

Acórdão: 22.864/18/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000428316-34
Impugnação: 40.010140512-65, 40.010140513-46 (Coob.)
Impugnante: Lobo Indústria e Comércio de Metais Ltda - EPP
IE: 604795362.00-34
Clovis de Andrade Júnior (Coob.)
CPF: 963.826.786-00
Proc. S. Passivo: Guilherme Ávila de Carvalho/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA/BANCOS". Imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal em razão da constatação, mediante conferência dos lançamentos contábeis na conta Caixa e/ou Bancos, do ingresso de recursos sem comprovação de origem. Presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal autorizada pelo art. 49, § 1º e 2º da Lei n.º 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º do RICMS/02. Os argumentos comprovadamente demonstrados pela Impugnante foram acatados pela Fiscalização resultando na reformulação do crédito tributário. Corretas as exigências remanescentes de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ENTREGA DE LIVRO/DOCUMENTO FISCAL. Constatou-se que a Impugnante deixou de apresentar ao Fisco, após intimação fiscal, extrato bancário de conta corrente de sua titularidade. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75.

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 Código Tributário Nacional e art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos VIII e XI da Lei Complementar n.º 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea “g” e “j” da Resolução CGSN n.º 94/11.

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

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

1) falta de escrituração no Livro Caixa de todas as operações financeiras e bancárias, referente à conta corrente bancária n.º 11.930, Agência n.º 4239, de titularidade da Autuada, relativo aos exercícios de 2012 a 2014, caracterizando omissão de receitas de vendas de mercadorias no referido período, autorizando a presunção de saídas de mercadorias tributáveis desacobertadas de documentação fiscal;

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II;

2) falta de apresentação, mesmo após intimação da Fiscalização, dos extratos bancários de conta corrente de titularidade da Autuada.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75;

3) em virtude do cometimento das irregularidades acima, foi iniciado o processo de exclusão da Autuada do Simples Nacional, tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na Lei Complementar n.º 123/06 com a lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 26/27.

Das Impugnações

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 269/300 e fls. 402/436 e acostam documentos de fls. 302/396 e 437/521, respectivamente, argumentando, em síntese:

- a exclusão do Simples Nacional, e a conseqüente lavratura do Auto de Infração para a cobrança do pretenso crédito tributário, decorreram de ação fiscal pretérita iniciada pelo AIAF n.º 10.000014175-22, que teve como objeto “*verificar os ingressos e desembolsos lançados nas contas Caixa, Bancos e Equivalentes, com vistas a detectar irregularidades que caracterizassem saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal*”;

- sob nenhum aspecto, a opção de não atender à intimação do Fisco para entrega dos extratos bancários mencionados obstou a atuação da autoridade fiscal, que valendo-se do art. 6º, da Lei Complementar n.º 105/01, obteve os mesmos perante o Banco Itaú, e que, ainda assim, não conseguiu verificar nenhuma venda de mercadoria sem lastro em documento fiscal, aventurando-se a presumir que os creditamentos ocorridos na conta corrente bancária não estavam escriturados nos Livros-Caixa dos respectivos anos-calendários;

- a Fiscalização não conseguiu verificar nenhuma venda de mercadoria sem lastro em documento fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- foi presumido, indiscriminadamente, que todos os creditamentos na conta corrente n.º 11.930, agência n.º 4329, do Banco Itaú, nos anos de 2012 a 2014, não estavam escriturados nos livros-caixa e, conseqüentemente, presumiu que todos os creditamentos seriam referentes a faturamento proveniente de circulação de mercadorias sem acobertamento fiscal;

- fundada nessas duas presunções absurdas, relativas à ausência de escrituração de todos os lançamentos contidos na conta bancária e a suposta ausência de emissão de documentos fiscais relativos às conjecturadas operações de venda de mercadorias, verificou a ocorrência das hipóteses ensejadoras de exclusão de ofício do Simples Nacional;

- a Fiscalização entendendo haver permissivo fático para a incidência da norma de exclusão do Simples Nacional, tributou, indiscriminadamente, todos os creditamentos da referida conta corrente, na sistemática de débito e crédito do ICMS, sob a maior alíquota possível;

- preliminarmente, houve o cerceamento de defesa por errônea capitulação legal quanto à exclusão do Simples Nacional e à constituição do crédito tributário;

- não há fato gerador de responsabilidade tributária a legitimar a inclusão do sócio-administrador no polo passivo da ação;

- uma das formas mais corriqueiras de cerceamento da ampla defesa e do contraditório é a lavratura do Auto de Infração dotado de inconsistências nos relatos fáticos e jurídicos, por não possuírem corretamente os elementos postos pelo art. 89, incisos IV e V do RPTA;

- no caso dos autos, a defesa está prejudicada porque, mediante o confronto do Termo de Exclusão do Simples Nacional e do relatório do Auto de Infração, não há clareza sobre qual a conduta está sendo atacada, nem sobre a verdadeira capitulação legal e, muito menos, por qual razão se responsabilizou o sócio-administrador;

- a Fiscalização fez constar no Termo de Exclusão do Simples Nacional, os seguintes motivos para a exclusão: (i) prática reiterada de; (i.i.) falta de escrituração da movimentação bancária e (i.ii) não emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias e os dispositivos que fundamentaram os fatos;

- apenas a prática reiterada de não emissão de notas fiscais possui pretensão embasamento legal para exclusão, no art. 29, inciso XI da Lei Complementar n.º 123/06, sendo que a “prática reiterada de não escrituração de movimentação bancária” não possui nenhuma capitulação legal dentre os demais dispositivos enumerados;

- o citado art. 29 trata de fato completamente diverso da prática reiterada de não escrituração de movimentação bancária;

- “prática reiterada de não escrituração de movimentação bancária” não se confunde com “não escrituração do livro caixa ou impedimento à identificação da movimentação financeira”;

- há incerteza sobre qual fato a defesa deve versar e sobre qual o real dispositivo legal que permite a exclusão do Simples;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- este vício de capitulação não é sanado pelos demais dispositivos contidos no Termo de Exclusão do Simples Nacional;

- em relação à exigência fiscal, a Fiscalização, a pretexto de iniciar o processo de exclusão e constituir o suposto crédito tributário, exerce sua pretensão impositiva em clara afronta aos deveres de motivação e dos requisitos do lançamento;

- o relatório do Auto de Infração não guarda correspondência fática ou jurídica com o Termo de Exclusão do Simples Nacional e não contém a correta capitulação legal;

- o art. 61, inciso I da Resolução CGSN n.º 94/11 nada dispõe sobre as hipóteses de exclusão do Simples Nacional, quedando omissos em relação à emissão de notas fiscais ou qualquer tipo de sanção;

- a capitulação legal lacônica e inespecífica que dá ensejo à lógica empreendida pelo Fisco estadual implica em afronta direta ao exercício do contraditório e à ampla defesa;

- as infrações enumeradas no art. 29 da Lei Complementar n.º 123/06 são taxativas implicando dizer que nem todas as infrações das micro e pequenas empresas serão punidas com a exclusão de ofício do regime;

- “prática reiterada de não escrituração de movimentação bancária” e “não escrituração de livro-caixa ou não permissão de identificação da movimentação financeira, inclusive bancária” são realidades completamente diferentes;

- escriturava suas movimentações bancárias, comprovado mediante o cruzamento analítico dos extratos bancários com os livros-caixa;

- se de fato não escriturasse o livro-caixa, eles não poderiam ter sido juntados aos autos;

- alternativamente, em não havendo escrituração de livro caixa e, restritivamente, para fins de aplicação da exclusão de ofício do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/06 permite-se que a pessoa jurídica apresente documentos outros que possibilitem o conhecimento das suas movimentações financeiras, como notas fiscais ou extratos bancários;

- considerando que a Fiscalização teve acesso às movimentações financeiras, mediante a posse do livro caixa e dos extratos bancários de conta corrente, descabida a exclusão do Simples Nacional;

- a segunda conduta elegida pela Fiscalização, consistente na “reiterada falta de emissão de notas fiscais de vendas de mercadorias”, é ensejadora de exclusão de ofício do Simples Nacional. No entanto, o Fisco não demonstrou qual transação e qual valor ensejaram a constatação da ocorrência do fato gerador do ICMS e a consequente ausência de emissão de documento fiscal;

- apenas o descumprimento reiterado da obrigação de emissão de notas fiscais enseja a exclusão e não há, seja no Auto de Infração, seja no Termo de Exclusão do Simples Nacional, notícia de qualquer prática reiterada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- com base no dispositivo acima, antes da presente autuação, deveria ter sido também autuada sobre o mesmo fato, o que não ocorreu;

- a Fiscalização extraiu todos os creditamentos realizados na conta corrente no Banco Itaú, n.º 11.930, agência n.º 4.239 e deu-lhes a pecha de valores tributáveis pelo ICMS, como se decorressem de vendas de mercadorias. Porém, não há qualquer demonstração nos autos de que todos aqueles valores consistiram em base de cálculo do imposto constituído;

- a Fiscalização tributou com o ICMS todos os creditamentos na mencionada conta corrente, mas se furtou a relatar: 1º) a quais circulações de mercadorias as movimentações bancárias se referiam (aspectos material); 2º) quais os documentos probatórios – como notas fiscais, escriturações contábeis, etc. – da ocorrência das circulações das mercadorias, e em qual momento elas ocorreram (aspecto temporal); 3º) quais os documentos que permitiram a vinculação daqueles valores movimentados em conta corrente às operações realizadas (aspecto quantitativo – base de cálculo);

- não tendo concluído pela ocorrência de fatos geradores de ICMS, resta improcedente a tributação da movimentação bancária realizada, porque inexistente a necessária relação jurídico-tributária;

- o simples cotejo dos extratos bancários, do livro-caixa e das notas fiscais emitidas durante o período abrangido pelo lançamento evidenciam que a presunção levada a efeito pelo Fisco não encontra respaldo;

- pretendeu-se, de forma absolutamente desmotivada, presumir que a totalidade dos lançamentos decorria de vendas de mercadorias;

- pretendeu-se tributar, por meio do ICMS, movimentações bancárias cuja natureza jurídica não constitui fato gerador do ICMS;

- uma série de lançamentos dos extratos bancários foram indevidamente considerados como decorrentes de vendas de mercadorias;

- conforme se infere pelo documento anexo (doc. 05 – Conciliação Contábil entre conta corrente e Livro-Caixa), a conta bancária que deu ensejo à cobrança tributária teve sim suas movimentações devidamente escrituradas no Livro-Caixa;

- por recolher sua contribuição ao Simples Nacional com base na receita auferida no mês (regime de competência), não raro os pagamentos não ocorreram na mesma data em que as operações a eles correspondentes foram escrituradas no livro-caixa, nem os pagamentos sempre em parcela única;

- a Fiscalização não se preocupou em promover as mais simples conciliações entre conta corrente e livros contábeis;

- existem creditamentos em conta bancária que consistiram em pagamento parcelados de venda de mercadorias, lastreadas em documentos fiscais constantes no livro-caixa (quadro fl. 296);

- tendo em vista sua exclusão de ofício do Simples Nacional, a Fiscalização promoveu a tributação indiscriminada de todos os lançamentos contidos na conta

corrente, independentemente de sua natureza jurídica, à alíquota de 18% (dezoito por cento), sem sequer considerar os créditos de ICMS decorrentes da aquisição, ferindo, assim, o princípio da não-cumulatividade tributária;

- não se pode conceber a aplicação de penalidades, uma vez que não ocorreu o fato gerador;

- a exigência de multas não encontra pertinência, dentro da Lei n.º 6.763/75, em se tratando de constituição de crédito tributário mediante presunção;

- enquanto estava enquadrada no Simples Nacional era desobrigada do cumprimento de obrigações acessória que ensejaram a incidência da multa isolada. Portanto, ela se revela descabida;

- o Coobrigado acrescenta em sua peça de defesa que a Fiscalização não se ocupou de indicar quais os fatos e quais os dispositivos legais ensejaram sua inclusão no polo passivo da relação jurídico-tributária, relativa ao crédito tributário e afirma que sobre a improcedência de responsabilização sem justa causa, há cediço posicionamento do CC/MG, conforme Acórdão n.º 4.408/15/CE.

Pedem, ao final, a procedência da Impugnação, para:

a) a retirada do sócio-administrador do polo passivo da relação jurídico-tributária, em razão da ausência de capitulação legal, bem como pela ausência de fato gerador de sua responsabilidade como coobrigado, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional;

b) anular o Termo de Exclusão do Simples Nacional por ausência de conduta ensejadora da exclusão de ofício, nos termos do art. 29, da Lei Complementar n.º 123/06;

c) desconstituir o crédito tributário, frente à não ocorrência de fato gerador da relação jurídico-tributária do imposto e frente à ilegal presunção de omissão de receitas pela Fiscalização;

d) em caso de incongruências no cômputo da base de cálculo, que tais valores sejam tributados nos moldes do regime de tributação favorecida Simples Nacional;

e) caso persista o crédito tributário fora da sistemática do Simples Nacional, requer-se o reconhecimento do direito aos respectivos creditamentos, em homenagem ao princípio da não-cumulatividade tributária.

Da Instrução Processual

Após a apresentação das impugnações, a Fiscalização, considerando que a fase de instrução processual não estava encerrada, no intuito de dar transparência e clareza ao trabalho, intimou a Autuada a comprovar, no prazo de 10 (dez) dias, suas alegações, mediante apresentação de informações consistentes e individualizadas referentes a cada ingresso financeiro junto à conta corrente bancária n.º 11.930-0, na agência n.º 4239, do banco Itaú Unibanco S.A., com detalhamento de número da nota fiscal emitida, data de emissão, valor da operação, condições de pagamento e quantidade de parcelas quando se tratar de venda a prazo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requisitou, também, documentos comprobatórios, para os casos de empréstimos, e dados das contas nos casos de transferências entre contas correntes.

A Fiscalização, atendendo solicitação da Impugnante/Autuada, prorrogou o prazo de atendimento à intimação para 60 (sessenta) dias.

A Impugnante retorna aos autos e apresenta parte das informações solicitadas, pois, relativamente às vendas a prazo, não foram informadas as quantidades de parcelas para conferência do valor total destas parcelas com o valor total da nota fiscal correspondente.

Anexa, também, parecer técnico (fls. 542/546) e “Planilha de Conciliação da Movimentação Bancária com a Escrituração do Livro Caixa e as Notas Fiscais”, produzida pelo autor do parecer (fls. 547/560).

Nesta oportunidade, aduz ainda que:

- a intimação reflete verdadeira inversão ilegal do ônus probatório, não se coadunando com o art. 142 do Código Tributário Nacional e arts. 85 e 89 do RPTA/MG;

- a presunção de inocência e boa-fé da Impugnante estão sendo desconsideradas pela Fiscalização, que deixou de cumprir seu dever de verificar a regularidade das operações no momento oportuno;

- apesar da autorização contida no art. 120 do RPTA/MG, para que a Fiscalização reformule o crédito tributário após a apresentação de Impugnação pelo contribuinte não permite o requerimento de novos documentos e informações, ou seja, não permite a reabertura do procedimento fiscal, mesmo considerando que o RPTA em seu art. 120 permita à Fiscalização, após a apresentação de Impugnação pelo contribuinte, reformular o crédito tributário;

- o levantamento das informações requeridas não significa que a Impugnante abdica de seu direito de questionar a utilização destas informações para tentar “salvar” o lançamento ora debatido;

- relata o procedimento adotado pelo perito no levantamento efetuado;

- restou demonstrado nas planilhas e documentos apresentados que parte dos valores questionados no Auto de Infração foram devidamente registrados na contabilidade;

- resta demonstrado também que as premissas fiscais estão completamente equivocadas, uma vez que pretendeu tributar, por meio do ICMS, movimentações bancárias cuja natureza jurídica não constitui fato gerador do ICMS, *i.e.*, que não decorrem da venda de mercadoria já tributada.

Requer, ao final, que a Delegacia Fiscal revise o lançamento em debate.

Da Reformulação do Crédito Tributário

Acatando parcialmente as razões da defesa, o Fisco se manifesta às fls. 562/592 e retifica o lançamento e o Relatório do Auto de Infração, de acordo com o “Termo de Rerratificação de Auto de Infração” (fls. 593/595).

Anexa também os Anexos I, II e III, considerando as reformulações efetivadas (fls. 598/636).

No Termo de Rerratificação foram corrigidos alguns aspectos referentes aos dispositivos legais infringidos. Por exemplo, no Auto de Infração constava o art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, quando o correto é art. 26, § 2º, do mesmo diploma legal. Além disso, para maior clareza, foram informados outros dispositivos que se enquadrariam na infração cometida pela Autuada.

Também, para facilitar o entendimento da autuação foi alterada a redação do Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 596/597).

Foram anexados ainda o novo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) e uma série de outros documentos às fls. 637/1.031. Dentre estes, pode-se destacar o documento de fls. 649/808, onde o Fisco apresenta as “*contradições da Impugnante no tocante à informação sobre a origem dos recursos financeiros não escriturados na conta caixa*”, lançamento por lançamento, contidas no laudo anexado ao aditamento da defesa.

Neste documento encontra-se explicitado o motivo que levou o Fisco a não considerar, como escriturado no livro caixa, cada um dos valores creditados na conta corrente da Impugnante/Atuada.

Regularmente cientificada sobre a retificação, a Autuada adita sua peça de defesa às fls. 1.037/1.064 e a repete às fls. 1.070/1.097.

Argumenta, em apertada síntese, o seguinte:

- apesar de ter reduzido o montante exigido, a autoridade fiscal sequer elucidou os critérios que levaram a tal redução, quais dados foram considerados e quais foram analisados, porém desconsiderados;

- em flagrante prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, no exíguo prazo de 10 (dez) dias, não teve condições de revisar todos os dados lançados no novo Demonstrativo do Crédito Tributário a fim de que pudesse identificar quais valores deixaram de ser considerado omissão de receita e com base em que fundamento;

- em uma análise superficial foi possível constatar que deixou-se de considerar créditos referentes a pagamentos lastreados em notas fiscais emitidas e, portanto, já oferecida à tributação;

- requer que sejam prestados pela autoridade fiscal esclarecimentos acerca do critério adotado quando da retificação do lançamento;

- é dever do Fisco produzir as provas necessárias para o lançamento tributário, bem como considerar no processo tributário administrativo a necessária busca pela verdade material;

- não é possível simplesmente considerar todos os ingressos na conta corrente como receitas omissas, preferindo recorrer à praticidade do arbitramento através do extrato bancário;

- deve ser concedida a oportunidade de juntada de todas as notas fiscais, bem como a realização de diligência para, reconhecendo a abusividade do lançamento, retificá-lo.

A seguir reproduz os termos do aditamento anterior de fls. 402/436.

A Fiscalização, informando que na comunicação da reformulação do crédito tributário, não foi considerada a inclusão de fundamentação legal, reencaminhou novamente a comunicação (fl.1.100).

Assim, concedeu-se o prazo de 30 (trinta) dias para aditamento da Impugnação ou pagamento ou parcelamento do crédito tributário, nos termos do art. 120, § 1º da RPTA.

Regularmente cientificada, mais uma vez a Impugnante/Autuada comparece aos autos às fls. 1.102/1.116 e adita a Impugnação utilizando os mesmos argumentos anteriormente apresentados.

Anexa parecer técnico de fls. 1.117/1.134, agora baseado na reformulação procedida pelo Fisco, e cópia de notas fiscais às fls. 1.137/1.951.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, se manifesta às fls. 1.953/1.958, refutando as alegações de ambas as peças de defesa inclusive em relação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Ao final, requer a procedência do lançamento tributário, diante das reformulações efetivadas, conforme Anexos I, II e III, retificados, após acatamento de parte das argumentações apresentadas, com permanência da responsabilidade pessoal do sócio-administrador pelo crédito tributário, nos termos do § 2º, inciso II, do art. 21, da Lei n.º 6.763/75, como também, da Exclusão da Autuada do Regime Simplificado “Simples Nacional”.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 1.968/1.991, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, quanto ao mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às fls. 593/1031, e pela aprovação da exclusão da Autuada do Simples Nacional.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca das seguintes imputações fiscais:

1) falta de escrituração no Livro Caixa de todas as operações financeiras e bancárias, referente à conta corrente bancária n.º 11.930, Agência n.º 4239, de titularidade da Autuada, relativo aos exercícios de 2012 a 2014, caracterizando omissão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de receitas de vendas de mercadorias no referido período, autorizando a presunção de saídas de mercadorias tributáveis desacompanhadas de documentação fiscal;

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II;

2) falta de apresentação, mesmo após intimação da Fiscalização, dos extratos bancários de conta corrente de titularidade da Autuada.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75.

Também compete à Câmara a análise do Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 26/27, lavrado em virtude do cometimento das irregularidades acima citadas, pelo qual foi iniciado o processo de exclusão da Impugnante/Autuada do Simples Nacional, tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na Lei Complementar n.º 123/06.

Inicialmente, entretanto, cumpre analisar as prefaciais arguidas pelos Impugnantes.

Da Preliminar

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de visualizarem a existência vícios no lançamento.

Alegam que houve cerceamento de defesa por errônea capitulação legal quanto à exclusão do Simples Nacional e no relatório do Auto de Infração (AI).

Acrescentam que o Auto de Infração não guarda correspondência fática ou jurídica com o Termo de Exclusão do Simples Nacional. Assim, a defesa teria ficado prejudicada porque, mediante o confronto do Termo de Exclusão do Simples Nacional e do relatório do Auto de Infração, não haveria clareza sobre qual a conduta atacada, nem sobre qual a verdadeira capitulação legal e, muito menos, por qual razão se responsabilizou o sócio-administrador.

Afirmam que a capitulação lacônica e inespecífica, que dá ensejo à lógica empreendida pelo Fisco estadual, implicaria em afronta direta ao exercício do contraditório e à ampla defesa.

Neste ponto deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que, efetivamente é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....
II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;

.....
Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

.....

Pela leitura dos dispositivos normativos acima transcritos e o confronto das regras neles dispostas com os fatos e fundamentos que nortearam a lavratura do presente Auto de Infração, não restou configurada a alegada nulidade do lançamento, uma vez restar demonstrado que este condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, inclusive das multas aplicadas, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Assim, considerando inclusive a reformulação levada a cabo pelo Fisco, não há razão para acolhimento da prefacial arguida, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas.

Ademais, os elementos constantes dos autos demonstram que os Impugnante compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação e os aditamentos apresentados, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação e da exclusão do Simples Nacional, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

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

Lembre-se que foi inclusive reaberto o prazo de impugnação.

Não resta dúvida de que foi proporcionado aos Impugnantes desenvolver sua defesa sem qualquer surpresa ou falta de informação, não se caracterizando cerceamento de seu direito de defesa.

Desta forma, estando presentes no lançamento todos os requisitos e pressupostos necessários à sua formalização, afasta-se a preliminar arguida.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito, e assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre:

1) falta de escrituração no Livro Caixa de todas as operações financeiras e bancárias, referente à conta corrente bancária nº 11.930, Agência nº 4239, de titularidade da Autuada, relativo aos exercícios de 2012 a 2014, caracterizando omissão de receitas de vendas de mercadorias no referido período, autorizando a presunção de saídas de mercadorias tributáveis desacompanhadas de documentação fiscal;

Exige-se o ICMS e as penalidades previstas no art. 55, inciso II e art. 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

2) falta de apresentação, mesmo após intimação da Fiscalização, dos extratos bancários de conta corrente de titularidade da Autuada.

Exige-se a penalidade prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Ainda neste processo, em virtude do cometimento das irregularidades acima, foi iniciado o procedimento de exclusão da Impugnante/Atuada do Simples Nacional, tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na Lei Complementar nº 123/06.

Da Coobrigação

Primeiramente cumpre verificar a aposição do sócio-administrador no polo passivo.

Os Impugnantes questionam a inclusão do sócio-administrador no polo passivo da relação tributária, inclusive abordando a falta de aposição de sustentação legal para tal responsabilização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Restou demonstrado no processo, por meio de cópia da 13ª alteração contratual do Contrato Social (fls. 305/307), que a administração da empresa é exercida pelo Coobrigado.

Induvidoso que o sócio-administrador, por sua posição, tinha poder de comando e conhecimento sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa.

Assim, o sócio-administrador responde pessoalmente pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, na dicção do art. 135, III do Código Tributário Nacional (CTN), c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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 n.º 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;

.....

Estes dispositivos são justamente aqueles utilizados pelo Fisco para sustentar a eleição do Coobrigado.

Verifica-se que a responsabilidade solidária do Coobrigado também advém da infração a dispositivo legal.

Destaca-se que não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira.

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

Portanto, correta a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, do sócio-administrador da empresa autuada.

Do Mérito Propriamente Dito

Na descrição dos fatos, contidos nas impugnações apresentadas, os Impugnantes (Autuada e o Coobrigado) afirmam que infere-se, pelo cotejo dos autos, que o contribuinte foi intimado da exclusão de ofício do Simples Nacional em razão da (i) suposta ausência de escrituração de movimentações bancárias no livro caixa relativas à conta corrente da pessoa jurídica e da (ii) suposta falta de emissão de notas fiscais de saída.

Continuam descrevendo os fatos dizendo que, segundo a Fiscalização, *“a ausência de escrituração de todas as operações financeiras e bancárias, no livro-caixa, conforme extratos requisitados junto ao Banco Itaú Unibanco S/A (referente à conta corrente n.º 11.930-0, agência n.º 4239, sob a titularidade de Lobo Indústria e Comércio de Metais Ltda.), atrairia a aplicação de presunção absoluta, de sorte a considerar todas as movimentações como decorrentes de venda de mercadorias, sujeitas, assim, à incidência do ICMS”*.

Entendem que a Fiscalização, mesmo *“dispondo de amplo aporte informacional para dar cumprimento ao objeto da Ação Fiscal”*, não conseguiu verificar nenhuma venda de mercadoria sem lastro em documento fiscal.

Questionam a presunção adotada pelo Fisco de que nenhum dos creditamentos da conta corrente da Impugnante/Atuada estavam escriturados no livro caixa e que todos estes lançamentos se referiam a operações tributadas pelo ICMS.

Afirmam também que, conforme demonstrado nos laudos apresentados, quase todos os lançamentos foram relacionados a emissão de notas fiscais tributadas.

Alegam que não foram demonstrados pela Fiscalização os motivos que, após a apresentação dos laudos que relacionavam os lançamentos às notas fiscais emitidas, a levaram a aceitar, ou não, as comprovações apresentadas.

Asseveram que, conforme registrado pela própria Fiscalização, a exclusão da empresa do Simples Nacional implica na tributação das operações decorrentes da compra e venda de mercadorias, na forma de débito e crédito, à alíquota de 18% (dezoito por cento). Porém, sequer foram considerados os créditos de ICMS decorrente das aquisições, ferindo, assim, o princípio constitucional da não-cumulatividade.

As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, como é o caso da Impugnante/Atuada, estão obrigadas a manter livro-caixa, onde será escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária, de acordo com o art. 26, § 2º da Lei Complementar n.º 123/06, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

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;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

.....
§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

No mesmo diploma legal, existe previsão para se aplicar, às empresas optantes pelo Simples Nacional, as presunções de omissão de receita nas legislações de regências dos impostos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

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.

Os §§ 1º e 2º do art. 49 da Lei estadual n.º 6.763/75 dispõem que para efeitos da fiscalização a legislação tributária é subsidiária, aplicando-se aos contribuintes do ICMS as presunções de receita nela previstas, a saber:

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

A Lei n.º 9.430/96 assevera que caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta corrente cuja comprovação da origem destes recursos não se der por meio de documentação hábil e idônea, *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.

O RICMS/02, em seu art. 194, § 3º, estabelece que a existência de recursos não comprovados na conta “Caixa” ou equivalente, autoriza a presunção de saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, nos seguintes termos:

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

(...)

§ 3º O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta “Caixa” ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacompanhadas de documento fiscal.

No caso, a Fiscalização de posse dos extratos bancários da conta corrente n.º 11.930, agência n.º 4239 do Banco Itaú S/A, obtida por meio de Requisição de Informações sobre Operações Financeiras (RIOF), verificou que diversos creditamentos nela existentes não estavam escriturados no livro-caixa.

Após a impugnação apresentada, a Defendente foi intimada a esclarecer os lançamentos registrados nos extratos, relacionando-os com as notas fiscais a que se referiam.

De posse dos esclarecimentos prestados, a Fiscalização efetuou minuciosa análise nos creditamentos existentes nos extratos bancários, retirando todos aqueles que a Impugnante comprovou se referirem a operações registradas no livro-caixa, conforme especificado no quadro de fls. 649/808.

O trabalho fiscal deixou evidente a existência de valores creditados na conta corrente sem registro no livro-caixa da Impugnante/Autuada e sem correspondência a uma nota fiscal.

Como a atividade que gera receita a Impugnante considerando seu ramo de atividades é a venda de mercadorias, a presunção é de que os valores que constituem recursos não comprovados, são provenientes de venda de mercadoria. Demonstrada, portanto, está a situação fática e sua perfeita subsunção nos dispositivos anteriormente mencionados que preveem a presunção legal.

Cumprido destacar que é admissível o uso de presunções, como meios indiretos de prova que são, 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 devido.

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 do Contribuinte. Antes pelo contrário, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutar a presunção do Fisco.

Assim, a utilização de presunções legais *juris tantum* leva ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária o dever de ilidir a respectiva imputação, produzindo provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração.

No caso presente os Impugnantes não alcançaram produzir provas suficientemente capazes de desconstituir o lançamento por completo, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 136 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

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.

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe aos Impugnantes. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, no caso dos autos, existência de recursos não comprovados na conta “Caixa” ou equivalente.

Com efeito, poderia a Impugnante/Autuada ilidir a acusação fiscal através de anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, da efetividade dos lançamentos questionados, o que não ocorreu quando da regular intimação não cumprida e, nem mesmo por ocasião da impugnação e dos aditamentos.

Portanto, correta a presunção de saída desacobertada de documentação fiscal, relativa aos recursos não comprovados, existentes na conta corrente mantida pela Impugnante junto ao Banco Itaú.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os Impugnantes questionam ainda a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) em todas as presumidas operações de saídas desacobertadas de documentação fiscal.

No entanto, a Fiscalização utilizou a alíquota de 18% (dezoito por cento) em atendimento ao disposto no art. 12, § 71 da Lei n.º 6.763/75, que assim determina:

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;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

O § 2º do art. 49, anteriormente transcrito, trata da utilização de presunções de omissão de receita existentes na legislação Federal, que é exatamente a hipótese aqui aventada.

Assim, correta a utilização da alíquota do imposto de 18% (dezoito por cento) nas referidas operações, uma vez que a Impugnante/Autuada não atendeu ao disposto nos incisos I e II, acima transcritos.

Deve, entretanto, ser levada em consideração a reformulação do lançamento levado a efeito pela Fiscalização que acolheu alguns dos argumentos apresentados pelos Impugnantes, conforme demonstrado às fls. 593/1.031.

Também merece ressalva o cálculo da Multa Isolada aplicada com base no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Isso ocorre em função da alteração recentemente promovida pela Lei n.º 22.796/17 que, por seu art. 19, modificou o § 2º do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Dispõe o art. 106, inciso II do Código Tributário Nacional que a norma nova aplica-se a caso não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, a saber:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

Sobre a matéria cumpre citar a obra Direito Tributário Brasileiro, atualizada pela Professora Misabel Abreu Machado Derzi (12ª edição – Editora Forense), a saber:

O inciso II do art. 106 do CTN estabelece três casos de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, desde que se trate de ato ainda não definitivamente julgado. A disposição não o diz, mas, pela própria natureza dela, há de entender-se como compreensiva do julgamento, tanto administrativo, quanto judicial.

Finalmente, no terceiro caso, à semelhança do art. 2º, parágrafo único, do CP, a pena menos severa da lei nova substitui a mais grave da lei vigente ao tempo em que foi praticado o ato punível.

Desta forma, deve ser adequada a Multa Isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, alterado pelo art. 19 da Lei n.º 22.796/17.

Em relação ao não atendimento às intimações do Fisco (fls. 02 e 05), onde se requisitava a apresentação dos extratos bancários, inclusive da conta corrente n.º 11.930, agência n.º 4239, do banco Itaú S/A, de titularidade da Impugnante/Autuada, alegando direito ao sigilo bancário previsto na Constituição Federal/88, a Defendente manifestou a intenção de não atender à intimação (fl. 10), em clara infringência ao art. 16, inciso III da Lei n.º 6.763/75.

Tendo em vista esta situação o Fisco requisitou os referidos extratos, mediante Requisição de Informações sobre Operações Financeiras – RIOF, nos termos do art. 79 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, junto à instituição financeira mencionada, que os encaminhou em 11 de março de 2016, conforme documento de fl. 207.

Diante deste fato, a Impugnante aduz que, sob nenhum aspecto, a opção de não atender à intimação do Fisco para entrega dos extratos bancários obstou a atuação da autoridade fiscal, que valendo-se do art. 6º, da Lei Complementar n.º 105/01, obteve os mesmos perante o Banco Itaú.

No entanto, não obstante a Fiscalização tenha obtido os extratos por meio da RIOF, a irregularidade pelo não atendimento à intimação não pode ser suprida exclusivamente por este fato.

Trata-se de infração objetiva e a conduta da Impugnante está perfeitamente descrita na legislação que estabelece a penalidade exigida pelo Fisco.

Portanto, correta a cobrança da Multa Isolada, por falta de atendimento à intimação do Fisco, nos termos do art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei n.º 6.763/75.

Da Exclusão do Simples Nacional

Concernente à exclusão do regime previsto no Simples Nacional, os Impugnantes afirmam que a Fiscalização, baseada nas presunções absurdas de ausência de escrituração de todos os lançamentos contidos na conta bancária e a suposta ausência de emissão de documentos fiscais relativos às conjecturadas operações de venda de mercadorias, verificou as hipóteses ensejadoras de exclusão de ofício do Simples Nacional.

Acredita que as infrações enumeradas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 são taxativas, o que significa dizer que nem todas as infrações das micro e pequenas empresas serão punidas com a exclusão de ofício do regime.

Interpreta que, com base no inciso VIII do dispositivo acima, em não havendo escrituração de livro caixa, *“permite-se que a pessoa jurídica apresente documentos outros que possibilitem o conhecimento das suas movimentações financeiras, como notas fiscais ou extratos bancários”*.

Diz que a Fiscalização não demonstrou qual transação e qual valor que ensejaram a constatação da ocorrência do fato gerador do ICMS e a consequente ausência de emissão de documento fiscal, que determinaram a exclusão do Simples Nacional, com base na “reiterada falta de emissão de notas fiscais de vendas de mercadorias”.

Aduz que a Fiscalização fez constar no Termo de Exclusão do Simples Nacional, os seguintes motivos para a exclusão: (i) prática reiterada de; (i.i) falta de escrituração da movimentação bancária e (i.ii) não emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias. No entanto, não há, seja no AI, seja no Termo de Exclusão do Simples Nacional, notícia de qualquer prática reiterada nos termos do § 9º, do art. 29, da Lei Complementar n.º 123/06.

Observa, ainda com base no dispositivo acima, que para ser desenquadrada do Simples Nacional *“seria necessário que antes da presente autuação a Contribuinte tivesse sido também autuada/notificada sobre o mesmo fato, o que não ocorreu”*.

Porém, conforme demonstrado anteriormente, as presunções adotadas pela Fiscalização para determinação das infrações cometidas, estão fundamentadas na legislação que rege a matéria.

Demonstrou-se também que não foram todas os creditamentos da conta corrente bancária que foram presumidos como decorrentes de vendas de mercadoria desacobertada. Foram assim considerados apenas aqueles que a Impugnante não comprovou a origem dos recursos.

Importa frisar que o crédito tributário deste processo não é originário da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional. A Fiscalização no relatório do Auto de Infração já informava que não havia no presente processo *“exigência de tributos ou penalidades por exclusão de referido regime, mas sim, relativamente a operações não declaradas”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Termo de Exclusão do Simples Nacional é que se se deu em virtude do cometimento da infração discriminada no Auto de Infração, conforme informação contida no Termo original (fls. 26/27) e no retificado (fls. 596/597).

Portanto, no que concerne à exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a não escrituração no livro-caixa da movimentação bancária e a não comprovação da origem dos recursos creditados em conta corrente de titularidade da Impugnante, que autorizaram a presunção de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos VIII e XI da Lei Complementar n.º 123/06, e inciso IV, alíneas “g” e “j”, e § 6º, inciso I, todos do art. 76 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11.

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:

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

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.

§ 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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Resolução CGSN nº 94/11:

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 subseqüentes, nas seguintes hipóteses:

~~.....
g) houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;~~

g) for constatada:

(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 131, de 06 de dezembro de 2016) (Vide Resolução CGSN nº 131, de 06 de dezembro de 2016)

.....
2. a falta de escrituração do Livro Caixa ou a existência de escrituração do Livro Caixa que não permita a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, para a ME e EPP que não receber o aporte de capital a que se refere o item 1;

(Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 131, de 06 de dezembro de 2016);

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

.....
§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável na forma do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 2º)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

.....
§ 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;

.....
As infrações cometidas pela Autuada, que os Impugnantes informam às fls. 270 e 403 constar do Termo de Exclusão do Simples Nacional, são sim ensejadoras da exclusão de tal regime, com fulcro nos dispositivos acima transcritos.

Uma das infrações ensejadoras da exclusão cometida, foi a falta da escrituração do livro-caixa da movimentação bancária da empresa, não permitindo, como consequência sua identificação. Esta escrituração não pode ser substituída pela apresentação de nenhum outro documento, como pretendia a Impugnante.

A leitura do inciso VIII do art. 29, da Lei Complementar n.º 123/06, permite verificar que qualquer uma das duas hipóteses ali contempladas são motivos de exclusão do Simples Nacional.

A prática reiterada da saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal está plenamente caracterizada nos autos. A Fiscalização demonstrou, nas planilhas por ela anexadas ao lançamento, que ao longo de todo o período autuado a Impugnante cometeu esta infração, formalizada por intermédio do Auto de Infração ora em análise.

Assim, também face ao disposto no inciso XI do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/06, deve a Autuada ser excluída do Simples Nacional.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN n.º 94/11, 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 n.º 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

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.

§ 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.

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

No caso, a Defesa foi intimada do “Termo de Exclusão” e do Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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 n.º 21.258/14/3ª:

EMENTA

(...)

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS 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, ALÍNEAS “D” E “J” DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

(...)

Frisa-se que, conforme informado pela Fiscalização na parte final do quadro “RELATÓRIO” do Auto de Infração, as exigências fiscais constantes no Auto de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Infração (AI) em análise referem-se apenas às operações não declaradas nos termos previstos na Lei Complementar n.º 123/06.

O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que poderá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 593/1.031, e ainda para adequar a Multa Isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei n.º 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. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pelos Impugnantes sustentou oralmente o Dr. Alex Fernandes Leite Lira Gomes e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Erick de Paula Carmo e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 22 de fevereiro de 2018.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

P