

Acórdão: 22.003/19/2ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000972283-52  
Impugnação: 40.010145907-35, 40.010145908-16 (Coob.)  
Impugnante: Artesanato de Fogos Ouro Ltda  
IE: 489328807.00-35  
Edelmar Normandia de Castro (Coob.)  
CPF: 620.656.026-00  
Proc. S. Passivo: Valéria Rocha da Costa/Outro(s)  
Origem: DF/Divinópolis

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO.** No caso do presente processo, há comprovação de atos praticados contrariamente à lei (*saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal*), contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva do Coobrigado (sócio-administrador da empresa autuada), com base no art. 135, inciso III, do CTN c/c os arts. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

**MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - RECURSOS NÃO COMPROVADOS - CONTA "CAIXA".** Constatada a existência de lançamentos a débito da conta "Caixa", relativos a empréstimos de sócio, sem a comprovação da origem e do efetivo ingresso do numerário no caixa da empresa, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a" ambos da Lei nº 6.763/75.

**SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR.** Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, inciso V e XI, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c os arts. 75 e 76, inciso IV, alíneas "d" e "j" da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Entretanto deverão ser considerados os efeitos do Termo de Exclusão a partir de fevereiro de 2014, nos termos do art. 29, inciso V c/c § 9º, inciso I do citado artigo da Lei Complementar nº 123/06.

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

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

**RELATÓRIO**

Versa a presente autuação sobre saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos exercícios de 2014 a 2016, em face da existência de recursos não comprovados (empréstimos de sócios) na conta “Caixa”, presunção autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º, do RICMS/02.

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

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/11 (vigente no período autuado).

O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 02/03 dos autos e comprovantes de intimação às fls. 442/443.

Foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como responsável solidário pelo crédito tributário, o sócio-administrador da empresa, acima, com fulcro no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 135, inciso III, do CTN.

Instruem os autos: o Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fls. 02/04); o Auto de Infração - AI (fls. 05/11); Anexo 01: Relação de lançamentos – conta Caixa (Disponibilidades), referentes a empréstimos de sócio não comprovados (fls. 10/11); Anexo 02: Relação de lançamentos – conta Caixa (Disponibilidades), referentes a empréstimos de sócio não comprovados por período e cálculo de ICMS devido (fls. 12/14); Anexo 03: Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 15); Anexo 04: Relação de documentos anexos e respectivos documentos - termos de intimação e respostas; livros Caixa; contratos de mútuo apresentados ao Fisco pela Autuada; cópia de Autodenúncias (fls. 16/440).

**Da Impugnação**

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 445/463 e 485/503, respectivamente.

Sustentam os Impugnantes, em apertada síntese, o seguinte:

- é indevida a inclusão do sócio Edelmar Normandia de Castro como coobrigado, uma vez que não foi demonstrado quaisquer elementos que permitam a sua responsabilização pessoal;

- houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que parte da documentação fiscal permanece apreendida (livros Caixa 2014 a 2016 e contratos de mútuo), cuja análise se faz imprescindível para a apresentação de defesa completa e robusta a que qualquer contribuinte faz *jus*;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- asseveram que a apreensão de arquivos e documentos do contribuinte, sem a sua devolução ao estabelecimento por meio de regular “Termo de Devolução”, implica em cerceamento do direito de defesa dos Autuados, na medida em que lhe é vedado o acesso irrestrito aos dados armazenados, indispensáveis à análise da suposta infração apontada, seus valores, e defesa da Autuada;

- salientam que, contra as afirmações dos Fiscais Autuantes e o lançamento efetuado, pouco pode se aduzir, posto que não têm em suas mãos os elementos essenciais contidos nos arquivos e documentos apreendidos, configurando tal ato ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal;

- arguem que o poder fiscalizatório conferido à Administração Fazendária não lhe autoriza a apreender documentos sem ordem judicial, menos ainda a retê-los por prazo superior a 08 dias (art. 42, §2º, da Lei nº 6.763/75) sem motivo justificado;

- citam excertos de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG acerca de apreensão de documentos sem obediência às normas de regência;

- requerem, assim, a nulidade do Auto de Infração - AI, devido à alegada ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. E, caso não seja este o entendimento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG, requerem sejam liberados os documentos apreendidos, devendo a Fiscalização realizar as cópias e registros que entender cabíveis, restituindo o prazo para a emenda da presente impugnação ante o nítido cerceamento de defesa;

- entendem que a existência de repasses a título de mútuo pelo sócio não autoriza o arbitramento de suposta base de cálculo do ICMS;

- citam o disposto no art. 155, inciso II, da Constituição da República de 1988 – CR/88 para corroborar o entendimento de que o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadoria, mas que na hipótese dos autos não foi constatada uma operação sequer realizada sem a emissão de nota fiscal, tampouco foi apontada qualquer incongruência no livro-caixa, no balanço ou em qualquer outro documento contábil da contribuinte, ao contrário, tudo está em perfeita ordem;

- acrescentam que, por isso a Fiscalização utilizou-se do instituto da presunção para autuar unicamente os valores provenientes dos contratos de mútuos firmados entre o sócio-administrador e a empresa, praxe de diversas empresas para subsidiar o fluxo de caixa e despesas operacionais, sobretudo em momentos de dificuldade financeira, sob o argumento, errôneo, de que tais receitas configurariam saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal e, por consequência, recolhimento a menor de ICMS;

- entendem que a apuração fiscal não foi no sentido de identificar a real operação de venda e as saídas de mercadorias do estabelecimento autuado, não houve sequer a presunção baseada na capacidade produtiva ou efetiva da base de cálculo do ICMS, pois a autuação baseou-se unicamente na receita proveniente de contratos de mútuo, o que entendem ferir frontalmente os princípios da razoabilidade;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- reportam-se a decisões judiciais para sustentar a tese de que presunções são vedadas para determinação de crédito tributário e requerem o cancelamento do AI com base no art. 112 do CTN;

- apregoam que a Autuada não cometeu a infração no presente AI, além de não ser reincidente e nem ter, em momento algum, agido com dolo e nem deixado de recolher qualquer tributo, o que enseja, também, a aplicação do disposto no art. 213 do RICMS/02;

- asseveram que o procedimento utilizado para apuração do suposto imposto devido constituiu em apurar os valores de empréstimos recebidos e tomá-los como valores correspondentes a operações de venda desacobertas de nota fiscal, assim, trata-se de mero cômputo de valor sem que tenha sido apurada uma operação sequer que não tenha sido realizada dentro da estrita legalidade;

- argumentam que o contrato de mútuo está disciplinado no art. 586 do Código Civil e, em se tratando de negócio jurídico sem forma prescrita em lei, a ausência de apresentação de documentação específica não pode gerar presunção contrária ao contribuinte;

- requerem a compensação dos pretensos débitos de ICMS com os créditos escriturais existentes na data-base da autuação, caso não atendidos os pleitos anteriores;

- destacam que é indevida a exclusão da Autuada do Simples Nacional, uma vez que adimplidos todos os requisitos legais;

- defendem que na hipótese de se entender pela exclusão da Autuada do Simples Nacional, esta só pode operar efeitos após o trânsito em julgado administrativo;

- entendem indevida a aplicação de multa isolada;

- sustentam que as multas cominadas têm efeito confiscatório.

Requerem a exclusão do sócio Edelmar Normandia de Castro do polo passivo da obrigação; que seja declarada a nulidade do presente auto; o cancelamento da multa isolada; e por último, que seja deferida a compensação dos débitos de ICMS lançados nestes autos com créditos existentes na data-base da autuação.

### **Da Manifestação Fiscal**

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 520/522, refuta as alegações da Defesa:

- alega que na inclusão do sócio Edelmar Normandia de Castro como coobrigado foram observados os preceitos legais, conforme já citado no texto do Auto de Infração – AI;

- defende que não procede a arguição de cerceamento do direito de defesa, pois a apreensão dos livros contábeis deu-se na estrita observância das normas legais;

- explica que os livros foram escriturados por processamento eletrônico, devendo ser mantida cópia (*backup*) deles pela Autuada. E, ainda que por qualquer motivo tal cópia não tenha sido gerada, poderiam os Impugnantes solicitar cópia dos

livros, o que não ocorreu no presente caso. Além do mais, as informações sobre os empréstimos são de total conhecimento dos Autuados;

- menciona que a questão que fundamenta o presente lançamento é a existência de recursos não comprovados (empréstimos de sócio) na conta Caixa, autorizando a presunção de saídas desacobertas. E, o Sujeito Passivo foi intimado por três vezes a apresentar as provas de que efetivamente entregou os recursos referentes aos empréstimos, contudo ele se limitou a solicitar a prorrogação do prazo para a apresentação de tais documentos, o que foi concedido;

- salienta que a formalização dos supostos empréstimos é precária, os contratos não estão registrados, nem sequer a assinatura foi reconhecida na época dos ditos empréstimos;

- ressalta que as características extrínsecas – conservação do papel, ausência de dobras, furos ou outras marcas – e intrínsecas – mesma forma (*layout*) do texto em todos os pseudo documentos, leva a certeza de tratarem-se de documentos maculados de falsidade ideológica, por não serem contemporâneos aos fatos neles estampados, não sendo, portanto, hábeis a comprovar a origem dos ingressos dos recursos em questão;

- sustenta que poderia o Sujeito Passivo, quando da impugnação, apresentar as provas de que efetivamente entregou os recursos, o que não fez;

- informa que o Sujeito Passivo passou por procedimento fiscal auxiliar exploratório, previsto no art. 66, inciso II, do RPTA-MG, tendo apresentado duas autodenúncias, sobre a mesma matéria (empréstimos de sócio não comprovados) e não faz nenhuma menção a tal fato na impugnação;

- assevera que a Impugnante/Autuada já reconheceu, anteriormente, que tais empréstimos são fictícios;

- salienta que a exclusão da empresa autuada do Simples Nacional pauta-se nas normas pertinentes;

- argui que o §1º do art. 29, da Lei Complementar nº 123/06 é claro sobre os efeitos da exclusão: “...a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, ...”, não havendo qualquer reparo a ser feito em tal procedimento;

- defende que as multas foram exigidas nos estritos termos dispostos na legislação tributária.

Requer a procedência do lançamento.

### **Da diligência exarada pela Assessoria do CC/MG**

A Assessoria determina a Diligência de fls. 527/528, com o seguinte teor:

Considerando que ficaram apreendidos, para integrar o Processo Tributário Administrativo referente ao Auto de Infração em exame, os livros Caixa de 2014, 2015 e 2016, nos termos do disposto no art. 42, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 50, inciso II, da referida lei:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

§ 2º A apreensão prevista no § 1º deste artigo não perdurará por mais de oito dias, exceto se:

a devolução dos documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50 apreendidos for prejudicial à comprovação da infração, observado o disposto no § 4º deste artigo; (grifou-se)

(...)

Art. 50. São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

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

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

Considerando a alegação da Defesa de que teve seu direito de defesa cerceado em razão da referida apreensão dos livros contábeis, aliado ao disposto no §4º do art. 42 da Lei nº 6.763/75:

Art. 42 (...)

§ 4º Na hipótese do item 1 do § 2º deste artigo, será fornecida ao contribuinte que o requeira cópia dos documentos, papéis, livros e meios eletrônicos apreendidos.

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

1 - Reabrir vista dos autos aos Sujeitos Passivos, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que eles, querendo, requeiram cópias dos livros Caixas apreendidos como prova da infração (art. 42, §1º, da Lei nº 6.763/75), nos termos que lhes facultam o §4º do art. 42 da citada lei, e se manifestem nos autos.

Devidamente intimados (fls. 529/530), os Autuados manifestam-se às fls. 533/537, aos seguintes argumentos:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- após o exame dos livros caixas apreendidos, foi possível constatar que os empréstimos tomados pela Impugnante/Autuada, segundo a necessidade operacional que se apresentou para compor seu fluxo de caixa, foram devidamente registrados, conforme exemplos que transcreve às fls. 535 dos autos;

- reportam-se ao disposto no art. 586 do Código Civil que define o mútuo;

- destacam que o mútuo é um negócio jurídico entre particulares, sem forma prescrita em lei, em que impera a legalidade, no sentido de que, não havendo proibição legal, quaisquer termos acordados pelas partes são legítimos;

- o STJ reconhece, inclusive, a validade dos contratos de mútuos firmados verbalmente, mencionado o REsp 1510619/SP;

- asseveram que adimplemento do contrato de mútuo pelo mutuante (Sr. Edelmar), que se encontra devidamente escriturado na contabilidade da empresa autuada, poderia se dar por qualquer meio: transferência bancária, cheque, entrega de dinheiro em espécie, etc., uma vez que não existe qualquer exigência específica na lei em relação a esse ponto e cuja existência encontra-se atestada pelos respectivos lançamentos na escrituração contábil da empresa, conforme demonstrado.

Repetem alegações constantes da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 540. Na oportunidade, requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 542/561, opina, em preliminar pela rejeição das prefaciais arguidas, no mérito pela procedência do lançamento e pela procedência parcial da impugnação da exclusão do Simples Nacional para considerar seus efeitos somente a partir de 01/02/14.

---

### ***DECISÃO***

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

### **Da Preliminar**

No tocante à arguição de nulidade do lançamento sob a alegação de ter havido cerceamento do direito de defesa, em razão de que os livros Caixa de 2014 a 2016 e contratos de mútuo permaneceram apreendidos pelo Fisco, vale destacar que tal argumento restou superado uma vez que foi reaberta vista dos autos aos Autuados pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que eles, querendo, requeressem cópias dos livros Caixas apreendidos como prova da infração (art. 42, §1º, da Lei nº 6.763/75), nos termos que lhes facultam o § 4º do art. 42 da citada lei, e se manifestassem nos autos, o que ocorreu conforme fls. 529/537 dos autos.

Ademais, vale destacar que os referidos documentos ficaram apreendidos, para integrar o Processo Tributário Administrativo referente ao Auto de Infração em exame, nos termos do disposto no art. 42, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 50, inciso II, da referida lei:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

§ 2º A apreensão prevista no § 1º deste artigo não perdurará por mais de oito dias, exceto se:

a devolução dos documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50 apreendidos for prejudicial à comprovação da infração, observado o disposto no § 4º deste artigo; (grifou-se).

(...)

Art. 50. São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal; (grifou-se).

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

Considerando a alegação da Defesa de que teve seu direito de defesa cerceado em razão da referida apreensão dos livros contábeis, aliado ao disposto no §4º do art. 42 da Lei nº 6.763/75:

Art. 42 (...)

§ 4º Na hipótese do item 1 do § 2º deste artigo, será fornecida ao contribuinte que o requeira cópia dos documentos, papéis, livros e meios eletrônicos apreendidos.

Acresça-se que a presente autuação preenche todos os requisitos indispensáveis, uma vez estar demonstrado que esta 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, 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.

Portanto, rejeita-se a arguição de cerceamento de defesa.

### **Do Mérito**

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2014 a 2016, em face da existência de recursos não comprovados (empréstimos de sócios) na conta “Caixa”, presunção autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 194, § 3º, do RICMS/02.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06), tendo em vista o cometimento da infração que ensejou a autuação relatada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º, da citada lei c/c o disposto no art. 75, §§ 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/11 (vigente no período atuado).

As referidas exigências foram baseadas nos lançamentos contábeis, a débito da conta “Caixa”, listados às fls. 10/11, em cujo histórico consta “rec. empréstimo n/data”, totalizando o montante de R\$ 6.428.000,00 (seis milhões, quatrocentos e vinte e oito mil reais).

Apesar de ter sido intimada, antes da lavratura do Auto de Infração, a empresa autuada não apresentou a documentação comprobatória do real ingresso do numerário em sua conta “Caixa”.

O mesmo ocorreu em sua impugnação, pois os Impugnantes limitaram-se a apresentar contratos de mútuos e algumas notas promissórias relativas aos supostos empréstimos.

No entanto, a apresentação desses documentos, por si só, não basta para elidir a presunção de omissão de receitas, porque não provam nem a origem nem a efetiva entrega dos recursos. É esse o entendimento esposado em decisões dos Tribunais e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda sobre matérias idênticas ou similares à ora analisada:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.272269-2/000, 4ª CÂMARA CÍVEL, TJMG:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SUPRIMENTO DE CAIXA POR SÓCIO DA EMPRESA INDEMONSTRADO - PRESUNÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL - ADMISSIBILIDADE.

A LEGISLAÇÃO FISCAL ADMITE O SUPRIMENTO DE CAIXA POR SÓCIO DA EMPRESA, SENDO, TODAVIA, MISTER QUE APRESENTE O EFETIVO COMPROVANTE DO EMPRÉSTIMO, COM A APRESENTAÇÃO DO CONTRATO, DA TRANSFERÊNCIA DE VALORES E DA CAPACIDADE ECONÔMICA DA PESSOA FÍSICA PARA REALIZAR O NEGÓCIO, E, INEXISTINDO ESSES DOCUMENTOS, INCIDE A REGRA CONTIDA NO ARTIGO 194, § 3º, DO RICMS/96, PRESUMINDO-SE A SAÍDA DE MERCADORIA SEM EMITIR A DEVIDA NOTA FISCAL.

(GRIFOU-SE)

APELAÇÃO CÍVEL 252737420044010000 MG – DT DE PUBL 19/07/13 – TRF-1

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. OMISSÃO DE RECEITA. EMPRÉSTIMO DE DINHEIRO PELO SÓCIO DA SOCIEDADE.

(...) DE FATO, ESTE TRIBUNAL JÁ TEVE A OPORTUNIDADE DE SEDIMENTAR O ENTENDIMENTO DE QUE O EMPRÉSTIMO FEITO À EMPRESA POR SEU SÓCIO, PARA SUPRIMENTO DE CAIXA, DEVE SER CABALMENTE DEMONSTRADO, COMPROVANDO-SE NÃO SÓ A ORIGEM DO NUMERÁRIO, MAS TAMBÉM SUA EFETIVA ENTREGA, SOB PENA DE CARACTERIZAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. (GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO Nº 12-22915 DE 16 DE FEVEREIRO DE 2009 – 4ª TURMA –

EMENTA: OMISSÃO DE RECEITAS. SUPRIMENTOS DE NUMERÁRIO ATRIBUÍDOS A ACIONISTA CONTROLADOR.

“DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO”

SERÃO CONSIDERADOS RECEITAS OMITIDAS OS SUPRIMENTOS DE NUMERÁRIO ATRIBUÍDOS AO ACIONISTA CONTROLADOR, SE A COMPANHIA DEIXAR DE COMPROVAR A ORIGEM E A EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS (ART. 282 DO RIR/99).

A APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE MÚTUO, POR SI SÓ, NÃO BASTA PARA ELIDIR A PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS, PORQUE NÃO PROVA NEM A ORIGEM NEM A EFETIVA ENTREGA DOS RECURSOS. A MERA DEMONSTRAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICOFINANCEIRA DO ALEGADO SUPRIDOR NÃO PROVA A ORIGEM NEM A EFETIVA ENTREGA DO SUPRIMENTO. APENAS INDICA QUE AQUELA PESSOA TERIA CONDIÇÕES, EM TESE, DE FORNECER OS RECURSOS. A PRESUNÇÃO LEGAL REFERIDA NO ART. 282 DO RIR/99 DISPENSA A AUTORIDADE FISCAL DE APRESENTAR A PROVA DIRETA DA OMISSÃO DE RECEITAS, MAS NÃO A EXIME DE APONTAR, NA CONTABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA, OS SUPRIMENTOS ATRIBUÍDOS ÀQUELAS PESSOAS QUE ALEI MENCIONA. INEXISTINDO O REGISTRO CONTÁBIL DO SUPRIMENTO, A PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS NÃO SE SUSTENTA. (GRIFOU-SE)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - CDA - NULIDADE AFASTADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO - PRELIMINARES REJEITADAS - ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL - LIVROS EMPRESARIAIS - FORÇA PROBATÓRIA CONTRÁRIA AO SEU AUTOR - SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE

DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM NÃO ELIDIDA - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CONFISCO - INEXISTÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 85 DO CPC/15 - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

(...)

5. EM REGRA, OS LIVROS EMPRESARIAIS POSSUEM FORÇA PROBANTE CONTRÁRIA AO SEU AUTOR, ADMITINDO-SE A EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS LIVROS E FICHAS DAS SOCIEDADES EM SEU FAVOR NOS LITÍGIOS ENTRE EMPRESÁRIOS, NA HIPÓTESE DE CONTER ESCRITURAÇÃO SEM VÍCIO INTRÍNSECO OU EXTRÍNSECO, OU SEJA, DEVIDAMENTE REGULAR, CONSOANTE DISPÕE O ART. 226 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 C/C ARTS. 417 E 418 DO CPC/15.

6. NÃO OBSTANTE A ASSERTIVA DE REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS ENTRE O SÓCIO E A SOCIEDADE, NÃO SE APURA NOS AUTOS A COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS, OU SEJA, QUALQUER DOCUMENTAÇÃO QUE PUDESSE EMBASAR A TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS DO PATRIMÔNIO DO SÓCIO PARA A EMBARGANTE, AUTORIZANDO A PRESUNÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA SEM O DEVIDO LANÇAMENTO CONTÁBIL, NA FORMA DO ART. 194, §3º, DO RICMS. (GRIFOU-SE).

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0223.13.024021-9/001, RELATOR(A): DES.(A) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 08/02/2018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 26/02/2018)

Como se verifica das decisões mencionadas, em se tratando de ingresso de numerários, as provas a serem produzidas devem atestar, cumulativamente, dois fatos, quais sejam: a efetiva entrada e a origem dos respectivos recursos, bem assim, devem ser coincidentes em datas e valores com os dados lançados nos registros contábeis.

Não estando demonstrada a regularidade dos suprimentos, não há como ser afastada a presunção legal de se tratarem de recursos originados da própria atividade operacional da empresa e mantidos à margem da escrituração.

Diante da não comprovação da origem dos recursos, o Fisco lançou mão da presunção legal prevista no art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75, c/c art. 194, § 3º, do RICMS/02, considerando os valores a eles correspondentes como provenientes de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Lei nº 6.763/75

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

(...)

§ 2º - Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

§ 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 desacobertas de documento fiscal. (Grifou-se).

Observe-se que a presunção legal em apreço não se restringe aos casos de "saldo credor na conta caixa" ou da existência de "passivo fictício", pois o dispositivo acima autoriza, de forma cristalina, a utilização da presunção quando existirem recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente ("Caixa" e "Bancos" formam, contabilmente, o grupo denominado "Disponibilidades" – Ativo Circulante).

No caso do presente processo, os alegados empréstimos suprimam artificialmente a conta "Caixa", sendo considerados recursos não comprovados, por não estarem lastreados em documentação hábil e idônea, que pudesse comprovar o efetivo ingresso dos recursos na conta "Caixa".

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

Portanto, poderiam os Impugnantes elidirem a acusação fiscal por meio de anexação aos autos de prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, da efetividade do ingresso na conta "Caixa" dos valores objeto da presente atuação.

Como assim não agiu, aplica-se ao caso presente o disposto no art. 136, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributário Administrativos -RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Assim, corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a" ambos da Lei nº 6.763/75.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que o ICMS exigido foi apurado mediante a aplicação da alíquota no percentual de 25% (vinte e cinco por cento), prevista para as mercadorias comercializadas pela Autuada (CNAE 2092-4/02 - Fabricação de artigos pirotécnicos), sobre os valores dos recursos não comprovados na conta caixa (*vide* apuração constante às fls. 12/14 dos autos):

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

a) 25% (vinte e cinco por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

a.5) fogos de artifício;

(...)

Nesse diapasão, registra-se que, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos 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 desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

**EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.**

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR

SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

Com relação ao pleito da Defesa de cancelamento ou redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 (art. 213 do RICMS/02), ressalta-se que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, uma vez que a infração resultou em falta de recolhimento do imposto:

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

(...)

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

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

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

Registra-se que as multas foram exigidas nos estritos termos dispostos na legislação tributária, à qual encontra-se adstrito este Órgão Julgador em seu julgamento (art. 182, inciso I, do RPTA).

No tocante à alegação da Defesa de que a Fiscalização não efetuou a recomposição da conta gráfica do ICMS, vale destacar que esse procedimento, quando esteve previsto na legislação tributária, não se aplicava à hipótese dos autos que se refere a saídas de mercadorias sem acobertamento fiscal, pois se restringia aos lançamentos efetuados pelo Fisco com base na escrita regular do contribuinte.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

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

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

(...)

#### Da exclusão da Autuada do Simples Nacional

Trata, ainda, o lançamento acerca da exclusão da Autuada do regime do Simples Nacional (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06).

A propósito da matéria, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

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. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados 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)

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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”.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

§ 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

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

(...)

O Termo de Exclusão do Simples Nacional consta às fls. 02/03 dos autos e comprovantes de intimação às fls. 442/443.

Destaca-se que, em todo o período autuado, a Autuada era optante pelo Simples Nacional, conforme se observa às fls. 558.

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, efetue operações com mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 n° 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.

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

§ 2° - 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.

§ 3° Na hipótese de a ME ou EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 39, § 6°)

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 n° 123, de 2006;

(...)

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; (grifou-se).

(...)

## 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 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;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

(...)

Dessa forma, a legislação determina a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06 quando restar comprovada, entre outras, a prática reiterada da infração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às operações com mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

No caso, os Autuados foram intimados do “Termo de Exclusão” e do Auto de Infração – AI, impugnando a referida 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 nº 22.078/16/1ª:

### EMENTA

(...)

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU A 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", §§ 3º E 6º, INCISO I DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

Portanto, restou demonstrado que a Autuada incorreu em infringências que culminam com sua exclusão de ofício do Simples Nacional em consonância com a legislação vigente, na medida em que as irregularidades apuradas configuraram operações com mercadorias, tributadas pelo ICMS, desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, estando correta a sua exclusão do referido regime diferenciado.

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 E. 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:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

Quanto ao pleito da Defesa para que a exclusão opere efeitos após o trânsito em julgado administrativo, vale destacar que na hipótese de prática reiterada de infração, consoante determina o § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, a exclusão produzirá efeitos retroativos a partir do mês em que incorridas as infrações e se torna definitiva após a decisão final deste Conselho de Contribuintes desfavorável ao contribuinte (art. 75, §3º, da resolução retro).

E, sendo necessária para a exclusão do Simples Nacional a ocorrência reiterada da infração, é certo que os efeitos retroagirão a partir do próprio mês em que se consumar a segunda infração, uma vez que, somente a partir daí é que se verifica a hipótese que impede a permanência da empresa no citado regime diferenciado.

Dessa forma, merece reforma o Termo de Exclusão do Simples Nacional para que seja adequada a data de início dos efeitos da citada exclusão (considerada pelo Fisco 1º de janeiro de 2014 - fls. 03 dos autos), considerando-se 1º de fevereiro de 2014 (data da segunda infração).

Nesse sentido, já se posicionou o E. TJMG. Examine-se:

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MICRO EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. LC Nº 123/06. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. DATA DA SEGUNDA INFRAÇÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS PRESENTES. 1. A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL POSSUI NATUREZA DE ATO MERAMENTE DECLARATÓRIO, RAZÃO PELA QUAL É POSSÍVEL A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS RETROATIVOS, SENDO QUE, NA HIPÓTESE DE PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO, CONSOANTE DETERMINA O §1º DO ARTIGO 29 DA LC 123/06, A EXCLUSÃO PRODUZIRÁ EFEITOS RETROATIVOS A PARTIR DO MÊS EM QUE INCORRIDAS AS INFRAÇÕES. 2. CONQUANTO NÃO EXISTA ESPECIFICAÇÃO NO REFERIDO ARTIGO A PARTIR DE QUAL INFRAÇÃO DEVEM SER OPERADOS OS EFEITOS DA RETROATIVIDADE, SENDO NECESSÁRIA PARA A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL A OCORRÊNCIA REITERADA DO ATO DE**

INFRAÇÃO, É CERTO QUE OS EFEITOS RETROAGIRÃO A PARTIR DO PRÓPRIO MÊS EM QUE SE CONSUMAR A SEGUNDA INFRAÇÃO.

3. PRESENTES OS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO NA INICIAL E O PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO (ARTIGO 300 DO CPC/2015), FORÇOSO CONCLUIR PELA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.17.067245-5/001, RELATOR(A): DES.(A) EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 30/01/2018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 07/02/2018) (GRIFOU-SE).

#### Da sujeição passiva

A Fiscalização elegeu para o polo passivo da obrigação tributária, além da Autuada, o sócio-administrador da empresa autuada, com fulcro no disposto no art. 135, inciso II, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

#### CTN

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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.

(...)

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, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira.

Induvidoso, portanto, que o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa, tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, inclusive é sustentado que os supostos empréstimos não comprovados foram por ele efetuados, sendo certo que as saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta do sócio-administrador da Autuada com intuito de lesar o Erário mineiro.

No caso do presente processo, diferente do entendimento da Defesa, há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, sendo correta, portanto, a inclusão na sujeição passiva do sócio-administrador da empresa autuada com base no art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Destaca-se que a inclusão de sócio-administrador da empresa no polo passivo da obrigação tributária, em relação à constatação de prestação de serviço desacobertada de documentação fiscal, encontra-se de acordo com a jurisprudência dos Tribunais. Examine-se:

EMENTA: 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,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação da exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/02/14. Pela Impugnante Artesanato de Fogos Ouro Ltda, sustentou oralmente a Dra. Graciele de Aguiar Quaresma e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Helder Luiz Costa (Revisor), Luiz Geraldo de Oliveira e Mariel Orsi Gameiro.

**Sala das Sessões, 31 de janeiro de 2019.**

**André Barros de Moura**  
**Presidente / Relator**

CS/D

22.003/19/2ª