

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.071/18/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000690540-94
Recurso de Revisão: 40.060145734-61
Recorrente: Total Comércio Indústria de Cereais Eireli
IE: 001051283.00-96
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigado: Raul Correa de Freitas
CPF: 961.622.796-34
Proc. S. Passivo: Abelardo de Lima Ferreira/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário. Mantida a decisão recorrida.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Legítima a manutenção do sócio-administrador no polo passivo da obrigação tributária, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN. Matéria não objeto do Recurso.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA “CAIXA /SALDO CREDOR. Constatou-se, após a recomposição da conta “Caixa”, saldo credor em conta tipicamente devedora, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 e do art. 194, § 3º do RICMS/02. A Autuada não trouxe aos autos quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração contábil, de forma objetiva, de modo a contraditar o levantamento procedido pelo Fisco. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada capitulada na alínea “a” do inciso II do art. 55, majorada pela reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para exclusão da majoração da multa isolada pela constatação de reincidência nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “a”, do CTN, tendo em vista a revogação, pelo art. 79, inciso I, alínea “e”, da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017, dos dispositivos da Lei nº 6.763/75 (art. 53, §§ 6º e 7º) que previam a referida majoração. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão conhecido e não provido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, no mês de janeiro de 2012, apurada mediante a constatação da existência de saldo credor na conta “Caixa”, presunção autorizada pelo disposto no art. 194, inciso I, § 3º do RICMS/02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, majorada pela reincidência, conforme art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.880/18/3ª, à unanimidade, julgou, quanto à prejudicial de mérito, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, também à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 262/264, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante Total Comércio Indústria de Cereais Ltda, sustentou oralmente o Dr. Guilherme Barbosa Pittella e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 358/408.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão indicado como paradigma: 21.675/17/2ª (cópia às fls. 409/420).

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 423/430, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

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.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma

matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Cumprе esclarecer, *a priori*, que o pressuposto de cabimento para o Recurso de Revisão, conforme previsto no inciso II do art. 163 do RPTA, não leva em consideração decisões tomadas pelo Poder Judiciário ou por outros órgãos de jurisdição administrativa, tendo em vista que o objetivo processual de uniformização das decisões pretendido com essa possibilidade recursal se circunscreve às possíveis divergências jurisprudenciais ocorridas no âmbito deste Órgão Julgador, o CC/MG.

A Autuada sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº 21.675/17/2ª (cópia às fls. 409/420).

Cumprе ressaltar que citada decisão foi submetida à apreciação, em sede recursal, pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, na sessão do dia 27/04/18, sendo reformada no aspecto abordado para efeito de cabimento do Recurso, ou seja, a decadência, conforme decisão proferida no Acórdão nº 5.061/18/CE.

Porém, considerando que o presente Recurso de Revisão foi protocolado nas dependências deste Órgão Julgador em 17/04/18 (fls. 358), constata-se, com fulcro no art. 59 do citado RPTA, que citada decisão apontada como paradigma encontra-se apta a ser analisada quanto aos pressupostos de cabimento, tendo em vista que na data da interposição do Recurso a decisão não havia ainda sido reformada.

RPTA:

Art. 59. Além das hipóteses previstas no inciso II do art. 165 do RPTA, o Recurso de Revisão interposto com base no inciso II do art. 163 do RPTA não será conhecido se versar sobre questão consubstanciada em acórdão paradigma reformado em caráter definitivo.

Dessa forma, passa-se à análise quanto aos pressupostos de admissibilidade do Recurso em relação à decisão proferida no Acórdão nº 21.675/17/2ª.

Como já informado, a matéria abordada para efeito de cabimento do Recurso refere-se à perda do direito da Fiscalização de promover o lançamento, ou seja, a decadência.

A decisão recorrida cuida de lançamento relativo a saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Por sua vez, o lançamento referente à decisão apontada como paradigma cuida de recolhimento a menor de imposto em decorrência de aplicação incorreta de alíquota.

A decisão apontada como paradigma sustenta o entendimento de que a limitação temporal do direito da Fiscalização de lançar se fundamenta no § 4º do art. 150 do CTN, ao passo que a decisão recorrida observa o art. 173 do CTN.

Importante destacar que o lançamento relativo à decisão recorrida trata de situação em que o Sujeito Passivo age com dolo elementar (saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais).

Contudo, nas razões de aplicação do art. 173 do CTN e, conseqüentemente, de não aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, não há fundamentação específica pertinente a esse aspecto.

Nesse sentido, verifica-se que se encontra caracterizada divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Diante do exposto, reputa-se atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), comprovando-se o preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, encontram-se configurados os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Do Mérito

Cumpra de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

De início, a Recorrente alega que não foi excluída a majoração da multa isolada por reincidência, conforme estabelecido pela Lei 22.549/17.

Contudo, observando-se a reformulação do crédito tributário realizada pela Fiscalização, às fls. 262/264, e comparando-a com o crédito tributário original, às fls. 03 e 20 dos autos, verifica-se, sem muito esforço, que realmente foi excluída do lançamento original a majoração da multa isolada, por reincidência, no valor de R\$ 356.735,11 (trezentos e cinquenta e seis mil, setecentos e trinta e cinco reais e onze centavos).

Em seguida, a Recorrente sustenta a perda do direito da Fiscalização de lançar – decadência –, com fulcro no § 4º do art. 150 do CTN.

Contudo, verifica-se que não prospera a alegação da Impugnante.

Há que se mencionar que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem do prazo fixada no art. 173, inciso I, do CTN, a seguir reproduzido, conforme entendimento que prevalece neste Conselho de Contribuintes:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Nessa linha de entendimento, como a intimação do Auto de Infração se deu em 16/03/17 (fls. 04 dos autos), não se verifica a perda do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2012, nos termos da norma ínsita no dispositivo legal retro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Convém ainda destacar, caso se entendesse pela aplicação ao presente caso da norma posta no art. 150, § 4º do CTN, a ressalva contida no referido parágrafo que determina que as disposições contidas em tal dispositivo não se aplicam em caso de ocorrência de dolo, como no caso em comento (saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal):

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso dos autos, a irregularidade tratada é saída de mercadoria sem acobertamento fiscal, conduta essa que tem como elemento subjetivo o dolo elementar caracterizado pela omissão de receita no sentido de suprimir ou reduzir tributo.

Ressalta-se que a própria Fiscalização expõe tal circunstância, conforme informação às fls. 19 dos autos, nos seguintes termos: “*O presente auto de infração trata de caso típico de dolo, fraude ou simulação, motivo pelo qual incluímos como coobrigado o sócio administrador Raul Correa de Freitas C.P.F.: 961.622.796-34*”.

Assim, por qualquer prisma que se analise, não há dúvida de que, no presente caso, deve ser observado o disposto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional para a contagem do prazo decadencial.

Na sequência, a Recorrente questiona a presunção utilizada pela Fiscalização para caracterização do ilícito tributário de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Sustenta quer a esmagadora jurisprudência administrativa e mesmo a judicial não aceitam a presunção como forma de autuação, tecendo várias considerações a respeito do tema.

Contudo, razão não assiste à Recorrente.

O Decreto nº 3.000/99, que regulamenta o Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, em seu art. 287, trata de uma das hipóteses de presunção da omissão de registro de receitas, *in verbis*:

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo do imposto a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica.

Na legislação mineira, a presunção está regulamentada no art. 49, § § 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 194, § 3º, do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete a 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.

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;

(...)

§ 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.

Observa-se que a presunção legal do art. 194, § 3º, do RICMS/02, não se restringe aos casos de "saldo credor na conta Caixa", mas também autoriza a utilização

da presunção quando existirem recursos não comprovados na conta “Caixa” ou equivalente.

Ressalta-se que a utilização de presunção pela Fiscalização não inibe a apresentação de provas por parte do contribuinte em sentido contrário ao fato presumido. Pelo contrário, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutar a presunção.

Sobre a questão a Doutora 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.

De acordo com a doutrina e jurisprudência, a presunção no direito tributário é perfeitamente aceita, conforme fundamentação posta no Acórdão nº 202-16.146, do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que ora se reproduz:

Acrescentem-se, ainda, as palavras de Antônio da Silva Cabral in ‘Processo Administrativo Fiscal’, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, página 311:

8. Valor da prova indireta. Em direito fiscal conta muito a chamada prova indireta. Conforme consta do Ac. CSRF/01-0.004, de 26-10-1979, ‘A prova indireta é feita a partir de indícios que se transformam em presunções. Constitui o resultado de um processo lógico, em cuja base está um fato conhecido (indício), prova que provoca atividade mental, em persecução do fato conhecido, o qual será causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio, quando positivo, constitui a presunção. O fisco se utiliza da prova indireta, mediante indícios e presunções, sobretudo para descobrir omissões de rendimentos ou de receitas.

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

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova deveria ter sido produzida pela Recorrente. À Fiscalização cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção como, no caso dos autos, existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta “Caixa”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, conclui-se pela correta utilização da presunção prevista em lei, pela Fiscalização, para fundamentar o lançamento.

A Recorrente discorre de forma extensa sobre a constituição do crédito tributário, sobre a natureza do ato administrativo, sobre o procedimento administrativo fiscal, sobre princípio do ônus da prova e sobre o princípio da legalidade.

Contudo, verifica-se que as matérias abordadas não têm qualquer serventia para desqualificar o lançamento realizado pela Fiscalização.

Os fundamentos constantes da decisão recorrida não deixam qualquer margem de dúvida quanto à validade e legalidade do lançamento.

Reitera-se que quanto às assertivas de ilegalidade, inconstitucionalidade, desproporcionalidade e irrazoabilidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Dessa forma, conclui-se que não merece reforma a decisão, devendo ser mantida em sua integralidade.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, à unanimidade, em lhe negar provimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Pela Recorrente, assistiu ao julgamento o Dr. Guilherme Barbosa Pittella. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão, Marco Túlio da Silva e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 29 de junho de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator