



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0471.13.014708-8/001 **Númeraço** 0147088-
Relator: Des.(a) Washington Ferreira
Relator do Acordão: Des.(a) Washington Ferreira
Data do Julgamento: 02/10/2018
Data da Publicação: 10/10/2018

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PRÁTICA DE SUBFATURAMENTO. RECOLHIMENTO A MENOR. VIOLAÇÃO À OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. ART. 56, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

I. Configurada a violação à obrigação tributária, mostra-se devida a multa prevista no art. 56, II, da Lei Estadual nº 6.763/75, inexistindo violação ao princípio da vedação ao confisco.

II. Se a situação é de subfaturamento, a operação envolvendo as hipóteses da alínea 'a', XIII, § 1º, art. 13, LC 123/2006 deve ser tributada segundo a regra aplicável aos demais sujeitos passivos, não se sujeitando à tributação na forma do Simples Nacional. Por isso, a exclusão da Embargante do Simples Nacional, não altera o regime de tributação considerado pela Fazenda Estadual que, no caso concreto, apurou os valores sonegados relativamente ao período da fiscalização.

III. Para a caracterização de um subfaturamento, mister a prova material da divergência entre o valor efetivamente pago e a base de cálculo utilizada, normalmente obtida pelo Fisco através de comparações entre recibos, cheques, extratos bancários, duplicatas, lançamentos fiscais/contábeis, etc, em que a simples constatação de que o preço na nota fiscal está bem aquém do normalmente praticado, sugere, a princípio, a necessidade de se perscrutar a infração cometida.

IV. Tendo o Fisco estadual constatado as irregularidades após o confronto dos documentos fiscais emitidos, no período fiscalizado, com as tabelas de preços reais praticados, controles financeiros e



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

espelhos de notas fiscais, além da verificação da enorme movimentação financeira não declarada, com discrepância entre os créditos encontrados em conta bancária de titularidade da Embargante e os valores de Receitas Brutas efetivamente declaradas, aliado ao fato de que a Embargante não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a irregularidade praticada pelo Fisco na apuração do débito tributário, impõe-se a manutenção da sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.13.014708-8/001 - COMARCA DE PARÁ DE MINAS - APELANTE(S): TROPICAL COSMÉTICOS LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. WASHINGTON FERREIRA

RELATOR.

DES. WASHINGTON FERREIRA (RELATOR)

VOTO

Trata-se de recurso de APELAÇÃO interposto contra a sentença de f. 340-343v, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas que, nos EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL opostos por TROPICAL COSMÉTICOS LTDA. contra a Execução Fiscal que lhe move a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

MINAS GERAIS, rejeitou as questões preliminares e julgo-os improcedentes, condenando a Embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, corrigidos pelos índices da Justiça Estadual.

Nas razões recursais, às f. 345-358, a Tropical Cosméticos Ltda. alega a nulidade da CDA 01 00017059869, pois aponta um valor de multa e juros exorbitante, traduzindo-se em verdadeiro confisco. Alega que o agente fiscal incorreu em equívocos ao apurar o suposto quantum devido, se utilizando de dados superficiais e genéricos, o que comprometeu a veracidade e legalidade da CDA. Assevera que, no período fiscalizado - 04/11/2009 a 31/12/2010 estava sob o regime de tributação pelo Simples Nacional, que foi "arbitrariamente desconsiderado" pelo agente fiscalizador para atingir, inclusive, operações pretéritas. Sustenta que a suposta sonegação de impostos não restou devidamente demonstrada nos autos. Bate-se, enfim, pela revisão da multa e juros aplicados e o provimento do recurso. Preparo regular (f. 357).

Após contrarrazões da Fazenda Estadual às f. 361-373, os autos foram remetidos a este Tribunal para julgamento.

Inexiste interesse a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Sem preliminares, passo ao mérito recursal.

MÉRITO

Colhe-se dos autos que a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais ajuizou contra a Tropical Cosméticos Ltda., a Execução Fiscal n. 0471.12.010806-6, pleiteando o recebimento do crédito



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

tributário no valor de R\$ 655.830,79 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e trinta reais e setenta e nove centavos) decorrentes do pagamento a menor de ICMS no exercício de 2010 (f. 34-36).

De acordo com o Relatório Fiscal Descritivo do Auto de Infração 01.000170598-69 (f. 75-78), a Embargante, no exercício de 2010 se utilizou de expediente de subfaturamento em suas operações de saída, emitindo documentos fiscais com valores inferiores ao realmente praticado, bem como efetuou retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, em face das irregularidades anteriores, provocando a redução da base de cálculo do ICMS.

A CDA n. 01.000170598-69 (f. 34-36), ao contrário do que sustenta a Embargante, ostenta os requisitos do art. 202, CTN e art. 2º, § 5º da Lei n. 6.830/80 que trazem disciplina sobre os elementos obrigatórios do termo de inscrição da dívida ativa:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

a indicação do livro e da folha da inscrição.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

[...]

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Assim, a presunção de liquidez e certeza que emana da CDA perpassa pelo preenchimento das exigências legais extraídas dos aludidos artigos. Tal presunção, aliás, pode ser elidida, nos moldes do parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execuções Fiscais:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

No caso em apreço, da análise da CDA às f. 34-36 é possível identificar a origem, a natureza da dívida e o fundamento para a exigência do crédito tributário, havendo, inclusive, o número do PTA (01.000170598-69).

Depreende-se da Certidão que o seu fundamento jurídico está previsto na Lei estadual n. 6.763/75, além do Código Tributário Nacional - CTN, Decreto estadual n. 43.080/2002 e Lei complementar n. 123/2006.

Da referida certidão, extrai-se, ainda, a data do vencimento da obrigação, seu valor original, assim como a forma de cálculo dos juros de mora e o índice da correção monetária.

Foram atendidas, então, a meu ver, as regras dispostas no artigo 202, III, do CTN e no artigo 2º, § 5º, III, da Lei de Execuções Fiscais. Assim, há de se afastar a aventada nulidade da CDA e a conseqüente extinção do processo, por força do que dispõe o artigo 203 do CTN:

Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.

Com efeito, o processo executivo fiscal deve prosseguir de forma regular, já que recolhido o imposto a menor pela empresa contribuinte, não havendo de se falar em violação à ampla defesa e ao



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

contraditório, previsto no artigo 5º, LV, da CR/88.

Caracterizada a violação à obrigação tributária, mostra-se devida a multa prevista no art. 56, II, da Lei Estadual n. 6.763/75, inexistindo infringência ao princípio da vedação ao confisco. Logo, estando previsto o percentual na legislação mineira, não há que se falar nem mesmo em violação aos princípios da legalidade, proporcionalidade e da razoabilidade.

Esta é a orientação do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REMESSA DE MERCADORIAS A OUTRO ESTABELECIMENTO: NATUREZA DA OPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DE REVALIDAÇÃO. PRINCÍPIOS DO NÃO CONFISCO E DA RAZOABILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA ISOLADA. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 823886 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 28-04-2015 PUBLIC 29-04-2015)

Indiscutível, portanto, que a multa visa a estimular o adimplemento das obrigações tributárias, não sendo excessiva, sendo esta a previsão legal estadual para o seu cálculo, devidamente regulamentada, dentro dos limites de competência do Estado, pelo que não há que se falar em confisco.

Registre-se, por oportuno, que a embargante era vinculada ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de que trata o art. 12, da Lei complementar 123/2006. Segundo o art. 13 da citada LC 123/2006:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

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

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º -C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

A embargante foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - SIMPLES NACIONAL, em virtude de ter praticado, reiteradamente, no período de janeiro a dezembro de 2010 as seguintes práticas: i) emissão de documentos fiscais consignando valores inferiores aos efetivamente praticados em suas operações de saída (subfaturamento), deixando de oferecer à tributação o valor total de R\$ 603.716,96 (seiscentos e três mil setecentos e dezesseis reais e noventa e seis centavos); ii) falta de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

escrituração e apresentação do Livro-Caixa contendo a movimentação financeira do período, inclusive bancária - f. 74.

Nada há de irregular na forma de fiscalização adotada pelo Fisco Estadual, que apurou, de forma incontestada, as práticas descritas no documento de f. 74, o que configura evidente infração à legislação de regência do Simples Nacional, justificando a sua exclusão do referido sistema.

No entanto, nestes autos a Embargante não questiona a legalidade do seu descredenciamento do regime especial de tributação, mas apenas a utilização desse expediente para elevar substancialmente o montante devido a título de ICMS e, conseqüentemente, o valor da multa aplicada pelo Fisco.

Ocorre que o art. 13, § 1º, XIII da LC 123/2006, estabelece que:

§ 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:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiar; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

- e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;
- f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;
- g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

Significa que, nas hipóteses ora citadas, ainda que o contribuinte seja optante do Simples Nacional, estará sujeito à tributação normal do ICMS.

Portanto, se a situação é de subfaturamento, a operação envolvendo as hipóteses da alínea 'a', XIII, § 1º, art. 13, LC 123/2006 deve ser tributada segundo a regra aplicável aos demais sujeitos passivos, não se sujeitando à tributação na forma do Simples Nacional.

Por isso, a meu ver, a exclusão da Embargante do Simples Nacional, de todo modo, não altera o regime de tributação considerado pela Fazenda Estadual que, no caso concreto, apurou os valores sonegados relativamente ao período da fiscalização.

Cumprido, ainda, assinalar que a perícia técnica (f.166-183) foi realizada sem apoio nos Livros Fiscais Obrigatórios, embora a Embargante tenha sido instada a apresentá-los. Portanto, a referida perícia não infirma o trabalho desenvolvido pelo Fisco, na apuração do valor do ICMS sonegado.

Aliás, sabe-se que a prática de subfaturamento é utilizada com o intuito de diminuir a carga tributária recolhida ao Erário público. Se trata, grosso modo, de emissão de fatura (nota fiscal) com preço abaixo do efetivamente cobrado na operação, com o escopo precípuo de burlar o fisco, ou seja, reduz-se a base de cálculo do imposto para recolher menos.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Nessa perspectiva, para a caracterização de um subfaturamento, mister a prova material da divergência entre o valor efetivamente pago e a base de cálculo utilizada. Essa prova é normalmente obtida pelo Fisco através de recibos, cheques, extratos bancários, duplicatas, lançamentos fiscais/contábeis, etc, em que a simples constatação de que o preço na nota fiscal está bem aquém do normalmente praticado, sugere, a princípio, a necessidade de se perscrutar a infração cometida.

No caso dos autos, extrai-se do Relatório Fiscal Descritivo (f. 75-95) que as irregularidades foram apuradas após o confronto dos documentos fiscais emitidos, no período fiscalizado, com as tabelas de preços reais praticados, controles financeiros e espelhos de notas fiscais, além da verificação da enorme movimentação financeira não declarada, com discrepância entre os créditos encontrados em conta bancária e os valores de Receitas Brutas efetivamente declaradas.

A meu ver, a Embargante não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar as irregularidades praticadas pelo Fisco na apuração do débito tributário.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Majoro, em 3% (três por cento), o montante da verba honorária de sucumbência, na forma do artigo 85, § 11, do CPC.

Custas recursais pela Apelante.

É como voto.

O RECURSO.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO"