

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.310/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001174346-45
Impugnação: 40.010147428-88
Impugnante: Casa da Ordenha Comércio Agropecuário Eireli
IE: 042116976.00-26
Coobrigado: Tiago Elias Nunes
CPF: 061.905.356-90
Proc. S. Passivo: José Alexandre Bernardes/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 estatuto, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

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. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu, de forma reiterada, saídas 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 somente a partir de fevereiro de 2014, de acordo com o art. 29, §§ 1º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, de falta de recolhimento de ICMS, em razão de suprimentos indevidos de “Caixa”, que correspondem a ingressos de valores na Conta “Caixa” sem comprovação de origem e lastro em documentos fiscais e contábeis, realizados por meio de pagamentos de despesas e boletos, cheques compensados e transferências bancárias.

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 c/c com 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, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

O sócio-administrador, Tiago Elias Nunes, foi incluído, como Coobrigado, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ele praticados, resultando no descumprimento 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.

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 Infração-AI (fls. 04/08); Relatório Fiscal (fls. 09/10); Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000027454.69 (fls. 11/12); Quadro I – Relação de Suprimentos Indevidos de Caixa (fls. 13/66); Quadro II – Cálculo do Imposto Devido (fls. 67); Quadro III – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 68); Livros Razão (fls. 69/265); Livros Diário (fls. 266/593); Extratos bancários - Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal (fls. 594/700); DANFE da NFe nº 241 (fls. 701); Intimações fiscais e respectivos Avisos de Recebimento e resposta da Contribuinte (fls. 702/706).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 709/718, em relação ao lançamento, e às fls. 726/730, no que tange ao “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em Manifestação de fls. 742/746, refuta as alegações da Defesa, requerendo, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG emite seu parecer (fls. 756/782), no qual opina, em preliminar, pela rejeição da nulidade arguida. Quanto ao mérito, opina-se pela procedência do lançamento. Opina, ainda, pela procedência parcial da impugnação

relativa à exclusão do Simples Nacional, para considerar seus efeitos somente a partir de fevereiro de 2014.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria deste Conselho foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, ao argumento de que o trabalho fiscal se deu de forma ilegal.

Afirma que “*no presente caso a quebra do sigilo bancário da Impugnante se deu de forma ilegítima e ilegal, pois a pressão exercida pelo Sr. Fiscal sobre o Contador da Impugnante foi extremamente pernicioso e o colocou em situação aflitiva, até que cedeu ao pedido e forneceu os extratos do Contribuinte*”.

Acrescenta que a Lei Complementar nº 105/01 permite o acesso do Fisco aos dados bancários do contribuinte, porém, “*para o acesso, que não é direto, é necessário o fornecimento de todos os dados possíveis, que justifiquem o ato, ou seja, o pedido de extrato à instituição bancária ou ao judiciário deve ser fundamentado*”.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois, conforme declarado pelo Fisco e pela própria Defesa, os extratos bancários, bem como os livros Razão e Diário, que integram os autos, foram entregues pela Contribuinte **diretamente** ao Fisco, em atendimento à Intimação Fiscal de fls. 702.

É cediço que os extratos bancários, como quaisquer outros documentos vinculados aos lançamentos contábeis relacionados à escrituração, são de apresentação obrigatória ao Fisco. Veja o que dispõe a legislação tributária:

CTN

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Lei nº 6.763/75

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, livros, documentos fiscais, programas e arquivos com registros eletrônicos, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;

(...)

Art. 50. São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

(...)

Art. 204. Os livros, meios eletrônicos e documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição obrigatória ao Fisco.

RICMS/02

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

IV - elaborar, preencher, exibir ou entregar ao Fisco documentos, programas e arquivos com registros eletrônicos, comunicações, relações e formulários de interesse da administração tributária, relacionados ou não com sua escrita fiscal ou contábil, quando solicitado ou nos prazos estabelecidos pela legislação tributária;

(...)

Art. 190. As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

(...)

Art. 193 - Os livros, meios eletrônicos e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los, (...)

Observa-se que, entre as obrigações do contribuinte, consta até mesmo apresentação de documentos **relacionados ou não** com a escrita fiscal ou contábil.

Registra-se que os extratos bancários são, básica e essencialmente, o espelho de operações diretamente vinculadas às atividades comerciais ou industriais, portanto, integrante tanto da escrita fiscal quanto da escrita contábil.

Vale comentar que a recusa em entregar documentos ao Fisco constitui prova contra o próprio contribuinte, o que está literalmente expresso no art. 139, parágrafo único, do RPTA:

Art. 139. A entrega ou exibição do documento ou coisa não poderá ser negada:

I - se houver obrigação de entregá-los ou exibi-los, prevista na legislação aplicável;

II - se aquele que o tiver em seu poder a eles houver feito referência com o propósito de constituir prova.

Parágrafo único. A recusa de exibição de documento ou coisa faz prova contra quem a deu causa.

Assim, considerando a legislação tributária, a Contribuinte entregou toda a documentação solicitada pelo Fisco mediante intimação, não havendo necessidade de qualquer quebra de sigilo bancário, o que demandaria, de fato, todo um procedimento específico para obtenção dos dados bancários.

Não há nenhuma irregularidade na utilização dos extratos bancários como prova no presente Auto de Infração, na medida em que eles foram entregues espontaneamente pela Contribuinte, o que afasta qualquer alegação de ofensa ao devido processo legal ou mesmo de ilicitude de sua origem.

Assim, não se mostrou caracterizada ofensa ao devido processo legal ou ilicitude das provas que justifique a nulidade do feito.

Por oportuno, vale registrar que 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.

Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Acrescenta-se que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Sujeitos Passivos todos os prazos legalmente previstos para apresentar a defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Portanto, em momento algum o trabalho do Fisco esteve dissociado de qualquer dos princípios legais constitucionais que regem os atos da administração pública.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, de falta de recolhimento de ICMS, em razão de suprimentos indevidos de “Caixa”, que correspondem a ingressos de valores sem comprovação de origem e lastro em documentos fiscais e contábeis, realizados por meio de pagamentos de despesas e boletos, cheques compensados e transferências bancárias.

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.

Exigências de 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.

O sócio-administrador, Tiago Elias Nunes, foi incluído, como Coobrigado, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ele praticados, resultando no descumprimento 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.

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.

De acordo com os documentos constantes dos autos, verifica-se que a Contribuinte foi intimada pelo Fisco a apresentar Livro Diário, Livro Razão (Caixa e Bancos) e extratos bancários de todas as contas da empresa, relativos ao período de 2014 a 2016 (*vide* Intimação Fiscal de fls. 702).

A empresa, então, apresentou ao Fisco todos os documentos solicitados, os quais foram acostados aos autos às fls. 69/700.

Analisando referidos documentos, o Fisco constatou diversos suprimentos de “Caixa”, que, a princípio, encontravam-se indevidos, uma vez que se referiam a valores debitados da conta bancária para pagamentos de despesas e boletos, cheques compensados e transferências bancárias.

Dessa forma, o Fisco exarou nova Intimação Fiscal (fls. 704), para a Contribuinte apresentar “*justificativa dos lançamentos de Suprimento de Caixa conforme extratos*”.

De acordo com o documento de fls. 706, a Contribuinte declarou que os valores lançados como Suprimentos de “Caixa”, contabilizados nos livros apresentados, “*foram usados para pagamentos de fornecedores, impostos, salários e*

demais despesas e custos da empresa sendo direcionados à conta caixa e desta aos respectivos pagamentos” (destacou-se).

Contudo, a Contribuinte não apresentou qualquer documento que comprovasse o alegado, ou seja, não demonstrou os lançamentos retificadores na Conta “Caixa” vinculados aos “respectivos pagamentos”.

Assim, constatando que tais ingressos de valores na Conta “Caixa” se encontravam sem comprovação de origem e lastro em documentos fiscais e contábeis, caracterizando, assim, suprimentos indevidos de “Caixa”, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para as exigências fiscais cabíveis relativas aos recursos listados no Quadro I de fls. 13/66, os quais foram extraídos dos documentos contábeis da empresa (Livros Diário e Razão e extratos bancários), referentes aos exercícios de 2014 a 2016.

O cálculo mensal do ICMS devido está demonstrado no Quadro II de fls. 67, e o Demonstrativo do Crédito Tributário encontra-se acostado às fls. 68 dos autos, integrando o Quadro III do Auto de Infração.

Cumpre reiterar que essas irregularidades autorizam a presunção legal 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, combinado com art. 194, § 3º, do RICMS/02 e art. 282 do Decreto nº 3.000/99, vigente à época do lançamento:

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)

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.

(grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RIR/2005, aprovado pelo Decreto 3.000/99
(revogado pelo Decreto 9.580/18:

Suprimentos de Caixa

Art. 282. Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrá-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 12, § 3º, e Decreto-Lei n° 1.648, de 18 de dezembro de 1978, art. 1º, inciso II).

Decreto n° 9.580/18

Suprimentos de caixa

Art. 294. Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou por outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrá-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou por acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas.

(grifou-se)

Conforme se depreende dos dispositivos legais supracitados, a constatação da 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.

Assim, cabe ao contribuinte 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, vale comentar que 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.

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas, reiterando, essa prova cabe ao contribuinte, explicitando a origem dos recursos do ativo. 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”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a presunção pelo Fisco não inibe a apresentação de provas por parte do contribuinte em sentido adverso ao fato presumido. Antes pelo contrário, faz crescer a necessidade de apresentação de tal prova a fim de refutar a presunção fiscal.

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.

Assim, 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 demonstram 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, PRODUZIR 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).

Pela importância, destaca-se que, de acordo com as normas contábeis, os recursos objeto de autuação, oriundos de conta bancária para pagamentos de despesas e boletos, cheques compensados e transferências bancárias, não são passíveis de serem transitados pela Conta “Caixa”.

Ainda assim, se o contabilista transitou tais recursos pela Conta “Caixa”, deverá, obrigatoriamente, na mesma data, retificar o lançamento anterior, creditando os mesmos valores na Conta “Caixa” e debitando os destinatários, seja ele fornecedor ou mesmo outra conta bancária da própria empresa.

Tais lançamentos representariam o “lançamento cruzado ou duplo”, ou seja, aquele em que a empresa efetua o pagamento via Banco, contabilizando a transferência para o “Caixa”, e imediatamente contabiliza o pagamento (por meio do “Caixa”), retificando o lançamento anterior, conforme o seguinte lançamento exemplificativo:

D- (conta debitada): Fornecedor/Despesas/Contas a Pagar;

C- (conta creditada): Caixa;

Histórico: retificação lançamento xyz

Contudo, no presente caso, não obstante ter sido devidamente intimada, a Contribuinte não apresentou qualquer documento hábil que pudesse comprovar a alegação defensiva de que os recursos objeto de autuação foram “*direcionados à conta caixa e desta aos respectivos pagamentos*”, não comprovando que o ingresso de recurso na Conta “Caixa” teve sua respectiva saída na mesma data e valor da respectiva conta, o que conduz à presunção de que tais recursos se originaram de receitas omitidas.

Observa-se, então, que a Contribuinte tem o procedimento usual de suprir indevidamente a Conta “Caixa” com valores que são, na verdade, recursos debitados da conta bancária para pagamentos de fornecedores ou transferências bancárias ou despesas diversas, fato que é reconhecido pela própria Contribuinte na declaração de fls. 706.

Registra-se que, da mesma forma que os valores que serviram para pagamentos (conforme extratos bancários) não podem suprir a Conta “Caixa”, os cheques compensados também não podem, muito menos as transferências bancárias.

Conveniente destacar que a jurisprudência deste Conselho e de outros Conselhos (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) é firme no sentido de que a compensação bancária pressupõe que os recursos saíram de contas bancárias, no caso da Autuada, com destino a contas de terceiros, assim tais recursos não poderiam suprir a Conta “Caixa”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pede-se vênia para transcrever excertos de decisão deste Conselho, que bem esclarecem a presunção de saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal amparada na constatação de suprimentos da Conta “Caixa” por meio de cheques compensados e outros:

ACÓRDÃO: 21.559/14/1ª

RITO: SUMÁRIO

PTA/AI: 01.000195667-09

(...)

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL FACE À EXISTÊNCIA DE RECURSOS NÃO COMPROVADOS E SALDO CREDOR NA CONTA “CAIXA”, PRESUNÇÃO AUTORIZADA PELO DISPOSTO NO ART. 49, § 2º DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 194, § 3º DA PARTE GERAL DO RICMS/02.

(...)

DESTAQUE-SE INICIALMENTE QUE OS CHEQUES LIQUIDADOS POR MEIO DE COMPENSAÇÃO BANCÁRIA E AS OPERAÇÕES ELETRÔNICAS, POR SUA NATUREZA, NÃO SE PRESTARIAM AO SUPRIMENTO DO CAIXA, UMA VEZ QUE ESTÁ AFASTADA A POSSIBILIDADE DE SAQUE DE NUMERÁRIO.

DESSA FORMA, RESTARIA A HIPÓTESE DE LANÇAMENTOS CRUZADOS, OU SEJA, AQUELES EM QUE PRIMEIRO CONTABILIZA-SE O CHEQUE A DÉBITO NA CONTA “CAIXA” E A CRÉDITO NA CONTA BANCOS E, IMEDIATAMENTE, CONTABILIZA-SE A CONTRAPARTIDA (PAGAMENTO DE DESPESA, FORNECEDOR, ETC.), CREDITANDO A CONTA “CAIXA” E DEBITANDO AS RESPECTIVAS CONTAS DE DESPESAS, LANÇAMENTOS ESSES DE DATA E VALOR EQUIVALENTES.

(...)

AS OPERAÇÕES ELETRÔNICAS (TRANSFERÊNCIA *ONLINE*) SÃO OPERAÇÕES FINANCEIRAS DE TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS ENTRE CONTAS BANCÁRIAS, INEXISTINDO A POSSIBILIDADE DE A EMPRESA EFETUAR UMA TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA PARA O SEU CAIXA.

AINDA ASSIM, SE O CONTABILISTA TRANSITOU O TED PELA CONTA “CAIXA”, DEVERIA NA MESMA DATA LANÇAR O MESMO VALOR, A CRÉDITO DA CONTA “CAIXA” E A DÉBITO DO DESTINATÁRIO, SEJA ELE FORNECEDOR OU ATÉ MESMO OUTRA CONTA BANCÁRIA DA PRÓPRIA EMPRESA.

QUANTO AOS RECURSOS CONTABILIZADOS NO “CAIXA” ORIUNDO DE DÉBITOS AUTOMÁTICOS, POR SUA NATUREZA, É INADMISSÍVEL O SUPRIMENTO DO CAIXA COM VALORES DESTINADOS AO PAGAMENTO DE DESPESAS EFETUADAS DIRETAMENTE NA CONTA BANCÁRIA DA EMPRESA.

(...)

VERIFICA-SE DA ANÁLISE DAS MICROFILMAGENS APRESENTADAS PELA AUTUADA QUE OS CHEQUES, NOMINAIS À CONTRIBUINTE, ERAM ENDOSSADOS E UTILIZADOS PARA PAGAMENTOS, CONFORME AUTENTICAÇÃO BANCÁRIA NO VERSO, E LANÇADOS NOS EXTRATOS BANCÁRIOS COMO “SAQUES PARA PAGAMENTO”.

PORTANTO NÃO SE PRESTAM AO SUPRIMENTO DO CAIXA, UMA VEZ QUE OS RECURSOS NÃO FORAM INGRESSADOS NO CAIXA E, TAMPOUCO, FOI FEITA A CONTABILIZAÇÃO A CRÉDITO DO CAIXA E A DÉBITO DAS RESPECTIVAS CONTAS DE DESPESAS, NA MESMA DATA E VALOR CORRESPONDENTE.

(...)

A DEFESA ENTENDE QUE A MICROFILMAGEM DOS CHEQUES, POR SI, SERVE À DESCONSTITUIÇÃO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDA DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, QUE SÓ DEVERIAM SER MANTIDAS CASO O CONTRIBUINTE NÃO DEMONSTRASSE QUE OS VALORES EM QUESTÃO, INDEPENDENTE DA FORMA DE LANÇAMENTO OU MESMO DA SUA EXISTÊNCIA, NÃO REPRESENTASSE OPERAÇÕES SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO PELO ICMS.

NO ENTANTO, NÃO LHE CABE RAZÃO.

É CEDIÇO 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”.

A AUTUADA DEMONSTROU QUE OS RECURSOS LANÇADOS A DÉBITO DO CAIXA SÃO ORIUNDOS DE VALORES DE CHEQUES DE EMISSÃO PRÓPRIA LIQUIDADOS POR COMPENSAÇÃO BANCÁRIA.

SABE-SE QUE A COMPENSAÇÃO BANCÁRIA PRESSUPÕE QUE OS RECURSOS SAÍRAM DE CONTAS DA IMPUGNANTE COM DESTINO A CONTAS DE TERCEIROS, ASSIM TAIS RECURSOS NÃO PODEM SUPRIR O CAIXA.

DESSA FORMA, REPITA-SE, NO CASO DE SE ADOTAR O PROCEDIMENTO DE “LANÇAMENTO CRUZADO”, OU SEJA, AQUELE EM QUE PRIMEIRO CONTABILIZA-SE O CHEQUE A DÉBITO NA CONTA “CAIXA” E A CRÉDITO NA CONTA BANCOS E, IMEDIATAMENTE LANÇA-SE A CONTRAPARTIDA (PAGAMENTO DE DESPESA, FORNECEDOR, ETC.), CREDITANDO A CONTA “CAIXA” E DEBITANDO AS RESPECTIVAS CONTAS DE DESPESAS, LANÇAMENTOS ESTES DE DATA E VALOR EQUIVALENTES, DEVERIA A IMPUGNANTE TER APRESENTADO O REFERIDO LANÇAMENTO, O QUE ANULARIA O EFEITO DO CHEQUE NO CAIXA.

NÃO BASTA COMPROVAR QUE A DESPESA FOI REALIZADA, MAS SIM, QUE FOI CORRETAMENTE CONTABILIZADA.

ASSIM SENDO E, CONSIDERANDO-SE QUE A AUTUADA NÃO DEMONSTROU A CONTABILIZAÇÃO DA DESPESA, CREDITANDO A

CONTA “CAIXA”, NÃO RESTA QUALQUER DÚVIDA QUE O PROCEDIMENTO FISCAL ESTÁ CORRETO, ESTORNANDO OS VALORES DA CONTA “CAIXA”, O QUE RESULTOU EM SALDO CREDOR NA REFERIDA CONTA, ESTANDO ASSIM CARACTERIZADA A SAÍDA DE MERCADORIAS, TRIBUTÁVEIS PELO ICMS, DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

(DESTACOU-SE).

Assim, considerando que a Contribuinte reconhece que os valores em análise *“foram usados para pagamentos de fornecedores, impostos, salários e demais despesas e custos da empresa”*, mas foram lançados na Conta “Caixa”, suprimindo o “Caixa”, sem que houvesse um lançamento cruzado, restou demonstrado que, na verdade, trata-se de recursos que saíram da conta bancária, mas que tiveram destinos diversos, não podendo ser considerados como Suprimentos de “Caixa”.

Destaca-se que, mesmo que os pagamentos sejam verdadeiros, o cerne da questão é o suprimento indevido na Conta “Caixa”, lançado pela empresa como entrada de recurso proveniente do Banco, mas que, na verdade, corresponde a pagamentos diversos/transferências bancárias, que, por sua vez, não foram devidamente contabilizados.

Convém destacar que é cediço que a falta de lançamentos de pagamentos na escrita contábil tem, por objetivo, impedir o surgimento de saldo credor de Caixa.

Portanto, como a Contribuinte utilizou a saída financeira do Banco, destinada a despesas/transferências bancárias, para suprir indevidamente o Caixa, correta a presunção de que tais recursos sem comprovação de origem, caracterizados como omissão de receitas, correspondem a saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, restando, conseqüentemente, corretas as exigências fiscais.

A Impugnante declara, em sua peça de defesa, que foi surpreendida com a autuação, não obstante tenha apresentado Denúncia Espontânea, a qual *“foi protocolada e devidamente sancionada pelo fisco, que imediatamente emitiu as guias que foram e estão sendo quitadas pelo contribuinte”*.

Utiliza o art. 1º da Lei Complementar nº 123/06, no que tange a tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, para alegar que o Fisco deveria ter favorecido a empresa e a ajudado na emissão da Denúncia Espontânea.

Alega que o presente contencioso se origina da presunção fiscal de omissão de receita com base em informações obtidas junto ao contador sem respeitar o processo legal, ao argumento de que os livros não são registrados e os documentos não contabilizados. Entende, então, que o Fisco deveria efetuar diligência para verificação dos documentos.

No tocante à declaração da empresa de que foi apresentada Denúncia Espontânea, o Fisco esclareceu em sua manifestação fiscal que referida Denúncia trata de outro indício detectado na fiscalização.

Relata que, em fase de atividade exploratória sobre a Contribuinte, prevista no inciso II do art. 66 do RPTA, foram identificados os seguintes indícios de infração: “saldo credor na Conta Caixa” e “suprimentos indevidos de Caixa”.

Cientificada, a Contribuinte apresentou Denúncia Espontânea, que gerou o PTA nº 05.000298462.86, contemplando tão somente um dos indícios levantados no procedimento exploratório, qual seja, “saldo credor na Conta Caixa”, cuja irregularidade pode ser identificada em consulta ao Livro Razão da empresa, especialmente às fls. 238 dos autos.

Assim, posteriormente, realizada a auditoria para a apuração dos “suprimentos indevidos de Caixa”, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração, que não guarda qualquer relação com a Denúncia Espontânea apresentada pela Contribuinte.

Também não procede a afirmação da Defesa de que os livros não estavam registrados e os documentos não contabilizados, pois verifica-se que, mesmo que de forma indevida, os lançamentos constantes dos extratos bancários foram contabilizados nos Livros Razão e Diário, que, por sua vez, foram registrados na Junta Comercial, conforme o número de registro indicado nos termos de abertura, em que constam, inclusive, as identificações e assinaturas do sócio-administrador e do técnico contábil.

Causa estranheza a alegação da Impugnante de que não teve tempo hábil para efetuar os lançamentos contábeis faltantes nos livros fornecidos ao Fisco, considerando que o presente trabalho trata de suprimentos indevidos lançados na Conta “Caixa” **desde janeiro de 2014**.

Portanto, a Autuada teve mais de cinco anos para efetuar os lançamentos retificadores, mas não o fez.

Destaca-se que, não obstante as oportunidades que teve, quando da resposta à intimação fiscal e em fase de impugnação, a empresa não apresentou, nem mesmo por amostragem, qualquer documento hábil que possa comprovar a alegação defensiva de que os recursos objeto de autuação foram “*direcionados à conta caixa e desta aos respectivos pagamentos*”, não comprovando que o ingresso de recurso na Conta “Caixa” teve sua respectiva saída na mesma data e valor da respectiva conta.

Dessa forma, entende-se ser meramente protelatória qualquer medida de diligência para apresentação de novos documentos ou, até mesmo, deferimento de perícia, conforme solicitado pela Defesa.

No que tange ao pedido da Impugnante de que seja realizada prova pericial, cumpre acrescentar que ele não se encontra acompanhado por quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA, estabelecido 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

I - **não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;**

(...)

(destacou-se)

Ademais, importa reiterar que a produção de prova pericial, ou admissão de qualquer diligência, é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Ressalta-se que, ao contrário do entendimento da Defesa, o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte se refere à situação tributária em condições normais (de acordo com a legislação), e não a exclui de ser alvo de fiscalização, sendo que, na hipótese de se constatar saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação (Simples Nacional), conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal;

Corretas, também, a Multa de Revalidação aplicada com fulcro no art. 56, inciso II, e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

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;

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Registra-se que o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 teve a sua redação alterada por meio da Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), e, mais recentemente, pela Lei nº 22.796, de 28 dezembro de 2017, nos seguintes termos:

LEI Nº 22.796, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2017

(MG de 29/12/2017)

Art. 19 - Os incisos I e II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 55 - (...)

§ 2º - (...)

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

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação.”

(...)

(Destacou-se)

Da análise da apuração das exigências fiscais (fls. 67/68), verifica-se que a alíquota adotada foi de 18% (dezoito por cento) e, considerando que a penalidade isolada é de 20% (vinte por cento) do valor da operação (alínea “a” do inciso II do art. 55), observa-se, de plano, ser prescindível a aplicação do limite máximo (2 vezes o valor do imposto incidente) da referida penalidade no caso.

Quanto às assertivas de inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto à alegação de que as multas impostas violam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, revelando-se confiscatórias, conveniente reiterar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: "NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS" (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Não obstante não tenha sido contestada pela Defesa a inclusão do sócio-administrador, Tiago Elias Nunes, no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, importa comentar que essa responsabilização está relacionada com o cometimento das infrações detectadas, em que se adotou uma sistemática com o claro objetivo de omitir operações com mercadorias e ocultá-las do controle do Fisco, caracterizando dolo, fraude ou simulação.

A prática de dar saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, para ocultar a ocorrência do fato gerador do ICMS, é um típico ato ilícito, cujo dolo específico decorre de conclusão lógica.

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

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que, quando há infração à lei, os sócios-gerentes,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Nesse mesmo sentido, vale trazer julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG. Examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA COM LIMINAR - ABSTENÇÃO DA COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO - SÓCIO GERENTE - FUMUS BONI IURES - PERICULUM IN MORA - A - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - DECISÃO MANTIDA. 1. PARA A CONCESSÃO, INITIO LITIS, DA MEDIDA REQUERIDA TORNA-SE IMPRESCINDÍVEL QUE SE CONSTATE A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS BASILARES EXIGIDOS PELA NORMA PROCESSUAL, QUAIS SEJAM O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA. 2. **TENDO A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL APURADO INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DA RESPECTIVA DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A PRINCÍPIO, NÃO SE PODE AFASTAR A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-ADMINISTRADOR, NA FORMA DO ARTIGO 21, §2º, II E §3º DA LEI 6.763/75, NÃO RESTANDO DEMONSTRADO O FUMUS BONI IURES, DEVENDO SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO DÉBITO FISCAL.** 3. RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0024.14.151179-0/001, RELATOR(A): DES.(A) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 02/07/0015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/07/2015)

EMENTA: APELAÇÃO - CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, V, DA LEI Nº 8.137/90) - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO NÃO TRANSCORRIDO - NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DE SIGILO FISCAL - INOCORRÊNCIA - FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO - NULIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS - INOCORRÊNCIA - NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DO ACUSADO NA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - PREENCHIMENTO DAS FORMALIDADES E REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP -

PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ALTERAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO FIXADAS NA SENTENÇA - INVIABILIDADE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - IMPOSSIBILIDADE. - SE NÃO DECORREU O PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS PREVISTOS NO ART. 117, DO CÓDIGO PENAL, NÃO HÁ COMO DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.- NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE DA PROVA OBTIDA PELA QUEBRA DO SIGILO FISCAL, SE O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES DE VENDA POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO À RECEITA ESTADUAL É UMA OPERAÇÃO OBRIGATÓRIA, PREVISTA NOS ARTS. 5º E 6º, DA LC Nº 105/2001, E ART. 10-A DA PARTE 1, DO ANEXO VII, DO RICMS/2002 (MINAS GERAIS).

- SE NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FOI OPORTUNIZADO AO RÉU O DIREITO DE DEFESA, TENDO ELE, INCLUSIVE, ACIONADO O CONSELHO DE CONTRIBUINTES, NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER VÍCIO QUE ACARRETE NULIDADE. - É VÁLIDA A DENÚNCIA QUE PREENCHE AS FORMALIDADES E OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- NÃO HÁ FALAR EM ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO QUE DEIXOU DE EMITIR NOTAS FISCAIS DE MERCADORIAS VENDIDAS, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS AOS COFRES PÚBLICOS. - **RESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE O AGENTE, NA CONDIÇÃO DE ADMINISTRADOR DA EMPRESA, VENDEU MERCADORIAS SEM EMITIR AS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, SUPRIMINDO O RECOLHIMENTO DE ICMS, AO LONGO DE UM EXTENSO PERÍODO DE TEMPO, RESTA EVIDENCIADO O DOLO EM SUA CONDUTA, IMPONDO-SE A CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.**

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL 1.0079.14.011858-3/001, RELATOR(A): DES.(A) AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO , 7ª CÂMARA CRIMINAL, JULGAMENTO EM 07/10/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 16/10/2015)

(DESTACOU-SE)

Importa salientar a decisão do TJMG, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, em que firmou, à unanimidade, o seguinte entendimento:

(...)

O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 ao referido Coobrigado, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando cometeu as irregularidades de dar saída de mercadorias desacompanhada 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.

Induidoso que o Coobrigado tinha 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 dele no polo passivo da obrigação tributária.

Dessa forma, correta a eleição do sócio-administrador para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 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 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.

Do Termo de Exclusão do Simples Nacional

Juntamente com o Auto de Infração, a Autuada foi notificada do “Termo de Exclusão do Simples Nacional” de fls. 02/03, em virtude da constatação de prática reiterada de falta de emissão regular de documento fiscal de venda de mercadoria, iniciando o processo de exclusão da empresa, de ofício, do regime de Simples Nacional, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI, 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 (que corresponde ao art. 84 da vigente Resolução CGSN nº 140/18):

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;

(...)

(grifou-se)

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 subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 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;

(...)

(grifou-se)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Destaca-se que, em todo o período autuado, a Contribuinte era optante pelo Simples Nacional, conforme se observa às fls. 752.

No caso, os Sujeitos Passivos foram intimados do Auto de Infração e do "Termo de Exclusão", conforme fls. 08, sendo que a Autuada impugnou a referida exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Importa comentar que o art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º, da Resolução CGSN nº 94/11 (revogada pela Resolução CGSN nº 140/18 – vide art. 83), 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 (revogada pela Resolução CGSN nº 140/18 – vide art. 83)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

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 ARRECADAÇÃO 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 OEDIÊNCIA 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...)

(GRIFOU-SE)

Frisa-se que as exigências fiscais constantes do Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertas 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.

Pelo exposto, verifica-se que se encontra correta a exclusão da Autuada do regime simplificado do Simples Nacional, todavia, merece reparos a data inicial para fins de exclusão, considerada pelo Fisco a partir de 01/01/14.

De acordo com a legislação pertinente, especialmente o art. 29, §§ 1º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06, nota-se 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 desacoberta, definida no § 9º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 (a partir do segundo período de apuração):

Lei Complementar nº 123/06

Art. 29

(...)

§ 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:

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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, entende-se que, no caso concreto, os efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional devem retroagir a fevereiro de 2014, período em que ficou caracterizada a prática reiterada de saída desacobertada.

Diante disso, 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 (revogada pela Resolução CGSN nº 140/18 – art. 84), ressalvada a análise da data de apuração inicial considerada para fins de exclusão, conforme esclarecimentos expostos nos parágrafos antecedentes.

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 pela Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais, restando correta, ainda, a exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional, considerando que seus efeitos deverão ser produzidos a partir de fevereiro de 2014.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/02/14, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2019.

Alexandre Périssé de Abreu
Relator

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

D