadual - até 02/04/98), todas as suas operações mercantis fizeram-se de modo irregular, cabendo inteligência de que todas as saídas se fizeram sem cobertura fiscal, porque sem o tratamento da condição de microempresa. Assim, são plenamente sustentáveis as exigências de ICMS(18%) e MR (50%), e também a MI de 40%, que não foi cobrada no presente Auto de Infração .

Outro aspecto a considerar é que em 03/04/98 o contribuinte se inscrevera novamente no cadastro estadual - IE 702.733731.00-57 -, enquadrando-se como EPP código 33. A bem ver, terá havido alteração de cancelamento de ofício para pedido de baixa, de forma a utilizar-se do mesmo nº de CGC e ser possível o registro na Junta Comercial.

O Fisco, na verdade, não desenquadrou o contribuinte da condição de EPP. Ainda que assim pretendesse, o excesso de receita para a EPP significaria faturamento superior a R\$800.000.00 anuais (artigo 16, II, da Lei 12.708/97), o que não se dera.

Poderia, sim, tê-la desenquadrado por saídas desacobertas - artigo 16, III, "e", da mesma Lei, hipótese que assim mesmo não ensejaria MR de 200% (artigo 18, II, "a"), mas de 50%, porque não seria por excesso de receita.

Outro dado a considerar é que o Autuante, em vez de abater a receita declarada, deduziu o imposto recolhido. Ora, se desenquadramento de EPP não houve, há que deduzir-se do valor da receita bruta (obtido pelo "movimento de caixa") aquele declarado e tributado, com recolhimento do imposto pelo regime de EPP, para exigência de ICMS (18%), MR (50%) e MI (40%).

Assim, considerando que embora que a Autuada tenha realizado operações mercantis de forma irregular, desde nov/96 até fev/99, caracterizando-se o período de nov/96 a mar/98 totalmente ao desabrido da legislação, inclusive sem inscrição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estadual, e, de abr/98 a fev/99, incorrendo em omissão de receita, com saídas desacobertas, o relatório de irregularidades e a capitulação das infringências e penalidades constantes do presente Auto de Infração não se coaduna com realidade dos fatos, motivo suficiente para ensejar o cancelamento do lançamento, observando-se no entanto, que, com base nos documentos que foram regularmente apreendidos no estabelecimento, poderá o Fisco, antes de esgotado o prazo decadencial previsto no artigo 173, do CTN, renovar a Ação Fiscal, promovendo a lavratura de nova peça fiscal, na qual serão relatadas com fidelidade as irregularidades detectadas e as penalidades a elas inerentes .

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em excluir do pólo passivo da obrigação tributária o Sr. Magno Eterno de Araújo. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar a argüição de ilegalidade da apreensão da documentação extrafiscal. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, cancelando-se as exigências fiscais por errônea tipificação das irregularidades e capitulação das penalidades a elas inerentes. O Conselheiro José Eymard Costa fundamentou seu voto, também no artigo 173, inciso II, do CTN. Participou do julgamento, além dos signatários, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 16/10/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Edmundo Spencer Martins
Relator

ltmc