

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.926/18/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000899938-43
Impugnação: 40.010145190-62, 40.010145191-43 (Coob.), 40.010145192-24 (Coob.)
Impugnante: Freitas e Vasconcelos Indústria e Comércio Ltda
IE: 001109102.00-35
Alenca de Freitas Vasconcelos (Coob.)
CPF: 062.254.456-09
Haroldo de Freitas Vasconcelos (Coob.)
CPF: 071.993.776-06
Proc. S. Passivo: José Antônio dos Santos/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CONTA BANCÁRIA NÃO CONTABILIZADA. Constatado, mediante análise dos extratos bancários relativos à movimentação financeira do estabelecimento autuado, obtidos por meio de intimações fiscais, o ingresso de recursos não contabilizados na escrita fiscal e sem origem comprovada, caracterizando a saída de mercadorias sem a emissão da documentação fiscal correspondente, conforme estabelece o art. 194, § 3º, do RICMS/02. Infração caracterizada. Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Contudo, deve-se excluir as exigências relativas ao recurso constante da conta bancária da sócia-administradora que corresponde à Nota Fiscal nº 000081 e adequar a multa isolada ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I, do art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, com respaldo no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional – CTN.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA/BANCOS". Constatado, mediante conferência dos lançamentos contábeis na Conta Caixa, o ingresso de recursos sem comprovação de origem, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º, do RICMS/02. Exigências de

ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a citada Multa Isolada dever ser adequada à alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alínea “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Entretanto, seus efeitos deverão ser produzidos a partir de fevereiro de 2012, de acordo com o art. 29, §§ 1º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento parcialmente procedente. Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, de recolhimento a menor de ICMS, em razão de omissão de receita constante em conta bancária não contabilizada e suprimentos indevidos de caixa, que correspondem a ingressos de valores sem comprovação de origem e lastro em documentos fiscais e contábeis.

Essas irregularidades autorizam a presunção legal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75, combinado com art. 194, § 3º, do RICMS/02 e art. 287 do RIR/99.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Os sócios-administradores, Haroldo de Freitas Vasconcelos e Alença de Freitas Vasconcelos, foram incluídos, como Coobrigados, no polo passivo da obrigação tributária, por concorrerem ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Conforme registrado pelo Fisco, a sujeição passiva dos sócios está de acordo, também, com as orientações da Portaria da SRE nº 148, de 16/10/15.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

O presente trabalho encontra-se instruído por Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 02/03); Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000023691.73 (fls. 04/05); Auto de Infração-AI (fls. 06/12); Relatório Fiscal (fls.

13/15); Quadro I – Entrada de Valores em Conta Caixa (fls. 16/20); Quadro II - Entrada de Valores em Conta Bancária não Contabilizada – Bco do Brasil (fls. 21/22); Quadro III - Entrada de Valores em Conta Bancária não Contabilizada – Sicoob Credicoop (fls. 23/41); Quadro IV - Entrada de Valores em Conta Bancária do Bco do Brasil de titularidade de sócia Alença de Freitas Vasconcelos (fls. 42/45); Quadro V – Diferenças – Ingressos de Recursos (Caixa e Bancos) x Saídas Declaradas (PGDAS) – (fls. 46/48); Quadro VI – Cálculo do ICMS Devido (fls. 49/50); Quadro VII - Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 51/53); Extratos Bancários (fls. 54/396); Diligência Avulsa (fls. 397/403); PGDAS-D (fls. 404/410) e Intimações e Respostas (fls. 411/649).

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 666/696.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 714/719, refuta as alegações da Defesa, requerendo, portanto, a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de fls. 723/724, que resulta na retificação do Termo de Exclusão do Simples Nacional, conforme documentos de fls. 728/730, para adequar a data de apuração inicial, considerada para fins de exclusão, ao disposto no art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06 e no art. 76, inciso IV, da Resolução CGSN nº 94/11.

Na mesma oportunidade, a Assessoria do CC/MG exara o despacho interlocutório de fls. 725/726, o qual não é cumprido pela Autuada (fls. 737), não obstante tenha sido deferido o pedido de prorrogação de prazo para o devido atendimento, conforme documentos de fls. 733/735.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Do Pedido de Prova Pericial

Os Impugnantes pleiteiam a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações.

Para tanto formula os quesitos de fls. 693/695.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele*

recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

No entanto, a prova requerida afigura-se desnecessária, uma vez que constam dos autos todas as informações necessárias para a plena compreensão e o desate da matéria, o que ficará evidenciado na análise de mérito da presente lide.

Ressalta-se que os quesitos trazidos pela Defesa se encontram respondidos nos autos ou se referem a questionamentos genéricos, que não contribuem em nada para uma possível comprovação da origem dos recursos objeto de autuação.

Ademais, a própria Defesa poderia elidir a acusação fiscal, acostando aos autos os documentos necessários para a referida comprovação, o que não ocorreu, mesmo após o Despacho Interlocutório expedido pela Assessoria do CC/MG, momento em que foi dada mais uma oportunidade para os Impugnantes.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Assim, indefere-se o pedido de prova pericial, com fulcro na norma ínsita no art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

c) considerado meramente protelatório.

(...)

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, de recolhimento a menor de ICMS, em razão de omissão de receita constante em conta bancária não contabilizada e de suprimentos indevidos de caixa, que correspondem a ingressos de valores sem comprovação de origem e lastro em documentos fiscais e contábeis.

Essas irregularidades autorizam a presunção legal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75, combinado com art. 194, § 3º, do RICMS/02 e art. 287 do RIR/99.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Os sócios-administradores, Haroldo de Freitas Vasconcelos e Alença de Freitas Vasconcelos, foram incluídos, como Coobrigados, no polo passivo da obrigação tributária, por concorrerem ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Conforme registrado pelo Fisco, a sujeição passiva dos sócios está de acordo, também, com as orientações da Portaria da SRE nº 148, de 16/10/15.

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, nos termos da Lei Complementar nº 123/06.

Para a apuração da base de cálculo do imposto devido, o Fisco elaborou o Quadro V de fls. 46/48, em que somou todos os ingressos constantes do Caixa (Coluna A - consolidado mensal do Quadro I de fls. 16/20) com os constantes dos extratos bancários não contabilizados (Colunas B a D - consolidados mensais dos Quadros II a IV de fls. 21/45) e subtraiu os valores da receita bruta declarados pela Contribuinte em PGDAS-D (Coluna F – dados extraídos das consultas de fls. 404/410).

O Quadro VI de fls. 49/50 foi formatado para determinar o imposto devido, aplicando-se a alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo apurada no Quadro V.

O Demonstrativo do Crédito Tributário encontra-se às fls. 51/53 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os extratos bancários das contas não contabilizadas foram anexados aos autos pelo Fisco às fls. 54/396, que foram obtidos mediante Intimações Fiscais de fls. 411/418.

O livro Movimento do Caixa até dezembro de 2014 e os livros Diário de 2015 e 2016 compõem o processo às fls. 424/649 dos autos, que também foram obtidos mediante referidas intimações.

Uma das contas bancárias não contabilizadas, embora seja de titularidade da sócia-administradora Alenca de Freitas Vasconcelos, foi utilizada para a apuração do crédito tributário devido, em decorrência da constatação fiscal de que os ingressos de valores dela constantes são referentes a vendas da Autuada.

Essa constatação foi a partir de uma diligência fiscal no estabelecimento autuado, conforme relatórios de fls. 397/403, em que se verificou que a Contribuinte havia recebido o valor referente à Nota Fiscal nº 00081, de fls. 401, por intermédio da conta bancária da referida sócia, conforme documento de fls. 400, sem a posterior contabilização no movimento do estabelecimento, configurando, assim, omissão de receita da empresa.

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

Lei nº 6.673/75

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

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

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

Lei Federal nº 9.430/96

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. (Grifou-se).

RICMS/02

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

RIR/99

Art. 287. Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42)

Conforme se depreende dos dispositivos legais supracitados, a constatação da existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente (inclusive conta bancária não contabilizada), ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal.

Assim, cabe ao Sujeito Passivo o ônus de contraditar a presunção normativa, explicitando a origem dos recursos do ativo e a quais obrigações correspondem os valores lançados no passivo.

Nessa toada, cumpre destacar que, ao contrário do alegado pela Defesa, é admissível o uso de presunções, como meio indireto de prova, na impossibilidade de se apurar concretamente o crédito tributário, quando há fortes indícios, vestígios e indicações claras da ocorrência do fato gerador sem o devido pagamento do tributo.

A presunção é uma ilação que se tira de um fato conhecido para se provar, no campo do Direito Tributário, a ocorrência da situação que se caracteriza como fato gerador do tributo.

Importante, também, destacar que a utilização de presunção, pelo Fisco, não inibe a apresentação de provas por parte da Contribuinte em sentido contrário ao fato presumido. Antes, pelo contrário, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutar a presunção do Fisco.

Sobre a questão, Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em seu livro "Processo Administrativo Tributário", assim se manifesta:

Quando a lei estabelece a presunção para abranger pela tributação certas realidades econômicas, o contribuinte deve provar que o ato que praticou se encontra fora da previsão legal.

Nesses casos é a lei que dispensa a Administração Fiscal da prova direta de certos fatos – o que permite concluir que os julgadores, então, não podem deixar de aplicar tais normas, até prova em contrário do contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe ao Sujeito Passivo. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja existência de recursos não comprovados na conta “Caixa” e em contas bancárias não contabilizadas.

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

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

(...)

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

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

(...)

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

PRESUNÇÕES LEGAIS - PROVA - NAS PRESUNÇÕES LEGAIS O FISCO NÃO ESTÁ DISPENSADO DE PROVAR O FATO ÍNDICE (EXISTÊNCIA DE SUPRIMENTOS DE CAIXA FEITOS POR SÓCIOS, SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM E DA EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS). PROVADO ESTE, DA EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS), AI SIM NÃO PRECISA O FISCO NÃO COMPROVAR A OMISSÃO DE RECEITAS (FATO PRESUMIDO).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO Nº 1201-00.249 -07/04/10

EMENTA:

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ ANO-CALENDÁRIO: 2002, 2003 CONTA CORRENTE NÃO CONTABILIZADA. LANÇAMENTOS A CRÉDITO NÃO EXPLICITADOS. PRESUME-SE RECEITA OMITIDA A CONTA CORRENTE BANCÁRIA NÃO CONTABILIZADA, QUANDO O INTERESSADO, **APESAR DE INTIMADO, DEIXA DE COMPROVAR A ORIGEM DOS LANÇAMENTOS A CRÉDITO** NELA REALIZADOS.” (GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO Nº 103-22.814 – 19/04/07

EMENTA:

“OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NÃO CONTABILIZADA. CRÉDITOS QUE NÃO CONSTITUEM RECEITAS. CARACTERIZAM RECEITAS OMITIDAS OS VALORES CREDITADOS EM CONTA DE DEPÓSITO (OU DE INVESTIMENTO) MANTIDA JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, EM RELAÇÃO AOS QUAIS **O TITULAR, REGULARMENTE INTIMADO, NÃO COMPROVE, MEDIANTE DOCUMENTAÇÃO HÁBIL E IDÔNEA, A ORIGEM DOS RECURSOS** UTILIZADOS NESSAS OPERAÇÕES.

(GRIFOU-SE).

Portanto, ratificando o declarado pelo Fisco, poderiam os Impugnantes elidir a acusação fiscal por meio da anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, relativa à comprovação da origem dos recursos ingressados nas contas bancárias não contabilizadas e dos suprimentos indevidos de caixa. Contudo, não o fizeram.

Inexistindo provas em contrário à acusação fiscal, aplica-se ao caso 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.

Destaca-se que, no Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, a matéria encontra-se pacificada, com centenas de julgados confirmando o lançamento, como nos Acórdãos nºs 22.408/17/1ª, 21.806/18/2ª e 22.996/18/1ª, com as seguintes ementas:

ACÓRDÃO 22.408/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA/BANCOS". CONSTATADO, MEDIANTE CONFERÊNCIA DOS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NA CONTA "CAIXA", O INGRESSO DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM, AUTORIZANDO A PRESUNÇÃO DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 49, §§ 1º E 2º DA LEI Nº 6763/75 C/C O ART. 194, § 3 DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO Nº 21.806/18/2ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA CONSTATOU-SE, MEDIANTE ANÁLISE DOS EXTRATOS BANCÁRIOS RELATIVOS À MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DO ESTABELECIMENTO AUTUADO, O INGRESSO DE RECURSOS NÃO CONTABILIZADOS NA ESCRITA FISCAL E SEM ORIGEM COMPROVADA, CARACTERIZANDO A SAÍDA DE MERCADORIAS SEM A EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE, NOS TERMOS DA PRESUNÇÃO LEGAL PREVISTA NO ART. 49, § 2º, DA LEI 6763/75, C/C ART. 42, § 1º, DA LEI FEDERAL Nº 9.430/96 E ART. 194, § 3º, DO RICMS/02. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETAS A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO Nº 22.996/18/1ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA “CAIXA/BANCOS”. CONSTATADO, MEDIANTE CONFERÊNCIA DOS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NA CONTA CAIXA, O INGRESSO DE RECURSOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM, AUTORIZANDO A PRESUNÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 49, § 1º E 2º DA LEI Nº 6.763/75 C/C O ART. 194, § 3º DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DO ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, SENDO A MULTA DE REVALIDAÇÃO MAJORADA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO) COM FUNDAMENTO NOS §§ 6º E 7º DO ART. 53, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO NO SENTIDO DE EXCLUIR A MAJORAÇÃO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO E DE ESTABELECEER A PROPORCIONALIDADE ENTRE AS RECEITAS AUFERIDAS PELOS ESTABELECIMENTOS MATRIZ E FILIAL. DEVE-SE EXCLUIR AINDA AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AO VALOR DO EMPRÉSTIMO CONTABILIZADO CUJA EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS AO SUJEITO PASSIVO FOI COMPROVADA.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Em relação aos ingressos de recursos em contas bancárias não contabilizadas, a Defesa alega, na peça impugnatória, que “a circulação de recursos em contas bancárias, por si só, não é o bastante para comprovar a ocorrência de fato

gerador do ICMS” e que “o creditamento em conta bancária não pode ser utilizado como justificativa para inversão do ônus da prova, a ponto de autorizar o fisco a presumir a origem de tais recursos, segundo seus interesses”.

Afirma que “uma empresa ou o titular da conta creditada pode, e não raro acontece, receber através de depósito o pagamento referente a venda de um imóvel, a uma promessa de venda para entrega futura, ou mesmo um adiantamento para fechamento de negócio futuro”, sendo que “nenhum destes fatos configura hipótese de incidência do ICMS, porque não há, em contrapartida, saída de mercadoria”.

Destaca que a presunção autorizada pelo art. 194 do RICMS/02 não pode ser aplicada de forma direta no caso em debate, relativamente aos valores creditados em conta de pessoa diversa, e que a norma federal invocada define a presunção de omissão de receita na hipótese de o titular não comprovar a origem dos recursos, contudo não autoriza sua aplicação em relação a terceiro.

Entende que, “para responsabilizar pessoa diversa da do titular da conta, o parágrafo 5º do art. 42 da Lei Federal nº 9.430/96 exige que se tenha como provado que os valores creditados pertencem ao acusado, o que no caso vertente não se tem”.

Aduz que “não se pode admitir, por ausência de autorização legal, a presunção de que os recursos creditados na conta de sócio, cuja origem não foi comprovada, indiscriminadamente, sejam provenientes de vendas de mercadorias tributáveis promovidas pela empresa, e que as supostas vendas tenham ocorrido sem a emissão de documentação fiscal”.

Afirma que as exigências fiscais em razão das alegadas saídas desacobertas tiveram como suporte fatos deduzidos aleatoriamente, em afronta ao princípio da estrita legalidade, “haja vista que ao Fisco não é dado o direito de proceder por “achar que”, dando aos números encontrados no extrato bancário o sentido que lhe aprouver”.

Traz doutrinas no sentido de ser imprescindível que um ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, cabendo ao Fisco oferecer prova concludente de que o evento ocorreu, nos termos do art. 142 do CTN.

O Fisco, por sua vez, declara que:

A impugnante argumenta que os recursos financeiros das contas correntes (que deveriam estar contabilizadas) não advêm única e exclusivamente da circulação de mercadorias, podendo se referir a outras operações. Portanto, repetimos, deveria a impugnante, se os tivesse, anexar a esta impugnação os documentos capazes de dissolver as dúvidas e elidir o feito Fiscal. Entretanto, não os apresenta, nem mesmo nesse momento de exercer seu direito de defesa, preferindo utilizar de subterfúgios para questionar a legalidade do feito.

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No intuito de dar nova oportunidade aos Sujeitos Passivos para comprovarem suas alegações, a Assessoria do CC/MG decidiu exarar o Despacho Interlocutório de fls. 725/726, com o seguinte teor:

Considerando que o processo tributário administrativo é regido, dentre outros, pelo princípio da verdade material, pautando-se e valorizando sempre o contraditório entre as partes e a ampla defesa concedida ao Sujeito Passivo.

Considerando-se que o presente lançamento versa sobre suprimento indevido de Caixa e omissão de receitas existentes em contas bancárias não contabilizadas, caracterizando saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, por força de presunção legalmente prevista no art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º, do RICMS/02 e art. 281 do Decreto Federal nº 3.000/99.

Considerando-se que as presunções legais *juris tantum* têm o condão de transferir o dever ou ônus probante da Autoridade Fiscal para o Sujeito Passivo da relação jurídico-tributária, devendo este, para ilidir a respectiva imputação, produzir provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração.

Considerando-se que a presunção legal em questão somente pode ser afastada mediante apresentação de prova plena, objetiva e inquestionável da origem dos recursos e da regularidade das operações.

Considerando-se que restou demonstrado nos autos pelo Fisco que houve recebimento de valores, referentes a venda da Autuada, na conta bancária da sócia-administradora (Coobrigada).

Considerando-se a alegação dos Impugnantes de que:

Uma superficial análise do caput do art. 42 é suficiente para concluir que os recursos creditados podem ser provenientes de receita ou de rendimentos, sendo que, nos termos do § 3º, para determinação da receita omitida, **os créditos serão analisados individualizadamente**. Isso não foi feito no caso em debate. (Grifou-se).

Considerando-se que os Impugnantes não trouxeram aos autos qualquer documentação no intuito de comprovar suas alegações.

Considerando-se que foi requerida a realização de perícia, para plena elucidação dos fatos, embora a simples apresentação de documentos hábeis e idôneos, que comprovem a origem dos recursos não contabilizados, sejam suficientes para elidir a acusação fiscal.

No exercício da competência estatuída nos arts. 146 e 147, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, decide esta Assessoria do CC/MG exarar Despacho Interlocutório a fim de dar nova e última oportunidade à Defesa para comprovar suas alegações.

Pede-se que o Sujeito Passivo cumpra o abaixo solicitado no prazo de 30 (trinta) dias, consoante o que estabelece a Deliberação nº 04/08 do Conselho Pleno do CC/MG, em face da complexidade das informações solicitadas:

1) Trazer aos autos todos os documentos necessários para a **inequívoca comprovação** da origem dos recursos existentes nas contas bancárias não contabilizadas, objeto de autuação, inclusive em relação à conta bancária da sócia-administradora (Coobrigada).

Entretanto, não obstante tenha sido deferido o pedido de prorrogação de prazo para o devido atendimento do Despacho Interlocutório, conforme documentos de fls. 733/735, os Impugnantes não se manifestaram, não trazendo, mais uma vez, qualquer documentação idônea, capaz de elidir a acusação fiscal.

Conforme esclarecido pelos próprios Impugnantes, a Contribuinte, optante pelo regime simplificado do Simples Nacional, deve escriturar o Livro Caixa, compreendendo toda a movimentação financeira da empresa, inclusive as realizadas por meio de conta bancária.

Contudo, ao contrário do afirmado pela Defesa e conforme demonstrado nos autos, diversos recursos da empresa foram ingressados em conta bancária não contabilizada e, ainda, vários suprimentos lançados na Conta Caixa não tiveram as respectivas comprovações de origem e lastro em documentos fiscais e contábeis, autorizando a presunção legal de que houve saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § § 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75, combinado com art. 194, § 3º, do RICMS/02 e art. 287 do RIR/99.

Em relação à inclusão, no presente trabalho, dos extratos bancários de titularidade da sócia Alenca de Freitas Vasconcelos, cumpre reproduzir os esclarecimentos do Fisco de que isso *“não se deu pelo fato de a mesma ter sido arrolada como coobrigada ao crédito tributário, mas sim pela constatação de recebimentos da empresa em sua conta pessoal, fruto de diligência fiscal (fls. 397 a 401), conforme já explicado no relatório do PTA (fl. 06)”*.

Corroborando com essa afirmação, vale observar que, na conta bancária da sócia-administradora, existem lançamentos com a descrição de *“Recebimento de Fornecedor”*, conforme, a título de exemplo, alguns lançamentos de fls. 62.

Observa-se, também, que diversos lançamentos constantes da referida conta bancária condizem com aqueles registrados na Conta Caixa, que, inclusive, não foram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

levados à apuração do crédito tributário para não haver levantamento de recurso em duplicidade.

Destaca-se, por exemplo, o valor de R\$ 26.220,00 (vinte e seis mil e duzentos e vinte reais) lançado na conta bancária da sócia-administradora em 29/10/12 (fls. 64), que se equivale à venda realizada em 26/10/12, de mesmo valor, correspondente à Nota Fiscal nº 000084 (fls. 471).

Nesse caso, o Fisco considerou, na apuração dos recursos financeiros da empresa, apenas o valor constante da Conta Caixa (fls. 17), uma vez que esse valor não se encontra relacionado na apuração dos recursos advindos da conta bancária da sócia-administradora, conforme fls. 43.

Outro exemplo é em relação ao valor de R\$ 25.840,00 (vinte e cinco mil e oitocentos e quarenta reais) lançado na conta bancária da sócia-administradora em 30/11/12 (fls. 66), que se equivale à venda realizada em 29/11/12, de mesmo valor, correspondente à Nota Fiscal nº 000088 (fls. 472).

Da mesma forma, o Fisco considerou, na apuração dos recursos financeiros da empresa, apenas o valor constante da Conta Caixa (fls. 17), uma vez que esse valor não se encontra relacionado na apuração dos recursos advindos da conta bancária da sócia-administradora, conforme fls. 43.

Portanto, não há dúvidas de que a conta bancária da sócia-administradora é utilizada para recebimentos da empresa, sendo correto o procedimento fiscal de considerá-la na apuração do crédito tributário (recursos não contabilizados e sem comprovação de origem), ponderando, ainda, que a Defesa não trouxe qualquer comprovação em sentido contrário.

Vale reiterar que, desses recursos apurados, que correspondem aos valores relacionados de entrada no Caixa e nas contas bancárias não contabilizadas, foram excluídos os valores declarados pela Contribuinte em PGDAS-D (Quadro V – fls. 46/48), para se determinar o imposto devido. Assim, os valores autuados são exclusivamente sem origem comprovada, desvinculados de emissão de documentos fiscais.

Contudo, importa fazer a seguinte ressalva.

Mediante diligência, o Fisco constatou que o ingresso de recurso constante da conta bancária da sócia-administradora em 09/10/12 (fls. 64 e 400), no valor de R\$ 26.220,00 (vinte e seis mil e duzentos e vinte reais), refere-se à venda de mercadoria realizada por meio da Nota Fiscal nº 000081 (fls. 401).

Não obstante referido recurso não tenha sido contabilizado e, ainda, embora a correspondente Nota Fiscal nº 000081 não tenha sido registrada na Conta Caixa (conforme fls. 471), tal recurso deve ser excluído da apuração do crédito tributário, pois, nesse caso específico, não se caracterizou a presente acusação fiscal de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal.

Ressalta-se que essas ocorrências, na verdade, referem-se à falta de escrituração de documento fiscal, deixando de considerá-lo na apuração do imposto em PGDAS-D.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, devem ser excluídas as exigências relativas ao recurso constante da conta bancária da sócia-administradora, de 09/10/12 (fls. 43), no valor de R\$ 26.220,00 (vinte e seis mil e duzentos e vinte reais), que se refere à Nota Fiscal nº 000081, pois o referido crédito tributário corresponde a fato apurado que não coaduna com a acusação fiscal.

No que tange à Multa Isolada aplicada, registra-se que ela tem por fato gerador o descumprimento de obrigação acessória e foi exigida nos termos da legislação no percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, com fulcro no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

(...)

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

(...)

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

Registra-se, contudo, que o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 traz limitações às multas previstas no mesmo artigo, sendo que sua redação foi alterada por meio da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), e, posteriormente, pela Lei nº 22.796, de 28 dezembro de 2017, nos seguintes termos:

Lei nº 6.763/75:

(...)

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

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(Grifou-se).

Efeitos de 1º/07/2017 a 28/12/2017 - Acrescido pelo art. 56 e vigência estabelecida pelo art. 80, ambos da Lei nº 22.549, de 30/06/2017:

"I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;"

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência. "

Nota-se que a redação vigente desse dispositivo, efetivada pela Lei nº 22.796, determina a limitação das multas previstas no art. 55 a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, sem qualquer ressalva.

Considerando que o Fisco adotou a alíquota de 18% (dezoito por cento) e que a penalidade isolada é de 40% (quarenta por cento) do valor da operação (inciso II do art. 55), verifica-se que a multa isolada foi exigida em valor superior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente (limite máximo das penalidades previstas no art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme novel inciso I do § 2º do referido artigo), portanto, a última alteração legislativa do referido § 2º resulta mais favorável à Autuada.

Dessa forma, necessária se torna a aplicação do art. 106 do CTN, o qual assim dispõe:

CTN:

(...)

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Pelo exposto, especificamente em relação aos recursos sem comprovação de origem, constantes em conta bancária não contabilizada, a Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75 deve ser adequada ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, com respaldo no art. 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional – CTN.

Quanto aos suprimentos indevidos de caixa, registra-se que eles correspondem aos valores lançados na Conta Caixa como "*Reserva p/ futuro aumento de capital*", conforme fls. 19/20 e 535/639.

Assim, equivocou-se a Defesa, quando afirma, às fls. 691, que o Fisco considerou, como suprimentos indevidos do caixa, os valores relativos a "*cheques emitidos no mês, bem como das transferências bancárias a terceiros, ora como valor transferido entre contas, ora como valor de pagamentos diversos no mês*".

Observa-se que o Fisco, de acordo com a Intimação de fls. 420/421, solicitou à empresa explicações e a devida comprovação documental da origem de tais recursos (“*Reserva p/ futuro aumento de capital*”).

A Contribuinte, então, conforme fls. 423, apenas justifica que o capital social da empresa foi aumentado por haver disponibilidade suficiente de recurso, sem, contudo, trazer qualquer documentação que comprove a origem dos valores ingressados em Conta Caixa.

Portanto, verifica-se que se encontram corretas as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, em relação, também, aos suprimentos indevidos de caixa, mas com a seguinte ressalva no que tange à aplicação da multa isolada, especificamente para essa ocorrência.

A alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 determina o seguinte:

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

(...)

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

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

(Grifou-se).

Pelos documentos trazidos aos autos, observa-se que a apuração realizada pelo Fisco relativa aos suprimentos indevidos de caixa foi com base exclusivamente em documentos da Contribuinte (Livro Contábil).

Dessa forma, a Multa Isolada exigida para a irregularidade de suprimento indevido de caixa (40% do valor da operação) deve ser reduzida a 20% (vinte por cento), nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

No tocante à sujeição passiva, os Impugnantes afirmam que os sócios não praticaram atos que se enquadram como sendo geradores do tributo exigido, não havendo, portanto, motivo para serem incluídos no polo passivo da obrigação tributária.

Contudo, a responsabilização dos sócios-administradores está relacionada com o cometimento das infrações detectadas, em que se adotou uma sistemática de sonegação previamente perpetrada com o claro objetivo de omitir operações com mercadorias e ocultá-las do controle do Fisco, caracterizando dolo, fraude ou simulação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A simulação ou a falta de registros contábeis, para ocultar a ocorrência do fato gerador do ICMS (*saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal*), é um típico ato ilícito, cujo dolo específico decorre de conclusão lógica, pois sendo ilícito o ato e não tendo ocorrido lançamentos retificadores, afasta-se a hipótese de erro e conclui-se que houve a intenção da prática do ato.

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que, quando há infração à lei, os sócios-gerentes, administradores e outros respondem pela obrigação tributária como no AgRg no Ag 775621/MG, julgado em 2007, relator Ministro José Delgado, nos seguintes termos:

OS BENS DO SÓCIO DE UMA PESSOA JURÍDICA COMERCIAL NÃO RESPONDEM, EM CARÁTER SOLIDÁRIO, POR DÍVIDAS FISCAIS ASSUMIDAS PELA SOCIEDADE. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE.

No mesmo sentido, o TJRS nos embargos infringentes nº. 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (CTN ART. 135, III). SÓCIO GERENTE, QUE SE DEMITIU DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA NO CASO, DOS ARTS. 10 E 16 DO DECRETO Nº 3.708, DE 10.01.19, VEZ QUE O AUTO DE APREENSÃO E O LANÇAMENTO DO ICMS, COM MULTA DECORREM DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI – OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E TRANSPORTE DA MESMA SEM A EMISSÃO DAS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS – PRATICADOS QUANDO O EMBARGANTE AINDA INTEGRAVA A SOCIEDADE NA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE.

O TJMG, em decisão, por unanimidade, no processo nº. 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

(...) O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. (...).

Destaca-se que, no caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos referidos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando cometeram as irregularidades de

dar saída de mercadorias desacoberta de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Essa sistemática necessita, evidentemente, de decisão gerencial, efetivada com infração de lei, portanto, alcançada pela responsabilidade prevista na legislação.

Induvidoso que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão deles no polo passivo da obrigação tributária.

Dessa forma, correta a inclusão, no polo passivo da obrigação tributária, dos sócios-administradores, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

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

(...)

(Grifou-se).

Do Termo de Exclusão do Simples Nacional

O Fisco lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em face à existência de suprimentos indevidos de Caixa e de recursos em conta corrente bancária não escriturada nos livros contábeis, sem origem comprovada e sem lastro em documentos fiscais (*omissão de receitas*), e, ainda, emitiu o “Termo de Exclusão do Simples

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional” (fls. 02/03), nos termos do art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, dando ciência à Autuada do início do processo de exclusão de ofício.

No caso, os Sujeitos Passivos, intimados do Auto de Infração e do “Termo de Exclusão”, conforme fls. 652/656, impugnaram a referida exclusão na mesma peça em que contestaram o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

No que tange ao “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, os Impugnantes alegam que, *“assim como o crédito tributário, há que se considerar suspensos os efeitos do ato, até a eventual confirmação, ou não, do crédito tributário”*, não podendo, *“desde já, produzir os efeitos desejados”*.

De fato, apenas após a decisão administrativa definitiva desfavorável à Contribuinte, oportunidade em que o Fisco deverá cumprir os demais ditames constantes da legislação, tais como registrar a exclusão no Portal do Simples Nacional, estará a Autuada excluída do Simples Nacional, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro e de acordo com o art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06 e com o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 94/11 (vigente à época do lançamento).

Portanto, o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, que, no momento, é objeto de análise e julgamento, foi emitido apenas para iniciar o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, em atendimento aos dispositivos constantes da Lei Complementar nº 123/06, sendo que somente será concluído após a decisão administrativa definitiva desfavorável à Contribuinte.

Em relação à data de apuração inicial, considerada para fins de exclusão do Simples Nacional, importa registrar que a Assessoria do CC/MG exarou a Diligência de fls. 723/724, nos seguintes termos:

(...)

Considerando o disposto no art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06 e no art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11:

(...)

No exercício da competência estatuída nos arts. 146 e 147, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, decide esta Assessoria do CC/MG retornar os autos à origem para que o Fisco diligencie no sentido de atender o seguinte:

1) Pede-se que justifique a informação constante do último parágrafo do “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, de que *“no presente caso, a data de apuração inicial considerada para fins de exclusão será a partir de 10 de novembro de 2017”* (grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em razão dessa diligência, o Fisco, verificando que se encontrava equivocada referida data de apuração inicial, decidiu retificar o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, conforme documento de fls. 729/730, alterando o início do período de exclusão do Simples Nacional para 1º de janeiro de 2012, período inicial de apuração das irregularidades cometidas pela Autuada.

Ressalta-se que, embora tenham sido devidamente cientificados da retificação, os Impugnantes não se manifestaram.

Para melhor análise desse período inicial de exclusão do Simples Nacional, cabe reproduzir a legislação que dispõe sobre a matéria (art. 29, § § 1º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06):

Lei Complementar nº 123/06

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(Grifou-se).

Depreende-se da legislação posta que os efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional devem retroagir ao mês em que incorrida a hipótese de exclusão, ou seja, ao mês em que ficar caracterizada a prática reiterada de saída desacobertada, definida no § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 (a partir do segundo período de apuração).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, no caso concreto, os efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional devem retroagir a fevereiro de 2012, período em que ficou caracterizada a prática reiterada de saída desacobertada.

Pelo exposto, encontra-se correto o procedimento do Fisco de iniciar o processo de exclusão da Autuada do Simples Nacional, tendo em vista a constatação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI, ambos da Lei Complementar nº 123/06 e inciso IV, alíneas “d” e “j” e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11 (vigente à época do lançamento), ressalvada a análise da data de apuração inicial considerada para fins de exclusão, conforme esclarecimentos expostos nos parágrafos antecedentes.

Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

Resolução CGSN nº 94/11 (vigente à época do lançamento)

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

Acrescenta-se que o art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11 (vigente à época do lançamento), a seguir transcritos, dispõem que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

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.

Resolução CGSN nº 94/11 (vigente à época do lançamento)

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.849/18/3ª:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL (DASN) E NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. CONTUDO, DEVE-SE ADEQUAR A MULTA ISOLADA AO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 55 DA LEI Nº 6.763/75, ALTERADO PELO ART. 19 DA LEI Nº 22.796/17, NOS MOLDES DA ALÍNEA "C" DO INCISO II DO ART. 106 DO CTN.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A AUTUADA PROMOVEU A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL DE FORMA REITERADA, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J", § § 3º E 6º, INCISO I, DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94, DE 29/11/11.

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÃO UNÂNIME.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA -

OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO) , 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...) (GRIFOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frisa-se que as exigências fiscais constantes do Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação da Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Importa registrar, ainda, que, no caso dos autos, a situação posta está clara e não remanescem quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pelo Fisco à norma por ele invocada para sustentar o lançamento, não havendo que se falar em aplicação do art. 112 do CTN.

Pelo exposto, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais (observadas a exclusão e as adequações indicadas anteriormente), restando correta a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, considerando que seus efeitos serão produzidos a partir de fevereiro de 2012.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para: 1) excluir as exigências relativas ao recurso constante da conta bancária da sócia-administradora que corresponde à Nota Fiscal nº 000081; 2) em relação às exigências atinentes aos recursos sem comprovação de origem, constantes em conta bancária não contabilizada, adequar a multa isolada ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I, do art. 55 da Lei nº 6.763/75; 3) em relação às exigências atinentes aos suprimentos indevidos de caixa, adequar a multa isolada à alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para que os efeitos do Termo de Exclusão sejam considerados a partir de fevereiro de 2012, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 18 de setembro de 2018.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

Hélio Victor Mendes Guimarães
Relator