

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.946/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000201065-97
Impugnação: 40.010134930-86
Impugnante: Talube Comercial Ltda - EPP
IE: 261855880.00-50
Proc. S. Passivo: Bárbara Melo Carneiro/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONTA "CAIXA"/SALDO CREDOR. Constatou-se, após a recomposição da conta “Caixa”, saldo credor em conta tipicamente devedora, e/ou diferenças de saldos finais de exercícios, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §2º da Lei nº 6.763/75 e no art. 194, § 3º da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada na alínea “a” do inciso II do art. 55 da citada lei. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Contudo, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas aos exercícios de 2009 a 2011 por falta de capitulação legal e motivação específica do Auto de Infração com os artigos da Lei Complementar nº 123/06 infringidos. Também devem as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta “Caixa”, ser consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês de cada exercício autuado.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – RECURSOS NÃO COMPROVADOS – CONTA BANCÁRIA NÃO CONTABILIZADA/CONTA BANCÁRIA CONTABILIZADA. Constatado o ingresso de recursos sem comprovação de origem em contas bancárias contabilizadas e também não contabilizadas, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, §3º do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da citada lei. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Contudo, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas aos exercícios de 2009 a 2011 por falta de capitulação legal e motivação específica do Auto de Infração com os artigos da Lei Complementar nº 123/06 infringidos. Também devem ser excluídas as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V (fls. 1.701/1.742) para os quais se comprovou que a origem dos depósitos/transferências bancárias são provenientes dos sócios da empresa autuada à época dos fatos geradores, inclusive quando as transferências de recursos originaram-se das empresas Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda. (Locmil Locação de Veículos Ltda) e Sena Motors Ltda - ME,

cujos comprovantes constam às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1.940 a 1.953, 1.955, 2.000 a 2.007, 2.021 a 2.025.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Decorre o lançamento da acusação fiscal de que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, com fulcro na presunção legal prevista no art. 49, §2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º da Parte Geral do RICMS/02, tendo em vista a constatação de:

- ocorrência de saldo credor na conta “Caixa”/diferenças de saldos no período de janeiro de 2010 a setembro de 2011 (demonstrativos de fls.67/71);

- ingresso de recursos em conta bancária contabilizada, de titularidade do Sujeito Passivo, sem comprovação de origem, nos exercícios de 2010 e 2011 (Quadro IV – fls. 75);

- ingresso de recursos em conta bancária não contabilizada, de titularidade do Sujeito Passivo, sem comprovação de origem, nos exercícios de 2009 e 2012; (demonstrativos de fls. 76/117).

O PTA encontra-se instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF e Aviso de Recebimento – AR (fls. 02/03); Termos de Intimação, Relação de Operações a serem Esclarecidas, Avisos de Recebimento – AR e Prorrogação do Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 04/61); Auto de Infração - AI (fls. 62/66); Quadro I – Lançamentos Efetuados na Conta Caixa do Livro Razão sem Comprovação de Destinação/Origem dos Recursos (fls. 67/71); Quadro II – Recomposição da Conta Caixa (fls. 72/73); Quadro III – Recomposição de Caixa (Saldo Credor/Recursos não Comprovados) conforme Recomposição de Caixa (fl. 74); Quadro IV – Lançamentos dos Extratos Bancários – Entrada de Recursos na Conta Corrente sem Comprovação de Origem em 2010 e 2011 (fl. 75); Quadro V – Lançamentos dos Extratos Bancários de 2009/2012 – Contas Bancária não Contabilizadas e sem Comprovação de Origem (fls. 76/117); Quadro VI – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 118); Extratos de Conta Corrente de 2009 (fls. 119/216); Extratos de Conta Corrente de 2010 (fls. 217/268); Extratos de Conta Corrente de 2011 (fls. 268/319); Extratos de Conta Corrente de 2012 (fls. 320/412); livro Razão Analítico (413/979); livro Diário (fls. 983/1.476).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.512/1.550 e colaciona os documentos de fls. 1.552/1.688.

A Fiscalização, acatando parcialmente as informações trazidas pela Impugnante relativas à comprovação da origem de recursos financeiros objeto deste lançamento, promove a reformulação do crédito tributário de fls. 1.696/1.743.

São acostados aos autos nessa oportunidade, os seguintes demonstrativos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quadro V – Lançamentos dos Extratos Bancários de 2009/2012 – Contas Bancária não Contabilizadas e sem Comprovação de Origem (entradas em conta corrente - fls. 1.701/1.742);

Quadro VI – Demonstrativo do Crédito Tributário – fls. 1.743.

Devidamente intimada da reformulação do crédito tributário, a Impugnante adita a Impugnação às fls. 1.751/1.755 e colaciona aos autos os documentos de fls. 1.756/1.780.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.782/1.794, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário.

A Assessoria do CC/MG emite o Parecer de fls.1.799/1.812 e opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

A 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, na Sessão realizada em 25 de março de 2014, decidiu, à unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização: 1) esclareça os cálculos para a apuração da base de cálculo das planilhas de folhas 72/73; 2) esclareça o motivo das bases de cálculos encontradas nos meses em que sua recomposição apontou saldo devedor para a conta “caixa” (esclarecer a inserção de diferença de saldos em meses que foram apurados saldos devedores); 3) esclareça a inserção de diferença de saldos em meses que foram apurados saldos credores; 4) considerando que, normalmente, são apurados valores a serem exigidos nos meses em que o saldo da conta “caixa” é credor e que valores referentes a diferença de saldo são cobrados apenas no último mês do exercício (quando se pressupõe que o saldo de caixa escriturado no fechamento do exercício é o efetivamente existente), justificar qual a técnica usada no levantamento, bem como o fundamento legal para a mesma; 5) esclareça o motivo de ter sido considerado saldo inicial “zero” na recomposição da conta “caixa” do exercício de 2011; 6) esclareça a base de cálculo encontrada para o mês de setembro/10; 7) esclareça o saldo encontrado na recomposição referente ao mês de abril/11.

Nessa oportunidade, são juntados aos autos os documentos de fls. 1.817/1.824 (cópia de extratos bancários autenticados os quais já estavam colacionados aos autos sem a referida autenticação), os quais foram protocolados pela Autuada neste Conselho de Contribuintes.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.826/1.829, oportunidade na qual reformula novamente o crédito tributário conforme demonstrativos de fls. 1.830/1.839.

Devidamente intimada (fls. 1.840/1.841), a Autuada manifesta-se às fls. 1.844/1.854. Na ocasião, anexa aos autos os documentos de fls. 1.855/1.860 (solicitações de transferências de valores entre contas bancárias).

A Fiscalização manifesta-se novamente às fls. 1.862/1.864.

Nos termos do disposto no §3º do art. 147 do RPTA, a Assessoria do CC/MG manifesta-se às fls. 1.866/1.883 acerca do resultado da diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento deste Conselho. Nessa ocasião, opina, em preliminar,

pela rejeição da arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 1.830/1.839 e, ainda, para que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta "Caixa", sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês atuado em cada exercício e também para excluir da base de cálculo do ICMS a parcela dos recursos não comprovados correspondente ao percentual de prestação de serviço tributada pelo ISSQN, conforme declarado pela Autuada ao Fisco, em relação aos meses de agosto e setembro de 2009 e fevereiro e dezembro de 2011.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 20/08/14, decidiu proferir o Despacho Interlocutório de fls. 1.890, para que a Impugnante:

(...) a) acoste aos autos microfilmagens dos cheques (frente e verso) e/ou recibos de depósitos (estes últimos, original ou cópia autenticada), dos quais constem a identificação do depositante e do favorecido, relativos aos depósitos efetuados nas contas bancárias da empresa atuada, pelos sócios da empresa atuada, conforme alegado na peça defensiva; b) junte aos autos documentação que comprove a efetiva baixa (lançamentos a crédito da conta "Caixa") dos valores relativos aos cheques compensados, transferências, TED e outros, que supriram a conta "Caixa", os quais são objeto do estorno na conta "Caixa" (valores listados às fls. 67/71 dos autos) e, também, quando tratar-se de cheques específicos, cópias frente e verso dos mesmos.

A Impugnante comparece às fls. 1.895/1.902 e colaciona aos autos os documentos de fls. 1.908/1.981.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.983/1.992.

A Assessoria do CC/MG exara o Despacho Interlocutório de fls. 1.994/1.995 para que a Impugnante junte aos autos os demais documentos comprobatórios das alegações defensivas, promovendo as vinculações necessárias com os itens objeto do lançamento.

Nessa oportunidade, também é deferida a juntada dos documentos de fls. 1.996/2.007.

A Impugnante comparece às fls. 2.013/2.016 e colaciona aos autos os documentos de fls. 2.017/2.026.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 2.028/2.039.

A Assessoria do CC/MG emite o Parecer de fls. 2.041/2.066 e opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.830/1.839 e ainda para:

- que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta "Caixa", sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês atuado em cada exercício;

- excluir, da base de cálculo do ICMS, a parcela dos recursos não comprovados correspondente ao percentual de prestação de serviço tributada pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ISSQN, conforme declarado pela Autuada ao Fisco, em relação aos meses de agosto e setembro de 2009 e fevereiro e dezembro de 2011.

Em sessão realizada em 06/08/15, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, retira o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 26/08/15. Pela Impugnante, assistiu à deliberação a Dra. Bárbara Melo Carneiro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Antônio Santos Rodrigues”.

Em sessão realizada em 26/08/15, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, retira o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 02/09/15. Pela Impugnante, assistiu à deliberação a Dra. Bárbara Melo Carneiro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Timo Alves”.

Em sessão realizada em 02/09/15, a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, acorda em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 08/09/15, ficando proferidos os votos dos Conselheiros José Luiz Drumond que julgava parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.830/1.839 e, ainda, nos termos do parecer da Assessoria, para: 1) que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta “Caixa”, sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês autuado em cada exercício; 2) excluir, da base de cálculo do ICMS, a parcela dos recursos não comprovados correspondente ao percentual de prestação de serviço tributada pelo ISSQN, conforme declarado pela Autuada ao Fisco, em relação aos meses de agosto e setembro de 2009 e fevereiro e dezembro de 2011. Os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Relator) e Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) excluía, ainda, as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V (fls. 1.701/1.742) para os quais se comprovou que a origem dos depósitos/transferências bancárias são provenientes dos sócios da empresa autuada à época dos fatos geradores, inclusive quando as transferências de recursos originaram-se das empresas Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda (Locmil Locação de Veículos Ltda) e Sena Motors Ltda – ME, cujos comprovantes constam às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1940 a 1953, 1955, 2.000 a 2.007, 2021 a 2.025. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Bárbara Melo Carneiro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.”

Em sessão realizada em 08/09/15, dando prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 02/09/15, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.830/1.839 e, ainda, para:

1) declarar a nulidade de todas as exigências relacionadas ao período compreendido entre 2009 e 2011;

2) que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta “Caixa”, sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês atuado em cada exercício;

3) excluir as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V (fls. 1.701/1.742) para os quais se comprovou que a origem dos depósitos/transfêrências bancárias são provenientes dos sócios da empresa atuada à época dos fatos geradores, inclusive quando as transferências de recursos originaram-se das empresas Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda (Locmil Locação de Veículos Ltda) e Sena Motors Ltda – ME, cujos comprovantes constam às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1.940 a 1.953, 1.955, 2.000 a 2.007, 2.021 a 2.025.

Vencidos, em parte, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Relator), que não declarava a nulidade de todas as exigências relacionadas ao período compreendido entre 2009 e 2011 e, José Luiz Drumond que não excluía, ainda, as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V. Designado relator o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor), que alterou seu voto nesta Sessão. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Acórdão nº 20.852/15/2ª

Após decisão prolatada, constatou-se no momento da redação do citado acórdão incorreção no tratamento dispensado à nulidade, em desacordo com as regras processuais, pois, a nulidade deve ser tratada de forma preliminar, o que resultou no despacho de fls. 2.077/2.078 da Presidente do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, no qual determina o encaminhamento do PTA à 2ª Câmara para decidir sobre o incidente processual.

Em sessão realizada em 02/03/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelos Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e José Luiz Drumond, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 08/03/16. Ficando proferidos os votos dos Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Relator) e Andréia Fernandes da Mota (Revisora) que não admitiam o Incidente Processual. O Conselheiro Fernando Luiz Saldanha propõe, ainda, a correção do erro meramente formal da consignação da decisão anterior de 08/09/15, devendo ser a decisão relativa a nulidade dos exercícios de 2009 a 2011, que foram consignados como mérito, serem adequadas para a preliminar da decisão, pelos fundamentos esposados no presente incidente. E, as demais adequações da decisão, em virtude desta alteração, devem ser observadas.

Em sessão realizada em 02/03/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 08/03/16 em razão do adiamento da decisão relativa ao incidente processual vinculado ao processo. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dra. Bárbara Melo Carneiro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 02/03/16, quando acorda a 2ª

Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em prorrogar o pedido de vista formulado pelos Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e José Luiz Drumond, marcando-se extrapauta para o dia 09/03/16.

Em sessão realizada em 08/03/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 09/03/16, em razão do adiamento da decisão relativa ao incidente processual vinculado a esse processo. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dra. Bárbara Melo Carneiro e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves.

Em sessão realizada em 09/03/16, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 08/03/16, quando acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em admitir o Incidente Processual. No mérito, por maioria de votos, em declarar a nulidade da decisão anterior, prolatada em sessão de 08/09/15. Vencido o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha (Relator), que mantinha a decisão anterior e propôs a correção do erro meramente formal consignado na decisão anterior de 08/09/15, devendo ser a decisão relativa a nulidade dos exercícios de 2009 a 2011, que foram consignados como mérito, serem adequadas para a preliminar da decisão, pelos fundamentos esposados no presente incidente. Na oportunidade, alteraram seus votos, a Conselheira Andréia Fernandes da Mota para acatar o incidente processual e considerar nula a decisão anterior, e o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, que apenas acatava o incidente processual.

DECISÃO

Das Preliminares

Argui a Defesa a nulidade do lançamento, sob a alegação de que os demonstrativos relativos à recomposição da conta “Caixa” não lhe permitiram entender a metodologia de apuração da omissão de receita adotada pela Fiscalização.

Entretanto, convém destacar que os questionamentos apresentados pela Autuada inerentes à recomposição da conta “Caixa” foram objeto da diligência exarada pela 2ª Câmara de Julgamento às fls. 1.816.

Em resposta, a Fiscalização detalhou toda a metodologia utilizada para elaboração do referido demonstrativo, bem como efetuou os ajustes que entendeu pertinentes e reabriu prazo para manifestação da Autuada, que se manifestou às fls. 1.844/1.854.

Outrossim, o que se constata dos presentes autos é que a Autuada compreendeu a acusação formulada no lançamento e desenvolveu plenamente a sua defesa em (03) três oportunidades, não restando configurada a hipótese de cerceamento do seu direito de defesa, como por ela arguido.

Acresça-se que possíveis incorreções na apuração do montante das saídas de mercadorias desacobertas envolvem o mérito do presente lançamento e assim serão analisadas a seguir.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale dizer, ainda, que não prospera o entendimento da Autuada de que o Conselho de Contribuintes não pode determinar qualquer alteração no lançamento por faltar-lhe competência para tal mister.

É que o processo tributário administrativo trata-se de um procedimento tendente a apurar os valores devidos ao Estado, podendo o crédito tributário ser adequado em seu desenrolar.

Esse mesmo entendimento é compartilhado pelos diversos doutrinadores pátrios, dentre os quais destaca-se:

“Em verdade, quando Administração e administrado discutem sobre o índice de procedência legal do lançamento efetuado, o que de fato acontece é a instalação de um procedimento administrativo, que pretende ser contraditório, propiciando à Fazenda Pública o controle de legalidade de seus próprios atos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.)

“O procedimento administrativo de lançamento tem duas fases: a oficiosa e a contenciosa. Concluída a primeira fase, com a determinação do valor do crédito tributário, é feita a notificação ao sujeito passivo. E a partir daí somente pode ser modificado em virtude de: (a) impugnação do sujeito passivo; (b) recurso de ofício; (c) iniciativa da própria autoridade administrativa, nos casos previstos em lei (CTN, art. 145). Enquanto comporta alterações na própria esfera administrativa, o lançamento não é definitivo, não está juridicamente concluído, está em processo de elaboração.” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004. p. 170-171.

(Grifou-se).

Dessa forma, rejeita-se as preliminares arguidas.

O questionamento da Impugnante acerca da falta de indicação dos dispositivos da Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) infringidos serão objeto de análise na fase de meritória.

Do Mérito

Vale relembrar que o lançamento versa sobre a acusação fiscal de que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, com fulcro na presunção legal prevista no art. 49, §2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º da Parte Geral do RICMS/02, tendo em vista a constatação:

- da ocorrência de saldo credor na conta “Caixa” /diferenças de saldos (período de janeiro de 2010 a setembro de 2011).

Essa irregularidade encontra-se demonstrada nos Quadros I a III, assim discriminados:

- Quadro I: Lançamentos efetuados na conta “Caixa” do livro Razão (cheques e transferência) sem comprovação de destinação/origem dos recursos (fls. 67/71);

- Quadro II: Recomposição da conta “Caixa” (fls. 1.834/1.835, após a reformulação do crédito tributário - fls. 1.826/1.833, na qual a Fiscalização promoveu ajustes na recomposição da conta “Caixa” em razão da diligência exarada pela Câmara de Julgamento);

- Quadro III: Recomposição de caixa (listagem dos saldos credores/recursos não comprovados) conforme recomposição da conta “Caixa” (fls. 1.836/1.837, após a reformulação do crédito tributário retromencionada).

- do ingresso de recursos em conta bancária contabilizada, de titularidade do Sujeito Passivo, sem comprovação de origem, nos exercícios de 2010 e 2011 (Quadro IV – fls. 75).

- do ingresso de recursos em conta bancária **não** contabilizada, de titularidade do Sujeito Passivo, sem comprovação de origem, nos exercícios de 2009 e 2012 (Quadro V – fls. 1.701/1.742 – após a reformulação do crédito tributário de fls. 1.695/1.700, na qual a Fiscalização acatou os documentos de fls. 1.608/1.625 apresentados pela Autuada como comprovação da origem de parcela dos recursos em conta bancária não contabilizada, excluindo as respectivas exigências fiscais).

Registra-se que as cópias dos extratos bancários estão colacionadas às fls. 119/411 dos autos, dos livros Razão às fls. 413/979 e dos livros Diário às fls. 983/1.476.

O Demonstrativo do Crédito Tributário, após as reformulações do crédito tributário efetuadas pela Fiscalização, encontra-se às fls. 1.838/1.839.

Primeiramente, quanto as exigências fiscais referentes ao período compreendido entre os exercícios de 2009 e 2011, não se encontram devidamente fundamentadas, tendo em vista a falta ou inexistência de motivação específica do lançamento pela ausência de qualquer menção aos dispositivos específicos da Lei Complementar nº 123/06, ou às Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Foram apontados ou relacionados no Auto de Infração com fundamentação legal e jurídica das acusações, dispositivos vinculados ao recolhimento e exigência do ICMS sob a sistemática de apuração normal.

Nesta mesma toada, observa-se que pela própria essência e natureza do Auto de Infração - AI, não se trata apenas da “menção” específica dos dispositivos legais aplicáveis, mas da própria sistemática de apuração a ser considerada na apuração e lavratura do AI.

Desta feita, a ausência da correta descrição ou tipificação da infração cometida pela Impugnante no período considerado entre 2009 e 2011, uma vez que a empresa Autuada, neste interregno, estava enquadrada no sistema diferenciado de

apuração denominado Simples Nacional, gera a necessidade de cancelamento dessas específicas exigências, em face da inobservância das regras de imputação ou apuração específicas.

Frise-se, que considerando, o fato de que a Autuada era, nesse período, empresa mercantil e prestadora de serviços, os percentuais de imposto a serem considerados devem atender previsão específica e direta da Lei Complementar nº 123/06, arts. 34 e 39.

No tocante às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal derivadas da ocorrência de saldo credor na conta “Caixa”/diferenças de saldos, vale destacar que as exigências fiscais correspondem ao período de janeiro de 2010 a setembro de 2011, conforme se verifica no Quadro II: Recomposição da conta “Caixa” (fls. 1.834/1.835) elaborado após a reformulação do crédito tributário.

Dessa forma, restaram excluídas todas as exigências fiscais relativas a este item do lançamento.

Vale destacar, caso não fosse efetuada a exclusão de todas as exigências fiscais relativas às saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal derivadas da recomposição da conta “Caixa”, ainda merecia reparo a referida apuração fiscal, além daquelas efetuadas pela Fiscalização por meio das reformulações do crédito tributário, para que as diferenças de saldos apuradas fossem consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês autuado em cada exercício (item 2 da decisão vencedora), adotando-se, para tanto, os mesmos fundamentos constantes dos Pareceres da Assessoria do CC/MG de fls. 1.862/1.883 e 2.041/2.066, os quais não serão aqui reproduzidos em face de que não remanescem qualquer exigência fiscal referente à apuração mencionada.

Lado outro, a acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal dos presentes autos, com fulcro na presunção legal prevista no art. 49, §2º da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º da Parte Geral do RICMS/02, também decorre constatação do ingresso de recursos em conta bancária contabilizada, de titularidade do Sujeito Passivo, sem comprovação de origem, nos exercícios de 2010 e 2011 (Quadro IV – fls. 75) e do ingresso de recursos em conta bancária **não** contabilizada, de titularidade do Sujeito Passivo, sem comprovação de origem, nos exercícios de 2009 e 2012 (*Quadro V – fls. 1.701/1.742 – após a reformulação do crédito tributário de fls. 1.695/1.700*).

Verifica-se que em relação as exigências fiscais provenientes da apuração fiscal envolvendo as contas bancárias contabilizadas, as quais referem-se aos exercícios de 2010 e 2011 (Quadro IV – fls. 75), restaram excluídas todas as exigências fiscais, conforme fundamentos anteriormente aduzidos.

Da mesma forma, foram excluídas todas as exigências fiscais relativas à apuração de ingresso de recursos não comprovados em conta bancária não contabilizadas relativas aos exercícios de 2009 a 2011.

Assim, passa-se à análise, então, das saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal provenientes do ingresso de recursos em conta bancária **não**

contabilizada, sem comprovação de origem, ocorridas no exercício de 2012 (*Quadro V – fls. 1.701/1.742*), as quais remanescem após a exclusão mencionada.

Conforme destacado, a Fiscalização acatou os documentos de fls. 1.608/1.625 apresentados pela Autuada, como comprovantes da origem de parcela dos recursos em conta bancária **não** contabilizada, excluindo as respectivas exigências fiscais.

A Autuada também juntou aos autos cópias de extratos bancários (fls. 1.760, 1.763, 1.764, 1.765, 1.766, 1.769, 1.772, já anexadas às fls. 1.818/1.824, constando autenticação em cartório) com intuito de comprovar a origem de parte dos recursos objeto deste item do lançamento.

Quanto a este item, alega a Impugnante que devido à necessidade de capital de giro, o sócio Bruno da Costa Pereira, que também era sócio da empresa Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda, fazia empréstimos de curto prazo para a Autuada, aproveitando-se dos 05 (cinco) dias sem juros concedidos pelo Banco Santander S/A ao referido sócio quando da utilização de limite do cheque especial.

A Fiscalização ao analisar tais documentos deixou consignado o seguinte:

(...) No entanto, quando do aditamento à impugnação a Impugnante apresenta cópias de extratos alegando tratar-se de supostos empréstimos recebidos do titular da conta apresentada (fls. 1759 a 1772). A intimação de 28/05/2013 (fls. 23), oferece à autuada oportunidade para comprovar os lançamentos com documentos idôneos e ela, no entanto, se furtou a fazer prova a seu favor. **Entendemos que as cópias de extratos anexadas não configuram documentos idôneos, que façam prova de empréstimos. Para tanto a Impugnante precisaria ter apresentado cópias de cheques, recibos de depósitos, extrato original, contratos registrados, recibos, etc. Além do mais na cópia de extrato apresentado na fl. 1769, o TED de R\$30.000,00 de 14/09/2012 não foi efetuado pela Impugnante. Note-se que o CNPJ que identifica o depósito é do próprio titular da conta corrente, que alterou a razão social conforme documentos anexados (fls. 1774 a 1780).** (Grifos acrescidos)

Destaca-se que no tocante a esse item do lançamento foi determinado o Despacho Interlocutório de fls. 1.890, pela 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 20/08/14, para que a Impugnante:

Item “a”: acostasse aos autos microfilmagens dos cheques (frente e verso) e/ou recibos de depósitos (estes últimos, original ou cópia autenticada), nos quais constasse a identificação do depositante e do favorecido, relativos aos depósitos efetuados nas contas bancárias da empresa autuada, por seus sócios, conforme alegado na peça defensiva.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em atendimento a este item do despacho interlocutório, a Impugnante colacionou aos autos, inicialmente, os documentos de fls. 1.910/1.981 (Doc. 02: comprovantes de depósitos bancários em conta da Autuada, de transferências bancárias para conta da Autuada, microfilmagens de cheques depositados em conta da Autuada, dentre outros, cujos recursos financeiros eram provenientes de empresas que pertencem/pertenceram aos sócios da Autuada, bem como de outros titulares).

Em relação a esses documentos, a Impugnante sustenta que, em função da necessidade de capital de giro, o seu sócio Bruno Rodrigues da Costa Pereira, que também, à época, era sócio da empresa Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda (razão social atual Locmil Locação de Veículos Ltda), fazia empréstimos a curto prazo à empresa autuada, aproveitando-se dos 05 (cinco) dias sem juros do cheque especial, benefício concedido ao sócio correntista do Banco Santander S/A.

Relata que, em seguida, cuidava de devolver os valores que havia tomado emprestado com o referido sócio. E que, para efetuar tais pagamentos de empréstimos, algumas vezes utilizava-se de recursos emprestados por outras empresas.

Afirma, também, que o objeto social da empresa Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda (razão social atual Locmil Locação de Veículos Ltda), titular da conta bancária de origem dos recursos financeiros, não tem qualquer relação com as mercadorias vendidas pela Autuada. E que, conforme alterações contratuais que anexa, as referidas empresas (Autuada e Locmil) têm como sócio-administrador o Sr. Bruno Rodrigues da Costa Pereira.

Destaca a Impugnante que anexa aos autos, ainda, como prova desse fluxo de recursos entre as empresas, os comprovantes dos recursos transferidos de sua conta bancária para Sena Motors Ltda - ME (Doc. 02C - fls. 1.954/1.957). São eles:

- comprovante de transferência no valor de R\$ 29.561,53, débito em 28/03/12;
- comprovante de transferência no valor de R\$ 45.000,00, débito em 20/01/12;
- comprovante de transferência no valor de R\$ 100.000,00, débito em 06/01/12.

A Fiscalização, ao analisar essa documentação colacionada aos autos pela Impugnante, deixou consignado o seguinte:

- a Impugnante lista 30 (trinta) suprimentos feitos pelos sócios, justificando que eles foram para suprir o seu capital de giro;

- o sócio principal da Autuada detém e deteve a quase totalidade do capital social da empresa autuada. Ele também detém e deteve a quase totalidade do capital social de outras empresas, por meio das quais a Defesa quer justificar empréstimos em dinheiro à Autuada. As empresas mencionadas pela Autuada são: “Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda” (cópias de cheques às fls. 1.917/1.922), Locmil Veículos Ltda (fls. 1.924/1.926), bem como Sena Motors Ltda - ME (fls. 1.935/1.953). Há também (fls. 1.923) uma transferência não contabilizada oriunda de Ângela Rosa Rodrigues, esta em nome de pessoa física;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a confusão e a indevida interligação das empresas e dos sócios foram feitas propositalmente. Nada disso foi contabilizado. Há até lançamentos no sentido contrário (fls. 1.955/1.957), ou seja, 03 (três) transferências da Autuada para Sena Motors Ltda - ME;

- tudo não passa de uma montagem de empresa para enganar o Fisco;

- a empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda, mais tarde transformada em Locmil Locação de Veículos Ltda, nunca existiu de fato. Esta empresa que, em tese, prestaria serviço de locação de veículos, estaria localizada na zona rural: Fazenda Ponta Alta/Boa Vista, distante da cidade de Formiga, próximo à represa de Furnas. E sua I.E. foi bloqueada compulsoriamente tendo como motivo a “inexistência de estabelecimento no endereço inscrito”;

- a mesma situação ocorreu em relação à empresa Sena Motors Ltda - ME. Ela também foi bloqueada em 19/03/13, compulsoriamente. O motivo do bloqueio foi a inexistência da empresa no endereço informado ao Fisco;

- a empresa, ora Autuada, está inscrita neste Estado no endereço Rua Maria Ribeiro GHELLI, nº 600. Também inscrita no endereço (similar) encontra-se a empresa Merino & Sousa Ltda - ME, Inscrição Estadual nº 002.058225.0021, ou seja: Rua Maria Ribeiro GUELLI, 585. Isso desde 15/10/12. Alega que a empresa autuada, deliberadamente, “criou” este último endereço;

- quanto à empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda/Locmil, alega que o sócio majoritário Bruno Rodrigues da Costa Pereira já não mais pertencia ao quadro social da referida empresa desde 11/11/11, conforme contrato social de fls. 1.911/1.916. Contudo, apesar de não mais pertencer ou representar aquela sociedade, ele assina todos os cheques que foram acostados aos autos pela Defesa (fls. 1.917/1.920). Assevera que, “milagrosamente”, ele mandava e desmandava naquela empresa que nunca existiu de fato;

- a empresa Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda, mais tarde transformada em Locmil Locação de Veículos Ltda, nunca existiu de fato. Tal situação também se verifica em relação à empresa Sena Motors Ltda - ME. Conclui não ser razoável aceitar que essas empresas, criadas tão somente com intuito de enganar o Fisco, possam estar, de fato, transacionando com outras empresas. A confusão existente e a não contabilização dos verdadeiros fatos, por si só, comprovam que a empresa deliberadamente negociava na verdadeira sociedade (empresa autuada) sem documentação fiscal e recebia tais vendas por meio de outras empresas. Ato contínuo, faziam-se transferências entre si e contabilizava-se tudo no “caixa” de outra empresa;

- explica que tão somente seguiu o roteiro fiscal e legal de “suprimento indevido de caixa” sem comprovação de origem ou “de fonte duvidosa ou ainda sem a prova efetiva e correta dos atos negociais”. E de todos esses fatos, por presunção legal, considera-se a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal;

- se fosse possível admitir que os documentos juntados pela Defesa justificassem o suprimento do caixa, ainda assim não restariam comprovados que os supostos lançamentos relativos a empréstimos estariam ainda hoje “em aberto ou a descoberto no passivo da empresa”. Entende que esse novo fato caracterizaria o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

chamado passivo fictício, cujo efeito é igual ao suprimento indevido de caixa, nos termos do §3º do art. 194 do RICMS/02;

- as (02) duas situações (recurso não comprovado na “conta caixa” e passivo fictício) levam à presunção legal de saída de mercadoria ou prestação de serviços tributáveis e não acobertadas de documento fiscal;

- conclui que a tentativa do contribuinte em justificar tais lançamentos trouxe mais robustez e certeza ao trabalho fiscal.

Pois bem, conforme já mencionado, foram juntados aos autos, também, os documentos de fls. 2.000/2.007 (comprovantes de TEDs - transferências de valores de conta corrente da empresa Sena Motors Ltda - ME e Construtora Rodrigues Pereira Ltda para a empresa autuada).

As transferências entre contas bancárias para a Autuada foram realizadas nas seguintes datas e valores:

data	valor	histórico extratos	Planilha (fls.) contas bancárias não contabilizadas
16/01/12	48.590,35	TED transf. eletrônica disponível	1724
17/01/12	12.846,00	TED transf. eletrônica disponível	1724
10/02/12	102.619,50	TED diferente titularidade CNPJ 10.834.956/0001-42 (Sena Motors)	1726
02/03/12	11.700,00	TED transf. eletrônica disponível	1727
13/03/12	58.200,00	TED diferente titularidade CNPJ 10.834.956/0001-42 (Sena Motors)	1728
23/03/12	11.500,00	TED transf. eletrônica disponível	1728
13/04/12	41.000,00	TED diferente titularidade CNPJ 10.834.956/0001-42 (Sena Motors)	1729
24/04/12	12.000,00	TED Sena Motors	1730
01/06/12	28.508,00	TED Sena Motors	1731
08/08/12	25.000,00	TED Sena Motors	1734
08/08/12	25.000,00	refere-se à TED anterior	-
13/08/12	25.000,00	TED transf. eletrônica disponível	1735
13/08/12	28.712,33	TED Sena Motors	1735
02/10/12	21.365,00	TED Sena Motors	1738
31/10/12	14.000,00	TED Sena Motors	1739
26/12/12	16.500,00	TED transf. eletrônica disponível	1742

Posteriormente, foram juntados, pela Impugnante, os documentos de fls. 2.018/2.026 (comprovantes de transferência entre contas bancárias da empresa autuada e entre contas bancárias das empresas Sena Motors Ltda e Bruno Rodrigues C P Cia Ltda). Examine-se:

comprovantes (fls.)	data	valor	titularidade da conta debitada (conta de origem)	conta creditada (titularidade)	histórico extratos	Planilha (fls.) contas bancárias não contabilizadas
2018	24/10/12	12.500,00	Talube Comercial Ltda	Talube Comercial Ltda	TED transf. eletrônica disponível	1739
2019	27/08/12	30.000,00	Talube Comercial Ltda	Talube Comercial Ltda	TED transf. eletrônica disponível	1735
2020	20/07/12	8.500,00	Talube Comercial Ltda	Talube Comercial Ltda	TED transf. eletrônica disponível	1733
2021	27/07/12	13.500,00	Bruno Rodrigues C P Cia Ltda	Talube Comercial Ltda	TED transf. eletrônica disponível	1734
2022	12/11/12	7.500,00	Sena Motors Ltda	Talube Comercial Ltda	TED Sena Motors	1740
2023	12/09/12	20.000,00	Sena Motors Ltda	Talube Comercial Ltda	TED Sena Motors	1736
2024	22/06/12	7.000,00	Bruno Rodrigues C P Cia Ltda	Talube Comercial Ltda	TBI 30.89.19024-7	1732
2025	15/10/12	5.000,00	Bruno Rodrigues C P Cia Ltda	Talube Comercial Ltda	TBI 30.89.19024-7	1738
2026	28/05/09	80,00	Bruno Rodrigues C P Cia Ltda	Talube Comercial Ltda	TBI 30.89.19024-7	1710

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que os comprovantes de transferências bancárias acostados às fls. 2.018/2.020 retratam que os valores a eles relativos, os quais foram depositados em conta bancária da Autuada, são provenientes de contas bancárias desta.

Constata-se, também, que a conta bancária da Autuada de origem desses recursos (Banco Itaú – conta corrente 60701190/agência 341) não se encontra escriturada, conforme se constata no livro Razão Analítico do exercício de 2012 (fls. 941).

E, por esse motivo, tais documentos juntados aos autos pela Autuada (fls. 2.018/2.020) não comprovam que os referidos ingressos de recursos não se referem a recebimento de vendas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Não afastando, pois, a presunção legal de saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal.

No tocante às microfilmagens de cheques e comprovantes de TEDs, acostados aos autos pela Impugnante, com intuito de comprovar que eles se referem a empréstimos à Autuada pelos sócios, por meio de transferências de recursos financeiros de empresas que estes participam ou participaram, constata-se que parcela desses documentos comprovam a origem dos recursos depositados em conta bancária da Autuada e por isso devem ser excluídas as exigências fiscais.

Sobre essas transferências de recursos financeiros para a conta bancária da Autuada, verifica-se que a Fiscalização sustenta que as empresas Sena Motors Ltda - ME e Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda foram constituídas pela Autuada para receber os recursos financeiros oriundos de vendas de mercadoria por ela efetuadas sem acobertamento fiscal, baseando-se nos referidos bloqueios da inscrição estadual dos estabelecimentos. E, assim, conclui a Fiscalização que esses recursos financeiros depositados nas contas bancárias da Autuada referem-se a recebimento de vendas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal efetuadas pela empresa autuada.

Entretanto, essa assertiva fiscal de que as contas bancárias das referidas empresas recebiam recursos financeiros relativos a vendas promovidas pela Autuada sem acobertamento fiscal depende de comprovação por parte da Fiscalização, por se tratar de uma presunção *hominis*.

Destaca-se que a Fiscalização afirma que a empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda nunca existiu de fato. Contudo, não há nos autos elementos suficientes a corroborar tal acusação, inclusive tal empresa teve sua inscrição estadual reativada em 23/02/15, conforme constou no parecer da Assessoria.

Ademais, as transferências de valores comprovadamente originadas de contas bancária das empresas Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda e Sena Motors Ltda - ME ocorreram no exercício de 2012, antes dos bloqueios das inscrições estaduais dos estabelecimentos que ocorreram em 19/03/13 e 09/10/13, respectivamente.

Portanto, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V (fls. 1.701/1.742) para os quais se comprovou que a origem dos depósitos/transferências bancárias são provenientes dos sócios da empresa autuada à época dos fatos, inclusive quando as transferências de recursos originaram-se das empresas Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda. (Locmil

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Locação de Veículos Ltda.) e Sena Motors Ltda - ME, cujos comprovantes constam às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1940 a 1953, 1955, 2.000 a 2.007, 2021 a 2.025.

Verifica-se que essa exclusão de exigências fiscais ocorrerá somente em relação a transferência de recursos efetuadas pelos sócios da empresa autuada os quais constavam no quadro social desta à época dos fatos geradores, inclusive quando as transferências bancárias para a Autuada originaram-se das empresas acima mencionadas (comprovantes das transferências bancárias colacionados às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1940 a 1953, 1955, 2.000 a 2.007, 2021 a 2.025).

No tocante aos demais recursos não comprovados constantes das contas bancárias da Autuada, corretas as exigências fiscais, uma vez que a Impugnante não elidiu a acusação fiscal em comento por meio da anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea da escrituração dos pagamentos dos ditos empréstimos. Como assim não agiu, aplica-se ao caso presente o disposto no art. 136 do RPTA, *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 desacompanhada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Não fazendo prova inequívoca de que os recursos que ingressaram em conta bancária da empresa autuada, cuja origem não foi comprovada, sejam oriundos de empréstimos dos sócios, como defendido pela Autuada, aplica-se ao caso o disposto no art. 42, § 1º da Lei Federal nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º Os valores das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

Não há reparos a fazer no lançamento em relação à alíquota adotada para apuração do imposto, a qual se encontra prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à alegação da Defesa de que a Fiscalização desconsiderou as operações que se realizaram para outras unidades da Federação, vale destacar que em se tratando de irregularidade de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal amparada no disposto no § 2º do art. 49 da Lei nº 6.763/75, salvo se o contribuinte especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente, o que não ocorreu no caso em exame, deve ser adotada a alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo respectiva, conforme dispõe o § 71 do art. 12 da Lei nº 6.763/75 c/c o §1º do art. 144 do CTN, que assim dispõe:

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente; (grifos acrescidos).

Assim, correta a adoção da alíquota do ICMS no percentual de 18% (dezoito por cento), no caso vertente.

Também se equivoca a Autuada quando alega que houve erro na data de vencimento da obrigação tributária constante no demonstrativo do crédito tributário (último dia do mês autuado), tendo em vista que a Fiscalização observou o disposto no inciso I do art. 89 do RICMS/02, o qual determina:

Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Por fim, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco como tangenciado pela Defesa, em se tratando de multas que estão previstas na legislação estadual, efetivadas nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75, a qual se encontra este Conselho de Contribuintes adstrito em seus julgamentos, conforme dispõe o art. 182 da referida lei.

No que se refere ao pleito da Defesa de aplicação do permissivo legal, registra-se que a infração resultou em falta de pagamento de imposto, o que impede a sua aplicação, nos termos do art. 53, § 5º, item 3 da Lei nº 6.763/75. Examine-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3. em que a infração tenha sido praticada com dolo **ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.** (Grifos acrescidos).

Diante do exposto, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 08/03/16, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.830/1.839 e, ainda, para:

1) cancelar todas as exigências relacionadas ao período compreendido entre 2009 e 2011;

2) que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta “Caixa”, sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês autuado em cada exercício;

3) excluir as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V (fls. 1.701/1.742) para os quais se comprovou que a origem dos depósitos/transferências bancárias são provenientes dos sócios da empresa autuada à época dos fatos geradores, inclusive quando as transferências de recursos originaram-se das empresas Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda. (Locmil Locação de Veículos Ltda.) e Sena Motors Ltda. – ME, cujos comprovantes constam às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1.940 a 1.953, 1.955, 2.000 a 2.007, 2.021 a 2.025.

Vencidos, em parte, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Relator), que mantinha as exigências relacionadas ao período compreendido entre 2009 e 2011 com os ajustes dos itens 2 e 3 e, José Luiz Drumond que não excluía, ainda, as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V. Designada relatora a Conselheira Andréia Fernandes da Mota (Revisora). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves e, pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dra. Bárbara Melo Carneiro. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 09 de março de 2016.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**

**Andréia Fernandes da Mota
Relatora designada**

CC/CMG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.946/16/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000201065-97	
Impugnação:	40.010134930-86	
Impugnante:	Talube Comercial Ltda - EPP	
	IE: 261855880.00-50	
Proc. S. Passivo:	Bárbara Melo Carneiro/Outro(s)	
Origem:	DF/Divinópolis	

Voto proferido pelo Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Destaca-se que este Conselheiro restou vencido em relação ao voto vencedor quanto à exclusão das exigências relacionadas ao período compreendido entre 2009 e 2011, pelos fundamentos a seguir aduzidos.

Relembra-se que a Impugnante sustentou que a Fiscalização tipificou incorretamente a infração por não ter levado em conta que nos exercícios de 2009 a 2011 a empresa autuada estava enquadrada no regime do Simples Nacional, não tendo sido citados os dispositivos legais infringidos em relação a tal regime.

Contudo, como bem destacado no Parecer da Assessoria deste Conselho de Contribuintes, o presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos nos arts. 85 e 89 do RPTA, bem como ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Ressalta-se que o fato de não constar na relação dos dispositivos infringidos artigos da Lei Complementar nº 123/06 não macula o presente lançamento, uma vez que não se aplica ao contribuinte optante pelo Simples Nacional as regras constantes em tal regime nas operações desacobertas de documento fiscal, conforme dispõe o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “F” da referida lei. Examine-se:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§1º recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Outrossim, as exigências fiscais referentes à constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal independem da exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Além disso, assim estabelece o RPTA (Decreto nº 44.747/08), em seu art. 92:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

Parágrafo único. Verificada a insubsistência ou vício não sanável do Auto de Infração ou Notificação de Lançamento, antes da intimação do sujeito passivo, a autoridade incumbida do controle de qualidade determinará a reformulação parcial ou total do crédito tributário.

Ressalta-se que o Poder Judiciário, em situações semelhantes, tem se pronunciado no mesmo sentido do citado art. 92 do RPTA. Do mesmo modo o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Confira-se a jurisprudência sobre o tema:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. OMISSÃO DE REQUISITO. 1) PERFAZENDO-SE O ATO NA INTEGRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS RECLAMADOS PARA A VALIDADE DA CERTIDÃO, HÁ QUE ATENTAR-SE PARA A SUBSTÂNCIA E NÃO PARA OS DEFEITOS FORMAIS QUE NÃO COMPROMETEM O ESSENCIAL DO DOCUMENTO TRIBUTÁRIO. 2) INVOCAÇÃO IMPERTINENTE DO ART-203 DO CTN, EIS QUE, A PAR DA COMPLETEDE DO TÍTULO, INEXISTIU PREJUÍZO PARA A DEFESA, QUE SE EXERCITOU PLENAMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DENEGADO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AI 81681 AGR/MG. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO RELATOR: MIN. RAFAEL MAYER JULGAMENTO: 24/02/1981. ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA PUBLICAÇÃO: DJ DATA-27-03-81 PG-02535 EMENT VOL-01205-01 PG-00339. VOTAÇÃO UNÂNIME. RESULTADO IMPROVIDO.) (GRIFOU-SE.)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO PARA PAGAMENTO DE SALÁRIOS. 1. A ERRÔNEA CAPITULAÇÃO NÃO INUTILIZA O AUTO DE INFRAÇÃO QUANDO OS FATOS ESTIVEREM DEVIDAMENTE NARRADOS, DE VEZ QUE O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTUADO SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA AUTUAÇÃO.
(APELAÇÃO CIVEL PROCESSO: 9304456339. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - QUARTA REGIÃO. QUINTA TURMA DATA DA DECISÃO: 14/12/1995. RELATOR(A): JUIZA LUIZA DIAS CASSALES. DECISÃO: UNANIME.) (GRIFOU-SE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO: EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CARTÓRIO DE NOTAS. MULTA PREVIDENCIÁRIA. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. FALTA DE CERTIDÃO NEGATIVA. EMBARGOS. IMPROCEDÊNCIA.(...) IV - A CAPITULAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA DA INFRAÇÃO PERPETRADA É IRRELEVANTE, POSTO QUE A EMBARGANTE DEFENDE-SE DOS FATOS, NÃO HAVENDO SE FALAR EM PREJUÍZO OU NULIDADE NO CASO SUB EXAMEN.(APELAÇÃO CIVEL - 324501. RELATOR: JUIZ ARICE AMARAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TERCEIRA REGIÃO. SEGUNDA TURMA DECISÃO: A SEGUNDA TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO DO INSS E À REMESSA OFICIAL. DATA DA DECISÃO: 30/10/2001.) (GRIFOU-SE.)

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO- A MENÇÃO INCORRETA NA CAPITULAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO OU MESMO A SUA AUSÊNCIA, NÃO ACARRETA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANDO A DESCRIÇÃO DOS FATOS DAS INFRAÇÕES NELE CONTIDA É EXATA, POSSIBILITANDO AO SUJEITO PASSIVO DEFENDER-SE DE FORMA AMPLA DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. NÚMERO DO RECURSO: 121753. CÂMARA: OITAVA CÂMARA. NÚMERO DO PROCESSO: 10480.010570/97-11. DATA DA SESSÃO: 14/09/2000 00:00:00 RELATOR: MARCIA MARIA LORIA MEIRA. DECISÃO: ACÓRDÃO 108-06235. RESULTADO: RPU - REJEITAR PRELIMINAR POR UNANIMIDADE. TEXTO DA DECISÃO: POR UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, PARA CANCELAR AS EXIGÊNCIAS DO IRPJ E DO IR FONTE.) (GRIFOU-SE.)

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - A CAPITULAÇÃO LEGAL INCOMPLETA DA INFRAÇÃO OU MESMO A SUA AUSÊNCIA NÃO ACARRETA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANDO A DESCRIÇÃO DOS FATOS NELE CONTIDA É EXATA, POSSIBILITANDO AO SUJEITO PASSIVO DEFENDER-SE DE FORMA DETALHADA DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. NÚMERO DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECURSO:119488. CÂMARA: OITAVA CÂMARA. NÚMERO DO PROCESSO: 10640.001167/97-11. TIPO DO RECURSO: VOLUNTÁRIO. DATA DA SESSÃO: 18/08/99. RELATOR: TÂNIA KOETZ MOREIRA. DECISÃO: ACÓRDÃO 108-05828. RESULTADO: DPPM - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR MAIORIA. TEXTO DA DECISÃO: POR UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITAR AS PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS E, NO MÉRITO, POR MAIORIA DE VOTOS, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, PARA: 1) AFASTAR DA TRIBUTAÇÃO (IRPJ E OUTROS) AS MATÉRIAS RELATIVAS AOS ITENS 2 E 3 DO RELATÓRIO FISCAL DE FLS. 44/53, VENCIDOS OS CONSELHEIROS NELSON LÓSSO FILHO E MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR QUE MANTINHAM A TRIBUTAÇÃO; 2) DA MATÉRIA REMANESCENTE: A) CONSIDERAR COMO BASE DE CÁLCULO DO IRPJ 50% DAS RECEITAS CONSIDERADAS OMITIDAS, AJUSTANDO-SE A EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/REPIQUE; B) CONSIDERAR COMO BASE DE CÁLCULO DA CSL 10% DAS RECEITAS OMITIDAS; 3) CANCELAR A EXIGÊNCIA DO IR-FONTE.) (GRIFOU-SE.)

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - A FALTA DE MENÇÃO NA CAPITULAÇÃO LEGAL DA INFRAÇÃO OU MESMO A SUA AUSÊNCIA, NÃO ACARRETA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANDO A DESCRIÇÃO DOS FATOS DAS INFRAÇÕES NELE CONTIDA É EXATA, POSSIBILITANDO AO SUJEITO PASSIVO DEFENDER-SE DE FORMA DETALHADA DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. NÚMERO DO RECURSO:119921. CÂMARA: OITAVA CÂMARA. NÚMERO DO PROCESSO: 10768.018734/98-50. TIPO DO RECURSO:VOLUNTÁRIO. DATA DA SESSÃO: 15/03/2000 RELATOR: MARCIA MARIA LORIA MEIRA. DECISÃO: ACÓRDÃO 108-06045. DECISÃO: POR UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, PARA: 1) EXCLUIR DA INCIDÊNCIA DO IRPJ, DA CSL E DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL A IMPORTÂNCIA DE CR\$ 3.024.382,95; 2) CANCELAR A EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS; 3) REDUZIR A MULTA DE OFÍCIO DE 225% PARA 75%). (GRIFOU-SE.)

Outrossim, verifica-se que o Sujeito Passivo compreendeu a acusação fiscal completa e irrestritamente, conforme se constata pelas defesas apresentadas, que abordam, minuciosamente, todos os aspectos relacionados com as operações objeto da autuação.

Vale dizer, na mesma linha do entendimento jurisprudencial acima reproduzido, que a capitulação legal incompleta da infração ou mesmo a sua ausência não acarreta nulidade do auto de infração, sequer a improcedência das exigências fiscais, quando a descrição dos fatos nele contida é exata, possibilitando ao sujeito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

passivo defender-se de forma detalhada das imputações que lhe foram feitas, o que, repita-se, ocorreu no caso em tela.

Assim, estando presentes no lançamento todos os requisitos e pressupostos necessários a sua formalização, afasta-se o argumento defensivo em testilha.

Inclusive foi pleito da Impugnante a aplicação das disposições contidas no art. 39, §2º da Lei Complementar nº 123/06 para apuração do imposto exigido.

Contudo, diferentemente do entendimento externado pela Autuada, ao caso dos autos **não** se aplica o disposto no art. 39, §2º da Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(...)

§ 2º No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal. (Grifos acrescidos).

É que a norma ínsita no parágrafo mencionado aplica-se às omissões de receita relativas à falta de informação nas declarações do Simples Nacional de receita de vendas que foram devidamente acobertadas por documentação fiscal.

As omissões de receita, para as quais não houve emissão de documentação fiscal, como no caso em exame, devem ser tributadas na forma da legislação estadual que dispõe sobre o ICMS (tributação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional), nos exatos termos do que dispõe o já mencionado art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, acima reproduzido, e também a Resolução do CGSN – Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/11, *in verbis*:

Da Omissão de Receita

Art. 82. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)

(...)

§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de

serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º) (Grifos acrescidos)

O entendimento, ora externado, quanto à aplicação do art. 13, §1º, inciso XIII, alínea "f" em detrimento ao disposto no art. 39, §2º, ambos da Lei Complementar nº 123/06, em relação às saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal promovidas pelos optantes do Simples Nacional, consta em vários estudos doutrinários sobre o tema, entre os quais se destacam:

Omissão de receita por optante pelo SIMPLES-tributação fora do regime

Michel Scapini de Carvalho Auditor Fiscal da Receita Estadual / Rio de Janeiro

Os contribuintes optantes pelo Simples Nacional devem pagar, fora do regime, ICMS sobre operações de saída sem documento fiscal ou com omissões de receitas.

(...)

20/03/2014 - Omissão de receita por optante pelo Simples - tributação fora do regime

(...)

2 – TRIBUTAÇÃO DO ICMS NO ÂMBITO DO SIMPLES NACIONAL

Quando há omissão de receitas tributáveis, no que se refere ao procedimento de apuração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional –, instituído pela Lei Complementar (LC) 123/06, têm surgido dúvidas acerca do procedimento a ser adotado.

(...)

Com o fito de extinguir a primeira indagação, devem ser notadas as disposições elencadas pelo legislador federal (LC 123/06, art. 13, §1º, inc. XIII, alíneas "e" e "f") acerca do tema, como a seguir reproduzidas, verbis:

(...)

Assim, como consignado pelo legislador, as omissões

de receitas, como as ocasionadas por não emissão de documentação fiscal, são circunstâncias que afastam completamente a incidência do regime. Vale dizer, não há que se falar em aplicação do Simples Nacional na presença de omissão de receitas.

(...)

O Simples Nacional, regido pela LC 123, é regime que dá tratamento diferenciado e simplificado a micro e pequenas empresas no que diz respeito a oito tributos elencados nos incisos do art. 13 da norma.

Este ponto deve ser frisado para a correta compreensão da norma.

O Simples Nacional não tem o condão de regular todas as relações jurídicas que afetem os optantes do regime. Não existe um direito penal especial destinado exclusivamente aos optantes do Simples, não existe um direito civil especial. De forma diversa, o regime diferenciado trata apenas de matéria tributária, e mesmo assim apenas no que diz respeito aos tributos inseridos no regime, expressamente ressalvando o legislador, como já indicado, no caput do §1º do art. 13, que em relação à tributação que está fora do regime – também expressamente indicada nos incisos do mesmo §1º – deve ser observada a legislação ordinária. Esta, inclusive, é a própria dicção do §1º indicado, como segue, verbis:

“§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:” (grifei)
A seu turno, o CGSN é órgão criado pela LC 123 e que tem como atribuição regular as relações jurídicas abrangidas pelo regime. Vale dizer, regular as disposições acerca da tributação sujeita ao Simples Nacional.

(...)

Ocorre que, além de o fazer integralmente em relação a todos os tributos não elencados nos incisos I a VIII de seu art. 1, a LC 123 também exclui, agora parcialmente, da incidência do microsistema jurídico Simples Nacional, as hipóteses constantes dos incisos XIII e XIV do mesmo §1º do art. 13, em relação ao ICMS e ao ISS.

Ou seja, não há falar em aplicação do Simples a estas hipóteses, assim como não há falar em relação ao IPTU, ao IPVA, ou a qualquer outro tributo excluído do

regime, quando deverá ser observada a legislação aplicável aos demais contribuintes.

Ora, se, como demonstrado, estas hipóteses estão fora do regime, por consectário direto estão igualmente fora do âmbito de regulação do CGSN, que, repita-se, tem sua atuação circunscrita ao Simples Nacional, por expressa previsão da norma que o criou.

Fica claro então que as hipóteses elencadas no §1º do art. 13, por estarem fora do Simples, não estão sujeitas à regulação do CGSN, não estão sujeitas a formalidades específicas que sejam criadas para serem aplicadas às hipóteses de incidência sujeitas ao Simples.

(...)

Argumentação vestigial ainda busca, por via indireta, sustentar que a previsão constante do art. 39, §2º, da LC 123/06 ensejaria a cobrança das omissões de receita ora analisadas por dentro do regime.

Ora, além de afrontar disposições diretas da lei que rege o microssistema, como exaustivamente apontado, a tese é facilmente afastada ao se notar que o dispositivo trata das exações constituídas dentro do regime, sem afastar as de competência dos entes estadual e municipal.

Assim, diante de omissões de receita, e, por conseguinte, da incidência das respectivas penalidades por fora do regime, isto por expressa determinação da Lei, pode subsistir ainda penalidade adicional concernente ao regime, pois o optante poderia ter se alocado em faixa de enquadramento indevida, o que, dentro do Simples, o sujeita à penalidade própria. Neste caso, a exação que fosse constituída dentro do regime observaria o regramento previsto no indigitado §2º do art. 39, em tudo se mantendo a coerência com o explicitado na lei que regula o regime simplificado.

Finalmente, no que tange à análise da possibilidade de atuação autônoma em relação ao processo de desenquadramento do regime, a ser efetuado por órgão competente, é de se notar que a resposta positiva a este questionamento é imediata, pela previsão da já analisada alínea “f” do inciso XIII, do § 1º, do artigo 13, da LC nº 123/06, que exclui completamente do regime as infrações em apreço.

3 – CONCLUSÃO

Diante destas considerações, no caso em apreço (omissões de receitas/saídas dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional por operação sem documentação fiscal), a tributação do ICMS deverá ser feita segundo a regra expressa constante o inciso XIII do §1º do art. 13 da LC 123/06, ou seja, fora do regime. (Grifos foram acrescentados).

Disponível em:

<http://www.sinescontabil.com.br/news/print.php/2014/03/19/19-03-2014-omiss-o-de-receita-por-optante-pelo-simples-tributa-o-fora-do-regime.phtml>

As omissões de receita/saídas e a tributação do ICMS das empresas optantes pelo SIMPLES Nacional

Coloca-se a questão da tributação das micro e pequenas empresas quando se constata omissão de receitas/saídas. O fisco deve exigir o ICMS relativo a estas operações observando a tributação do Simples Nacional ou de acordo com as normas gerais aplicáveis a todas as demais pessoas jurídicas?

(...)

A questão que se coloca, em relação ao ICMS, é relativa à tributação das empresas do Simples Nacional quando se constata omissão de receitas/saídas. O Fisco deve exigir o ICMS relativo a estas operações observando a tributação do Simples Nacional ou de acordo com as normas gerais aplicáveis a todas as demais pessoas jurídicas?

É o que passaremos a tratar de agora em diante.

Apenas para efeito de registro, o presente artigo tomará como parâmetro a Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, a qual regulamenta o Simples Nacional e que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2012. Além disso, para caracterizar as omissões de receita/saídas, utilizaremos a legislação que autoriza a presunção deste tipo de omissão relativamente às informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito.

2 – TRIBUTAÇÃO DO ICMS NO ÂMBITO DO SIMPLES NACIONAL

Como dito anteriormente, o ICMS, tributo de competência estadual, está incluído na sistemática do Simples Nacional.

Em regra, portanto, os contribuintes do ICMS optantes pelo Simples Nacional pagarão este imposto de acordo com as regras estabelecidas por esta sistemática favorecida, diferenciada e simplificada.

É o que estabelece o art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. Vejamos:

(...)

Mais adiante, o § 1º do mesmo art. 13 acima citado determina a aplicação da tributação normal em relação aos tributos do Simples Nacional, ICMS inclusive. Nestes casos, os contribuintes serão tributados de acordo com as normas a que estão submetidas as demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional. É o que segue:

(...)

Em casos específicos e determinados, portanto, as empresas optantes pelo Simples Nacional estão sujeitas à tributação do ICMS pela forma normal.

(...)

4 - AS OMISSÕES DE RECEITAS/SAÍDAS E A TRIBUTAÇÃO DO ICMS DAS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL

Analisaremos, a partir de agora, a possibilidade de aplicação da tributação prevista na legislação do ICMS dos Estados e do Distrito Federal (tributação normal), em detrimento da sistemática prevista para o Simples Nacional, nos casos em que se constate omissão de receitas/saídas por contribuinte microempresa e empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional.

De se destacar que, uma vez excluído da sistemática de tributação diferenciada, favorecida e simplificada, o contribuinte optante pelo Simples Nacional deverá se submeter às regras normais de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

É o que estabelece o art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

"Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas."

Significa dizer que o imposto e as penalidades decorrentes deverão ser exigidos conforme preceitua a legislação estadual aplicável, a partir da data dos efeitos da exclusão do Simples Nacional.

Não há, por conseguinte, qualquer dúvida a respeito desta situação.

No entanto, situações outras existem que, mesmo sem aplicação da exclusão do Simples Nacional, o contribuinte se submete às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. É o que dispõe o art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006, anteriormente citado.

Cabe, então, investigar se a omissão de receitas/saídas é situação excluída da tributação na forma do Simples Nacional e sujeita à regra geral de tributação.

Este é, em verdade verdadeira, o fato sobre o qual nos debruçaremos, visto haver divergência de entendimentos.

A Resolução CGSN nº 94, de 2011, determina o seguinte:

"Art. 83. No caso em que a ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 2º)

"Art. 84. Constitui infração, para os fins desta Resolução, toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou EPP optante que importe

em inobservância das normas do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 33, § 4º)

"Art. 85. Considera-se também ocorrida infração quando constatada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 33, § 4º)

I – omissão de receitas;

II – diferença de base de cálculo;

III – insuficiência de recolhimento dos tributos do Simples Nacional.

"Art. 86. Aplicam-se aos tributos devidos pela ME e pela EPP, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 35)

Art. 129. Enquanto não disponibilizado o Sefisc, deverão ser utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado, observado o disposto nos arts. 125 e 126. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

(...)

§ 2º A ação fiscal e o lançamento serão realizados tão-somente em relação aos tributos de competência de cada ente federativo.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a apuração do crédito tributário deverá observar as disposições da Seção IV do Capítulo II do Título I, relativas ao cálculo dos tributos devidos. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, caput e §§ 5º a 5º-G; art. 33, § 4º)

(...)"

De acordo com as regras previstas nesta Resolução CGSN nº 94, de 2011, a omissão de receitas/saídas deverá ser tributada na forma do Simples Nacional. Em outras palavras, para fins de cálculo do imposto e multa devidos pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverão ser observadas as alíquotas do ICMS previstas nos anexos I ou II da Lei Complementar nº 123, de

2006 (entre 1,25% e 3,95%, de acordo com a faixa de receita bruta), e as penalidades previstas na legislação do imposto de renda.

Este é o entendimento a que se chega analisando a referida Resolução CGSN.

D'outro norte, a Lei Complementar nº 123, de 2006, norma que serve de fundamento para todas as resoluções editadas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, estabelece o seguinte:

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

XIII – ICMS devido:

(...)

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

"Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional."

Nesta primeira parte, cumpre destacar que a aquisição ou manutenção e as operações com mercadorias desacobertadas de documentação fiscal estão sujeitas à tributação normal do ICMS, ainda que o contribuinte seja optante pelo Simples Nacional.

Aliado a isso, aplica-se ao contribuinte do Simples Nacional a presunção de omissão de receita

prevista na legislação estadual ou distrital que institui o ICMS.

No caso específico do Estado de Alagoas, a Lei nº 5.900, de 27 de dezembro de 1996.

Diante disso, vejamos o que preceitua a citada Lei nº 5.900, de 1996, para o caso ora em análise:

"Art. 2º

Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

§ 9º Presumem-se ocorridas operações ou prestações, internas, tributadas, sem pagamento do imposto, ressalvada ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção, quando se constatar omissão ou inclusão de registros contábeis ou fiscais que indique omissão de receitas, tais como:

(...)

V - valores informados por instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito e de débito, condomínios comerciais ou outra pessoa jurídica legalmente detentora de informações financeiras, sem a respectiva emissão de documentos fiscais ou tendo sido estes emitidos com valores inferiores aos informados;

(...)" (grifo nosso)

Conclui-se do dispositivo que, se o Fisco constatar que em relação aos valores declarados pelas administradoras de cartão de crédito/débito não foram emitidos os respectivos documentos fiscais, ou tais documentos acobertam apenas parte dos valores informados, ter-se-á a presunção de omissão de receita/saídas tributadas em relação à diferença.

Ora, se a presunção é de omissão de receita/saída sem a emissão do documento fiscal, a operação deve ser tributada segundo a regra aplicável ao demais sujeitos passivos, conforme estabelece a alínea "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006, não se sujeitando à tributação na forma do Simples Nacional.

Neste contexto, temos duas possibilidades de interpretação das omissões de receitas/saídas dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Na primeira hipótese, a tributação e a penalidade devem respeitar as regras do Simples Nacional, conforme estabelecido no art. 86 da Resolução CGSN nº 94, de 2011. Na segunda hipótese, a tributação e a penalidade devem ser de acordo com legislação estadual, especificamente a Lei nº 5.900, de 1996 (do Estado de Alagoas), de acordo com o previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006.

De se deixar claro, por oportuno, que a aplicação da regra prevista no art. 86 da Resolução CGSN nº 94, de 2011 (tributação e penalidade na forma do Simples Nacional), traz inegável benefício para a microempresa e empresa de pequeno porte. Os valores exigidos seriam consideravelmente reduzidos, se comparados à aplicação da legislação estadual para o caso.

Como todas as normas acima apresentadas são válidas no sistema jurídico tributário brasileiro, devemos trazer à baila a melhor interpretação para o aparente conflito de normas.

Dentro deste contexto, temos as seguintes situações para a omissão de receita: a um, o contribuinte emite a nota fiscal relativa à operação, mas não oferece (omite) esta receita à tributação, deixando de informá-la no PGDAS e de declará-la na DASN; a dois, o contribuinte não emite a nota fiscal relativa à operação, porém oferece esta receita à tributação, informando-a no PGDAS e declarando-a na DASN; a três, o contribuinte não emite a nota fiscal relativa à operação, assim como não oferece (omite) esta receita à tributação, deixando de informá-la no PGDAS e de declará-la na DASN.

Para as situações acima, apresentam-se as seguintes perspectivas:

(i) as omissões de receita (falta de informação no PGDAS e de declaração na DASN) com emissão de nota fiscal devem ser tributadas na forma do Simples Nacional, nos estritos termos da Resolução CGSN nº 94, de 2011 (tributação na forma do Simples Nacional);

(...)

(iii) as omissões de receita (falta de informação no PGDAS e de declaração na DASN) sem emissão de nota fiscal devem ser tributadas na forma da legislação estadual ou distrital; em Alagoas, a Lei nº 5.900, de 1996 (tributação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional).

5 – CONCLUSÕES

Diante destas considerações, no caso em apreço (omissões de receitas/saídas dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional), a tributação do ICMS deverá ser feita da seguinte forma:

a) as omissões de receita (falta de informação no PGDAS e de declaração na DASN) com emissão de nota fiscal devem ser tributadas na forma do Simples Nacional, nos estritos termos da Resolução CGSN nº 94, de 2011 (tributação na forma do Simples Nacional);

(...)

c) as omissões de receita (falta de informação no PGDAS e de declaração na DASN) sem emissão de nota fiscal devem ser tributadas na forma da legislação estadual ou distrital que dispõe sobre o ICMS (tributação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional).

PEREIRA JÚNIOR, Jacque Damasceno. Omissões de receita/saídas e ICMS das empresas do SIMPLES Nacional. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3121, 17 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20872>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

O entendimento doutrinário acima externado foi adotado pela Segunda Câmara Recursal do E. Conselho de Contribuintes do Estrado do Piauí. Confira-se:

ACÓRDÃO Nº 008/2014

EMENTA:

I. ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONFRONTO ENTRE OS DADOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES E AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE AO FISCO.

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITA TRIBUTÁVEL. CONSTATAÇÃO DE DIVERGÊNCIAS QUE INDICAM FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDA E, POR CONSEQUENTE, OMISSÃO RELATIVA À ESCRITURAÇÃO DE OPERAÇÕES DE VENDA E AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO CABÍVEL.

MANUTENÇÃO INTEGRAL DA EXIGÊNCIA FISCAL

(...)

NO MÉRITO.

TRATA-SE DE OMISSÃO DE RECEITA ENVOLVENDO CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, CUJO LANÇAMENTO DECORREU DA CONSTATAÇÃO DE QUE OPERAÇÕES COM AS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES FORAM OMITIDAS NA ESCRITURAÇÃO (DIEF) DO CONTRIBUINTE, EVIDENCIANDO ESCRITURAÇÃO COM INDICAÇÃO DE VALORES DE VENDAS INFERIORES AOS INFORMADOS PELAS MESMAS.

(...)

A QUESTÃO QUE SE COLOCA, EM RELAÇÃO AO ICMS, É RELATIVA À TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL QUANDO SE CONSTATA OMISSÃO DE RECEITAS (OMISSÃO DE SAÍDAS). O FISCO DEVE EXIGIR O ICMS RELATIVO A ESTAS OPERAÇÕES DE MAIS PESSOAS JURÍDICAS?

É O QUE PASSAREMOS A TRATAR DE AGORA EM DIANTE.

(...)

EM CASOS ESPECÍFICOS E DETERMINADOS, PORTANTO, AS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL ESTÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO DO ICMS PELA FORMA NORMAL.

(...)

NO ENTANTO, SITUAÇÕES OUTRAS EXISTEM QUE, MESMO SEM APLICAÇÃO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, O CONTRIBUINTE SE SUBMETE ÀS NORMAS DE TRIBUTAÇÃO APLICÁVEIS ÀS DE MAIS PESSOAS JURÍDICAS. É O QUE DISPÕE O ART. 13 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, ANTERIORMENTE CITADO.

CABE, ENTÃO, INVESTIGAR SE A OMISSÃO DE RECEITAS/SAÍDAS É SITUAÇÃO EXCLUÍDA DA TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL E SUJEITA À REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO.

(...)

A RESOLUÇÃO CGSN Nº 94, DE 2011, DETERMINA O SEGUINTE:

"ART. 83. NO CASO EM QUE A ME OU A EPP OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL EXERÇA ATIVIDADES INCLUÍDAS NO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ICMS E DO ISS E SEJA APURADA OMISSÃO DE RECEITA DE QUE NÃO SE CONSIGA IDENTIFICAR A ORIGEM, A AUTUAÇÃO SERÁ FEITA UTILIZANDO A MAIOR DAS ALÍQUOTAS RELATIVAS À FAIXA DE RECEITA BRUTA DE ENQUADRAMENTO DO

CONTRIBUINTE, DENTRE AS TABELAS APLICÁVEIS ÀS RESPECTIVAS ATIVIDADES. (LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, ART. 39, § 2º)

(...)

ORA, SE A PRESUNÇÃO É DE OMISSÃO DE RECEITA/SAÍDA SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL, A OPERAÇÃO DEVE SER TRIBUTADA SEGUNDO A REGRA APLICÁVEL AOS DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS, CONFORME ESTABELECE A ALÍNEA "F" DO INCISO XIII DO § 1º DO ART. 13 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, NÃO SE SUJEITANDO À TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL.

NESTE CONTEXTO, TEMOS DUAS POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO DAS OMISSÕES DE RECEITAS/SAÍDAS DOS CONTRIBUINTES OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL.

NA PRIMEIRA HIPÓTESE, A TRIBUTAÇÃO E A PENALIDADE DEVEM RESPEITAR AS REGRAS DO SIMPLES NACIONAL, CONFORME ESTABELECIDO NO ART. 86 DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94, DE 2011.

NA SEGUNDA HIPÓTESE, A TRIBUTAÇÃO E A PENALIDADE DEVEM SER DE ACORDO COM LEGISLAÇÃO ESTADUAL, ESPECIFICAMENTE A LEI Nº 4.257/89, DE ACORDO COM O PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº123, DE 2006.

CLARO QUE A APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 86 DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94, DE 2011 (TRIBUTAÇÃO E PENALIDADE NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL), TRAZ INEGÁVEL BENEFÍCIO PARA A MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. OS VALORES EXIGIDOS SERIAM CONSIDERAVELMENTE REDUZIDOS, SE COMPARADOS À APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL PARA O CASO.

COMO TODAS AS NORMAS ACIMA APRESENTADAS SÃO VÁLIDAS NO SISTEMA JURÍDICO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, DEVEMOS TRAZER À BAILA A MELHOR INTERPRETAÇÃO PARA O APARENTE CONFLITO DE NORMAS.

(...)

DIANTE DESTAS CONSIDERAÇÕES, NO CASO EM APREÇO (OMISSÕES DE RECEITAS/SAÍDAS DOS CONTRIBUINTES OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL), A TRIBUTAÇÃO DO ICMS DEVERÁ SER FEITA DA SEGUINTE FORMA:

A) AS OMISSÕES DE RECEITA (FALTA DE INFORMAÇÃO NO PGDAS E DE DECLARAÇÃO NA DASN) COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL DEVEM SER TRIBUTADAS NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL, NOS ESTRITOS TERMOS DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94, DE 2011 (TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL);

B) A FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM INFORMAÇÃO DA RECEITA OBTIDA NO PGDAS E DECLARAÇÃO NA DASN DEVE SER TRIBUTADA NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL, NOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESTRITOS TERMOS DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94, DE 2011 (TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL);

C) AS OMISSÕES DE RECEITA (FALTA DE INFORMAÇÃO NO PGDAS E DE DECLARAÇÃO NA DASN) SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL DEVEM SER TRIBUTADAS NA FORMA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL OU DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE O ICMS (TRIBUTAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL). NO CASO DOS AUTOS, O RELATÓRIO GERENCIAL GERADO PELO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA-SIAT CONSOLIDA AS INFORMAÇÕES ORIUNDAS DAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES, POR CNPJ E INSCRIÇÃO ESTADUAL, APONTANDO EM RELAÇÃO AO TOTAL DAS OPERAÇÕES CORRESPONDENTES VALORES MENSIS, O QUE PERMITE O CONFRONTO COM OS DADOS CONSTANTES NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE (LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS), INSERTOS NA DIF, CONSTITUINDO, PROVA DE QUE NÃO HOUE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTE ÀS DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES REGISTRADOS NA DIF/DASEN E OS INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO.

NO ESTADO DO PIAUÍ, PORTANTO, SE DEVE APLICAR A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PREVISTA NA LEI Nº 4.257/89, TENDO EM VISTA A CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA, SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS, DECORRENTE DA FALTA DE INFORMAÇÃO NO PGDAS E DE DECLARAÇÃO NA DASEN, COMO CONSTATADO PELA FISCALIZAÇÃO. ASSIM, A FALTA DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA SUJEITA O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DO IMPOSTO E DEMAIS ACRÉSCIMOS LEGAIS, PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

FRENTE AO EXPOSTO, VOTO PELO CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO, PARA MANTER A DECISÃO RECORRIDA E CONSIDERAR A AUTUAÇÃO PROCEDENTE.

É COMO VOTO.

DECISÃO DA SEGUNDA CÂMARA RECURSAL DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, EM SESSÃO REALIZADA EM 15 DE JANEIRO DE 2014, POR UNANIMIDADE, CONHECEU DO RECURSO E NEGOU-LHE PROVIMENTO PARA RATIFICAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E CONSIDERAR O AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

(...)

SALA DE SESSÕES DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO PIAUÍ, EM TERESINA (PI), 15 DE JANEIRO DE 2014. (GRIFOS ACRESCIDOS)

Em abono ao entendimento ora esposado, cita-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - TRIBUTÁRIO - ICMS - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - NÃO EFETIVAÇÃO - PAGAMENTO A MENOR - APLICABILIDADE DOS ARTS. 13, § 1º, XII, "F", 26 E 29 DA

LC 123/06 - EXCLUSÃO SIMPLES NACIONAL - INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. (...) **O ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL DEVE SER RECOLHIDO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS E NÃO SEGUNDO O REGIME DO SIMPLES NACIONAL.** (...) (TJMG - AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO 1.0024.12.259178-7/002, RELATOR(A): DES.(A) VERSIANI PENNA , 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 17/07/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 25/07/2014). (GRIFOS ACRESCIDOS).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - ICMS - SIMPLES NACIONAL - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ALÍQUOTA. 1. **EM QUE PESE SER A EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, O ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL DEVERÁ OBSERVAR A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS, NOS TERMOS DO ART. 13, §1º, XIII, F, DA LC 123/2006.** 2. RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.063969-5/001, RELATOR(A): DES.(A) ROGÉRIO COUTINHO, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 11/12/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 19/12/2014). (GRIFOS ACRESCIDOS).

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, §1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA. - **CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.** - PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA , 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/2013, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/2013). (GRIFOS ACRESCIDOS).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE -

ADOÇÃO DA ALÍQUOTA DE 18% (DEZOITO POR CENTO)
NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO –

CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL - SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS - AUTODENÚNCIA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - EXCEÇÃO REJEITADA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...) **VERSANDO A IMPUTAÇÃO SOBRE OPERAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL, TEM INCIDÊNCIA A ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 13, §1º, XIII, F, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006.**

- CONSTANDO DA AUTODENÚNCIA APRESENTADA PELO CONTRIBUINTE A CONFESSADA PROMOÇÃO DE SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, A INFIRMAÇÃO DO FATO, POR SUA PRÓPRIA NATUREZA, DEMANDA A DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

- O DESABRIGO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DA NECESSÁRIA DOCUMENTAÇÃO FISCAL NÃO SE VÊ AFASTADA PELA POSTERIOR OBTENÇÃO PELO FISCO DE INFORMAÇÕES ACERCA DAS MESMAS OPERAÇÕES JUNTOS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. RECURSO IMPROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0024.13.310770-6/001, RELATOR(A): DES.(A) CORRÊA JUNIOR, 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 21/01/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 31/01/2014). (GRIFOS ACRESCIDOS).

Do exposto, nos precisos termos do art. 13, §1º, inciso XIII, “f” da Lei Complementar nº 123/06, agiu com acerto a Fiscalização ao apurar o montante de ICMS devido com base na alíquota de 18% (dezoito por cento), haja vista que a perpetração de saídas desacobertas de documentos fiscais por optante do Simples Nacional impõe a observância da “legislação aplicável às demais pessoas jurídicas”:

Assim, julgo parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.830/1.839 e, ainda, para:

1) que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta “Caixa”, sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês autuado em cada exercício;

2) excluir as exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V (fls. 1.701/1.742) para os quais se comprovou que a origem dos depósitos/transferências bancárias são provenientes dos sócios da empresa autuada à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

época dos fatos geradores, inclusive quando as transferências de recursos originaram-se das empresas Bruno Rodrigues da Costa Pereira e Cia Ltda. (Locmil Locação de Veículos Ltda.) e Sena Motors Ltda. – ME, cujos comprovantes constam às fls. 1.917 a 1.926, 1.935 a 1.939, 1.940 a 1.953, 1.955, 2.000 a 2.007, 2.021 a 2.025.

Sala das Sessões, 09 de março de 2016.

**Fernando Luiz Saldanha
Conselheiro**

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.946/16/2 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000201065-97	
Impugnação:	40.010134930-86	
Impugnante:	Talube Comercial Ltda - EPP	
	IE: 261855880.00-50	
Proc. S. Passivo:	Bárbara Melo Carneiro/Outro(s)	
Origem:	DF/Divinópolis	

Voto proferido pelo Conselheiro José Luiz Drumond, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Registra-se que este Conselheiro restou vencido em relação ao voto vencedor quanto à exclusão das exigências relacionadas ao período compreendido entre 2009 e 2011, com os mesmos fundamentos do Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, e, também, no tocante às exclusões das exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V.

Em relação à manutenção das exigências fiscais relativas aos recursos não comprovados listados no Quadro V, este Conselheiro adota os fundamentos constantes do Parecer da Assessoria do CC/MG de fls. 2.041/2066, os quais se transcreve adiante:

“No tocante às microfilmagens de cheques e comprovantes de TEDs, acostados aos autos pela Impugnante, com intuito de comprovar que eles se referem a empréstimos à Autuada pelos sócios, por meio de transferências de recursos financeiros de empresas que estes participam ou participaram, constata-se o seguinte:

- com relação à empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda/Locmil, razão social atual Telhados e Construções Ltda - ME, verifica-se que o sócio Bruno Rodrigues da Costa Pereira (também sócio da empresa autuada) não mais pertencia ao quadro social da mencionada empresa desde 2011, conforme contrato social acostado às fls. 1.911/1.916 e consulta SICAF/SEF/MG constante do parecer da Assessoria do CC/MG, fls. 2.049/2.050.

Contudo, verifica-se que, mesmo não pertencendo ao quadro social da referida empresa, o Sr. Bruno Rodrigues da Costa Pereira continuava assinando os cheques de conta bancária de titularidade da empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda, conforme consta nas microfilmagens dos cheques acostadas às fls. 1.917/1.920.

A empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda teve sua inscrição estadual bloqueada em 07/01/14, devido à constatação de inexistência de

estabelecimento no endereço inscrito, mas a inscrição estadual foi reativada em 23/02/15.

A empresa Sena Motors Ltda - ME teve sua inscrição estadual bloqueada, em 19/03/13, devido à constatação de inexistência de estabelecimento no endereço inscrito, e em 01/01/14 requereu baixa para encerramento das atividades, conforme informação constante do sistema de informações da SEF – SICAF, reproduzido no parecer da Assessoria do CC/MG, às fls.2.051/2.052.

O mesmo sistema comprova que o Sr. Bruno Rodrigues da Costa Pereira figura como sócio-administrador da empresa Sena Motors Ltda.

Já a Construtora Rodrigues Pereira Ltda que fez a transferência para a conta bancária da Autuada conforme comprovante de fls. 2.004 (R\$ 25.000,00 no dia 13/08/12) não possuía sócio em comum com a Autuada à época da mencionada transferência (referente ao exercício de 2012).

A Fiscalização sustenta que as empresas Sena Motors Ltda - ME e Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda foram constituídas pela Autuada para receber os recursos financeiros oriundos de vendas de mercadoria por ela efetuadas sem acobertamento fiscal, baseando-se nos referidos bloqueios da inscrição estadual dos estabelecimentos. Dessa forma, conclui a Fiscalização que os recursos financeiros depositados nas contas bancárias da Autuada, objeto de análise nessa ocasião, referem-se a recebimento de vendas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, efetuadas pela Autuada.

Entretanto, entende-se que essa assertiva fiscal de que as contas bancárias das referidas empresas recebiam recursos financeiros relativos a vendas promovidas pela Autuada sem acobertamento fiscal depende de comprovação por parte da Fiscalização, por se tratar de uma presunção *hominis*.

Destaca-se que a Fiscalização afirma que a empresa Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda nunca existiu de fato. Contudo, não há nos autos elementos suficientes a corroborar tal acusação, inclusive tal empresa teve sua inscrição estadual reativada, conforme já mencionado.

Ademais, as transferências de valores comprovadamente originadas de contas bancária das empresas Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda e Sena Motors Ltda - ME ocorreram no exercício de 2012, antes dos bloqueios das inscrições estaduais dos estabelecimentos que ocorreram em 19/03/13 e 09/10/13, respectivamente.

Não obstante tais constatações, no entendimento deste Conselheiro, a documentação colacionada aos autos pela Defesa não elide a acusação fiscal de omissão de receitas. Isso porque, nos termos do art. 40 da Lei Federal nº 9.430/96, a falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica caracteriza, também, omissão de receita.

Dessa forma, conforme tangenciado pela Fiscalização, acatada a tese da Defesa de que os repasses de recursos para a Autuada, provenientes das empresas Sena Motors Ltda - ME, Bruno Rodrigues Costa Pereira e Cia Ltda e a Construtora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Rodrigues Pereira Ltda, foram a título de empréstimo, ainda assim, prevalece a omissão de receita devido à falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, conforme art. 40 da Lei Federal nº 9.430/96, *in verbis*:

Falta de Escrituração de Pagamentos

Art. 40. A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam, também, omissão de receita. (Grifos acrescidos).

Por fim, poderia a Impugnante elidir a acusação fiscal em comento por meio da anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, da escrituração dos pagamentos dos referidos empréstimos. Como assim não agiu, aplica-se ao caso presente o disposto no art. 136 do RPTA, *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.

Portanto, não devem ser excluídas as exigências fiscais relativas aos recursos listados no Quadro V, conforme entendimento constante do voto vencedor, sequer as exigências fiscais referentes aos exercícios de 2009 a 2011.

Assim, julgo parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.830/1.839 e, ainda, para que as diferenças de saldos, apuradas na recomposição da conta “Caixa”, sejam consideradas como recursos não comprovados apenas em relação ao último mês autuado em cada exercício.

Sala das Sessões, 09 de março de 2016.

**José Luiz Drumond
Conselheiro**