

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.970/18/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000908039-04
Impugnação: 40.010145441-30, 40.010145442-11 (Coob.), 40.010145444-74 (Coob.), 40.010145443-93 (Coob.)
Impugnante: Distribuidora de Acessórios de Autos Linha Verde Ltda.
IE: 001546093.00-57
Alessandra Cardoso Milard (Coob.)
CPF: 043.650.856-70
Maria Aparecida da Silva de Assis (Coob.)
CPF: 740.092.066-91
Newton Nunes Castro (Coob.)
CPF: 132.800.406-63
Proc. S. Passivo: Alessandra Machado Brandão Teixeira/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. Os Coobrigados são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Portaria da Secretaria da Receita Estadual (SRE) nº 148 de 16/10/15.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, deve se adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 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 - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu saída de mercadorias desacobertada 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 disposto no art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", §§ 3º e 6º, inciso I da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, apuradas mediante o confronto entre os valores dos documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais emitidas no período.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II do mesmo diploma legal.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 205/225. Acostam documentos às fls. 227/689.

Alegam em apertada síntese o que se segue.

Afirmam que a autuação efetivada foi inserida no contexto de uma operação de fiscalização denominada “Operação Carretel”, sob a acusação fiscal de sonegação de tributos, que resultaram em montante de crédito tributário muito inferior à expectativa fiscal, noticiada nas manchetes dos grandes veículos de comunicação, comprovando-se que as denúncias contra a Contribuinte foram infundadas e insubsistentes e não se reverteram em um conjunto de provas que pudessem incriminá-la como pretendia a Fiscalização.

Aduzem que não tinham nenhum conhecimento dos atos fiscalizatórios, até aquele momento, e que a Autuada teve todos os seus computadores, documentos, arquivos e demais instrumentos necessários à fiscalização apreendidos, por largo período de tempo.

Destacam que, embora a apreensão fora autorizada judicialmente, a Juíza, antevendo a arbitrariedade, determinou a devolução dos documentos e da empilhadeira que compõe o ativo permanente da empresa.

No tocante à acusação de suposta saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, alegam que os valores foram extraídos pela Fiscalização do arquivo denominado “Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Cliente_MG”, que, na verdade, constitui apenas um controle da Empresa, contendo uma expectativa de vendas e de contas a receber. E que, portanto, não tem o condão de comprovar que o montante ali relacionado foi realmente comercializado pela Impugnante Linha Verde.

Asseveram que tal fato pode ser comprovado pela análise do Anexo 2 da autuação, no qual se observa, segundo informação da Fiscalização, nos meses de setembro e outubro de 2013, que não foi efetuada nenhuma venda pela Autuada, mas foram emitidas notas fiscais no montante de R\$ 341.259,02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduzem que, se o documento extraído do sistema gerencial da empresa retratasse a realidade de vendas, a empresa não emitiria notas fiscais de saída naqueles meses sem que houvessem vendas.

Arguem que, ainda que se entenda que a Impugnante Linha Verde não recolheu o ICMS/ST devido em suas operações, a Fiscalização deixou de considerar todas as notas fiscais de entrada do período fiscalizado, cujo imposto exigido já havia sido recolhido através da sistemática de substituição tributária.

Afirmam que, além das notas fiscais elencadas no Anexo 7 do Auto de Infração, a Autuada adquiriu milhares de outros produtos cujo ICMS/ST também havia sido recolhido, imposto este não considerado pela Fiscalização.

Citam como exemplo a da Nota Fiscal nº 000.021, de 13/02/15, referente à aquisição de mercadorias, que teve o ICMS/ST já recolhido.

Concluem que não há que se falar em imposto a recolher, uma vez que o imposto supostamente devido já foi devidamente recolhido, conforme comprovam notas fiscais anexas.

Pleiteiam a redução da multa isolada a 20% (vinte por cento), com fulcro no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75, por entenderem que as apurações realizadas pelo Fisco foram realizadas exclusivamente com base em documentos e lançamentos oriundos da escrita comercial ou fiscal da Contribuinte.

Requerem a aplicação do permissivo legal, previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, haja vista a presença de todos os requisitos que o autorizam.

No tocante à eleição dos Coobrigados, sustentam que não restou comprovado qualquer vínculo do Sr. Newton Nunes Castro com a sociedade empresária fiscalizada, uma vez que a sua inclusão se deu somente em virtude das mensagens de texto, as quais não possuem valor probante, tal como exigido no art. 135 do CTN.

Quanto às sócias Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis, sustentam que o fato de constarem no contrato social não implica, necessariamente, em responsabilidade solidária, uma vez que não foi relatado qualquer ato praticado por elas com excesso de poderes ou participação das infrações.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 696/704, refuta as alegações da Defesa, sob os seguintes argumentos, em síntese.

Descreve a Operação Carretel que deu origem ao presente lançamento, tendo como alvo, dentre outros, a Distribuidora de Acessórios para Autos Linha Verde Ltda – IE: 001.546093.00-57, estabelecida na Rua Nossa Senhora da Consolação, nº 280 – Bairro Ouro Minas, ora Autuada.

Informa que os trabalhos fiscais decorrem da análise dos documentos apreendidos e dos dados capturadas nos computadores da empresa, apuração do crédito tributário e lavratura do Auto de Infração. Assim, foram efetuados lançamentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referente ao estoque desacobertado de documentação fiscal (AI nº 01.000700821-10), às multas por falta de inscrição estadual e uso de POS irregular (AI nº 01.000706165-72), bem como relativos às saídas de mercadorias desacobertadas (presente Auto de Infração).

Destaca que a apreensão dos documentos na Operação Carretel foi uma determinação judicial, não trazendo, entretanto, prejuízo ao Contribuinte, visto que ele teve ciência de todos os procedimentos realizados, durante e após a operação – contagem física, captura dos arquivos magnéticos, deslacração, etc. Além do mais, foram requisitados documentos para que a empresa pudesse comprovar a regularidade das suas operações.

No tocante à devolução dos documentos e bens apreendidos, informa que foram prontamente atendidas as determinações judiciais, expedidas em 13/07/16, que fixou 48 horas para a liberação da empilhadeira e, reconhecendo o grande volume dos documentos apreendidos, estipulou a devolução dos documentos no prazo de 30 dias. Fica notório que o Fisco não reteve a documentação nem a empilhadeira por um ano, muito menos agiu de modo arbitrário, como descrito na peça impugnatória.

Quanto ao argumento das Impugnantes de que o arquivo Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Cliente_MG (Anexo 20), utilizado para o cálculo do crédito tributário, não refletiria as operações da empresa, como demonstrado que nos meses de setembro e outubro de 2013, não foi efetuada nenhuma venda, entretanto, foram emitidas notas fiscais pela Autuada, aduz que não é motivo para questionamento quanto à sua confiabilidade.

Isto porque os dados nele contidos comprovam que as vendas foram realizadas, haja visto que a coluna T (Estado Conta_Receber) informa a situação da venda, se recebida ou pendente de pagamento, e a coluna S (Valor_Recebido Conta_Receber) o montante já recebido.

Esclarece que o Anexo 20 do Auto de Infração (arquivo capturado nos computadores da empresa) contém todos os dados relativos às operações de vendas e contas a receber da empresa. A partir deste arquivo, foram apuradas as vendas mensais (Anexo 3), sendo estas consignadas no Anexo 2, para o cálculo das saídas desacobertadas.

Como no Anexo 20 não há registro de vendas para os meses de setembro e outubro de 2013 e foi verificada a emissão de notas fiscais, o Fisco considerou que todas as vendas desse período ocorreram sob o amparo de documentos fiscais, não havendo tributos a serem exigidos.

No tocante à listagem de notas fiscais as quais os Impugnantes afirmam que não foram consideradas no cálculo do crédito tributário, deixando de ser deduzido todo o ICMS/ST já recolhido (fls. 242/250), após a análise da documentação, conclui que não foram consideradas apenas as notas fiscais relativas a aquisições de materiais de uso e consumo; ou canceladas pelo emitente; ou não compreendida no período autuado; ou não consta na base de dados da SEF e não foi apresentada cópia do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica - Danfe, conforme relaciona às fls. 701 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assevera que não cabe a redução da multa isolada pleiteada pelos Impugnantes, visto que a constatação das irregularidades baseou-se em documentos fiscais (notas fiscais de saídas) e extrafiscais (arquivo gerencial extraído dos computadores da empresa).

Do mesmo modo, não se aplica o permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, haja vista que a condição do item 3, do § 5º do referido artigo não foi cumprida, pois a infração cometida resultou em falta de pagamento do tributo.

Quanto à sujeição passiva, destaca que todos os Coobrigados foram eleitos com base nos arts. 124, inciso II e art. 135, ambos do CTN, art. 21, § 2º, incisos I e II e art. 207, § 1º, item 1, estes da Lei nº 6.763/75.

Destaca o item h.3 do Relatório Fiscal, fls. 17/18, que elenca os motivos pelos quais o Sr. Newton Castro foi incluído como Coobrigado, além das mensagens capturadas no notebook de Venda e Marketing do Sr. Mateus Zanitti, que deixam patente que este não só é o responsável pelas compras e pagamentos efetuados pela empresa como também, sistematicamente, repassa ao Sr. Mateus Zanitti cheques em branco (sem valor preenchido) assinados pela sócia Sra. Alessandra Milard, fls. 163/164.

Entende também correta a eleição das sócias Sras. Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis no polo passivo da obrigação tributária, uma vez que se constatou que a Contribuinte promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, infringindo disposições legais, de forma reiterada, por três anos, caracterizando uma prática intencional da empresa para reduzir a sua carga tributária.

Dessa forma, como o contrato social prevê o exercício dos poderes de administração pelas duas sócias, fls. 167, cabem a elas a responsabilidade pelas infrações praticadas pela empresa.

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 706/721, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Conforme relatado, a autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, apuradas mediante o confronto entre os valores dos documentos extrafiscais apreendidos e notas fiscais emitidas no período.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II do mesmo diploma legal.

Instruem os autos, dentre outros os seguintes documentos: Auto de Início de Ação Fiscal (fls. 02/03), Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 07), Auto de Infração (fls. 08/13), Relatório Fiscal (fls. 14/22), Demonstrativo do crédito tributário (fls. 24/25); Anexo 2 – Verificação Fiscal – Saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais (fls. 27/29); Anexo 5 – Cálculo do Custo de Mercadorias Vendidas – CMV (fl. 33); Anexo 6 – Cálculo das saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais com o imposto já recolhido (fls. 35/37); cópia do livro Registro de Inventário Exercícios 2012 a 2015 (fls. 42/132); Relação de Funcionários e declarações (134/135), Autos de Apreensão e Depósito – AAD nº 012705 (fl. 145) e AAD 012724 (fl. 150); Termo de Constatação de numerário (fls. 147/148); Termo de Intimação para deslacrção e procuração (fls. 151/152); cópias das imagens capturadas nos computadores da empresa “Linha Verde” devidamente autenticados (fls. 154/162); cópias de cheque (fl. 164); Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais (176/194). Instrui ainda o CDR de fls. 199, contendo os seguintes anexos: Anexo 3 – Total das Vendas do Período; Anexo 4 – Relação de Notas Fiscais de Saídas, Anexo 7 – Relação de Notas Fiscais de Entradas; cópias de notas Fiscais de entradas por (Anexo 8) e de notas fiscais de saídas (Anexo 9), por amostragem; e o arquivo original apreendido (Anexo 20).

Cumpra informar que o trabalho fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração decorreu da denominada “Operação Carretel”, realizada em cumprimento a Mandados Judiciais de Busca e Apreensão de Bens, expedidos pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado de Minas Gerais, nos autos do processo judicial eletrônico – PJE 5030246-23.2016.8.13.0024, em conjunto pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Polícia Militar de Minas Gerais.

Mediante a emissão do AAD nº 012724 foram apreendidos diversos documentos no estabelecimento da Autuada, situado à Rua Nossa Senhora da Consolação, nº 280 – Bairro Ouro Minas, Belo Horizonte/MG, bem como realizada a copiagem dos arquivos digitais dos seus computadores, cujos dados subsidiaram o presente trabalho fiscal.

Foi obtido da copiagem dos arquivos eletrônicos, o relatório denominado “Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Cliente_MG”, cópia original no CDR de fls. 199 (Anexo 20), cujas informações foram compiladas no Anexo 3, apurando o total das vendas realizadas no período de 2013 a 2015.

Para apuração do total do crédito tributário a Fiscalização adotou a seguinte metodologia:

- relacionou no Anexo 3 as vendas realizadas no período de 2013 a 2015, com base no relatório “Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Cliente_MG”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- relacionou todas as notas fiscais de vendas emitidas pela Autuada, no período autuado, e calculou a alíquota média, conforme demonstrado no Anexo 4;

- elaborou o Anexo 2 – Verificação Fiscal – saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, deduzindo do valor total das vendas realizadas pela Autuada no período (apuradas no Anexo 3), os valores das notas fiscais de saídas emitidas (Anexo 4), totalizando as saídas desacobertas e desse valor foram abatidas as saídas desacobertas com o imposto recolhido anteriormente, obtendo assim, a base de cálculo do ICMS/ST.

A apuração do valor de “saídas desacobertas com imposto recolhido anteriormente” encontra-se demonstrada nos seguintes anexos:

- Anexo 5: apuração do Custo das Mercadorias Vendidas – CMV, por exercício (Anexo 5)

- Anexo 7: relação das notas fiscais de entradas com ICMS/ST recolhido;

- Anexo 6 – Cálculo das saídas desacobertas com imposto já recolhido, tomando-se por base o percentual mensal em relação ao total anual das entradas relacionadas no Anexo 7 para determinar CMV das mercadorias e, sobre este, aplicar o percentual de agregação mensal, apurado com base no Anexo 3.

Em sua defesa, as Impugnantes alegam que o arquivo “Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Cliente_MG”, utilizado pelo Fisco para subsidiar a apuração do crédito tributário, trata-se de controle interno da Empresa, sendo apenas uma expectativa de vendas e de contas a receber, o que não poderia comprovar que os valores nele relacionados foram realmente comercializados pela Empresa ora Autuada.

Assevera que tal fato se comprova, inclusive, pela informação prestada pelo Fisco de que nos meses de setembro e outubro de 2013, não foi efetuada nenhuma venda pela Autuada, sendo que foram emitidas diversas notas fiscais de saídas.

Entretanto, tal argumento não se sustenta.

O citado arquivo contém informações que demonstram, inequivocamente, se tratar de vendas realizadas pela Autuada tais como: informações das mercadorias vendidas (código do produto, descrição, marca, unidade, quantidade, valor unitário), data e valor total da venda; informações do recebimento (data de emissão de contas a receber, data de vencimento, valor a receber, valor recebido) e identificação do destinatário (nome do cliente, CNPJ, inscrição estadual).

Cabe destacar as colunas do relatório apreendido coluna “T” (Estado Conta Receber), que informa a situação da venda, se recebida ou pendente de pagamento (“pago” ou “a receber”) e a coluna “S” (Valor_Recebido Conta_Receber), que informa o montante recebido.

Registre-se que nos meses de setembro e outubro de 2013 o Fisco considerou que todas as vendas desse período ocorreram sob o amparo de documentos fiscais, não havendo tributos a serem exigidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, afirmam que a Fiscalização deixou de considerar notas fiscais de entrada do período fiscalizado, cujo imposto exigido já havia sido recolhido por meio da sistemática de substituição tributária, as quais não se encontrariam elencadas no Anexo 7 do Auto de Infração, portanto, imposto este não considerado pela Fiscalização.

Cita como exemplo a da Nota Fiscal nº 000.021, de 13/02/15, referente à aquisição de mercadorias e apresenta, às fls. 243/250, relação das notas fiscais de entradas, cujo o ICMS/ST já fora recolhido e cópias de notas fiscais às fls. 252/689.

Entretanto, tal argumento não prospera conforme se demonstrará.

A referida nota fiscal nº 000.021, de 13/02/15, encontra-se relacionada no Anexo 7, bem como as demais notas fiscais de entradas de mercadorias cujo ICMS/ST foi recolhido.

Transcreve-se a análise realizada pelo Fisco, relacionando as notas fiscais de entradas que não foram consideradas no cálculo do crédito tributário, pelos seguintes motivos:

- Notas Fiscais de nºs 2895392, 2855842, 2835101, 2984284, 3098197, 3188551, 3264427, 3264426, 3307266, 3412299, 3557391, 3557390, 3483707, 3871655, 3821423, 4006939, 4113204, 4244954, 4221746, 4306504, 4471614, 4411194, 4549415, 4580235, 4596091, 4679823, 4728704, 4742225, 4836748, 4937951, 4997815, 5194515, 5200192, 5237313, 6157872, por tratarem-se de materiais de uso e consumo;
- Notas Fiscais nºs 245 e 7100, canceladas pelo emitente;
- Nota Fiscal nº 343426, emitida em janeiro de 2012, portanto, não compreendida no período autuado;
- Nota Fiscal nº 4061223: não consta na base de dados da SEF e não foi apresentada cópia do Danfe.

Como se vê, foram consideradas todas as notas fiscais de aquisições das mercadorias comercializadas pela Autuada, cujo ICMS/ST já foi recolhido pelo remetente.

Portanto, não merece qualquer reparo o trabalho fiscal, sendo corretas as exigências de ICMS/ST e multa de revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

No tocante à multa isolada, corretamente exige a Fiscalização a penalidade capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75:

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:

Cumprido destacar, no entanto, que o § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, teve sua redação alterada pela Lei nº 22.549/17, de 30 de junho de 2017, e pela Lei nº 22.796/17, de 28 de dezembro de 2017. Confira-se:

Lei nº 22.549/17:

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

(...)

Lei nº 22.796/17 (MG de 29/12/17 e retificado no MG de 03/02/18):

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;

(...)

(Grifou-se).

Portanto, no presente caso, a Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 deve ser adequada ao limite máximo previsto em seu § 2º, inciso I, conforme redação dada pela Lei nº 22.796/17, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN.

Contudo, não há que se falar na redução da multa isolada, em face do disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, uma vez que a apuração da infração não se deu com base exclusivamente em documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal do contribuinte, mas sim, com base em informações e documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento do Contribuinte.

No tocante ao pedido de aplicação do permissivo legal, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no § 5º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, visto que a infração foi praticada com dolo, além de ter resultado em falta de pagamento do imposto.

Foram incluídos no polo passivo do presente Auto de Infração, as sócias-administradoras Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis e o gerente Sr. Newton Nunes Castro, com fulcro nos arts. 124, inciso II e art. 135, incisos II e III, ambos do CTN, art. 21, § 2º, incisos I e II e art. 207, § 1º, item 1, estes da Lei nº 6.763/75.

Os Impugnantes alegam que não poderiam ser incluídas como responsáveis solidárias as sócias Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis, simplesmente pelo fato de constarem no contrato social, uma vez que não foi relatado qualquer ato praticado por elas com excesso de poderes ou participação das infrações, como prevê o art. 135 do CTN.

Também não teria sido comprovado qualquer vínculo do Sr. Newton Nunes Castro com a sociedade empresária fiscalizada, e que a sua inclusão se deu somente em virtude das mensagens de texto, as quais não possuem valor probante, tal como exigido no art. 135 do CTN.

Entretanto, não lhes cabe razão.

A inclusão do sócio e do administrador como responsável coobrigado pelo crédito tributário ora discutido, encontra-se amparada na previsão legal estabelecida no art. 135, incisos II e III do CTN e no art. 21, inciso XII e § 2º 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:

(...)

II - os mandatários, prepostos e empregados;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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:

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando jurisprudência no sentido de que, quando há infração à lei, os sócios-gerentes, 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. (GRIFOS ACRESCIDOS).

No mesmo sentido, o TJRS nos embargos infringentes nº. 594124984, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, decidiu:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA (CTN ART. 135, III). SÓCIO GERENTE, QUE SE DEMITIU DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA NO CASO, DOS ARTS. 10 E 16 DO DECRETO Nº 3.708, DE 10.01.19, VEZ QUE O AUTO DE APREENSÃO E O LANÇAMENTO DO ICMS, COM MULTA DECORREM DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI – OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E TRANSPORTE DA MESMA SEM A EMISSÃO DAS CORRESPONDENTES NOTAS FISCAIS – PRATICADOS QUANDO O EMBARGANTE AINDA INTEGRAVA A SOCIEDADE NA QUALIDADE DE SÓCIO-GERENTE.

(GRIFOS ACRESCIDOS).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O TJ/MG, em recente decisão, por unanimidade, no processo nº. 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

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

No mesmo processo, acompanhando o relator Des. Gouvêa Rios, a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade após algumas considerações concluiu:

ISTO COLOCADO, VÊ-SE, NO CASO CONCRETO, QUE SE ENCONTRA COMPROVADO NOS AUTOS (F. 28 E 37) A ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE COM O USO INDEVIDO DA ALÍQUOTA REDUZIDA E DA VENDA MERCANTIL FRAUDULENTE, PELO QUE RESPONDEM OS SÓCIOS SOLIDARIAMENTE.

Destarte o CTN em seu art. 135, inciso III, impõe responsabilidade não somente ao sócio, mas também ao gerente, diretor ou equivalente: *“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 os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”*.

Não há dúvidas quanto à responsabilidade das sócias ora arroladas como Coobrigadas, visto que figuram no contrato social como responsáveis pela administração da sociedade (Cláusula Quarta), fls. 228.

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

A inclusão do Sr. Newton Nunes de Castro decorre do poder de gerência deste sobre a sociedade empresária, visto que mesmo após a transferência das suas cotas à Sra. Maria Aparecida da Silva de Assis, por meio da Terceira Alteração Contratual, datada de 28/02/12, ainda manteve o poder de gerência daquela empresa, conforme demonstra o Fisco em seu Relatório Fiscal (fls. 17/18).

Coube ao Sr. Newton, no momento da ação fiscal realizada nos estabelecimentos constantes do Mandado Judicial, indicar o funcionário da empresa para acompanhar a contagem física das mercadorias e, posteriormente, dar conformidade à contagem realizada nos galpões, além de assumir o encargo de fiel depositário em nome da “Linha Verde” (verso do AAD nº 012705 – fls. 145).

Merece mencionar que o Sr. Newton não consta da Relação de funcionários ativos em março de 2016, fornecida pelo Contador da empresa (fls. 134).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registre-se ainda, que foram encontrados, na sua sala, na sede da empresa, os numerários descritos nos “Termos de Constatação”, fls. 147/148, que foram por ele assinados.

A participação do Sr. Newton na gerência da empresa, também é demonstrada pela troca de mensagens entre funcionário da empresa Autuada (Linha Verde) e fornecedor, acostadas pelo Fisco às fls. 154/162, que demonstram que o Sr. Newton não é somente responsável pelas compras e pagamentos, mas também pela prática habitual de repassar ao funcionário Mateus, cheques “em branco” (sem valor preenchido) assinados pela sócia Alessandra Millard (fls. 164).

Cabe ressaltar que os Coobrigados, na condução dos negócios da empresa, e pelas ações/omissões gerenciais, promoveram a venda de mercadorias sujeitas à sistemática da substituição tributária, desacobertadas de documentos fiscais, de forma que obtiveram vantagem econômica ao suprimir valores dos impostos, comportamento que configura abuso ou excesso de poderes, pois praticaram atos estranhos ao objeto da sociedade com a inobservância dos preceitos legais da Lei nº 6.763/75 e do RICMS/02.

Não se trata de simples inadimplemento da obrigação tributária, mas sim da ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, caracterizando-se infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos referidos Coobrigados.

Induvidoso, portanto, que os Coobrigados tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a irregularidade constatada pela Fiscalização caracteriza a intenção de lesar o Erário Estadual.

Assim, correta a inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária.

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, 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. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

§ 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

(...)

Resolução CGSN nº 94/11:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subseqüentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

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;

(...)

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.

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

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

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

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

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso, a Autuada foi intimada do desenquadramento juntamente com o Auto de Infração.

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.

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertadas 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.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que, ainda excluía as Coobrigadas Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis do polo passivo. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Designado relator o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Fabrícia Lage Fazito Rezende Antunes. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira vencida, os Conselheiros Erick de Paula Carmo e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2018.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator designado

P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	22.970/18/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000908039-04	
Impugnação:	40.010145441-30, 40.010145442-11 (Coob.), 40.010145444-74 (Coob.), 40.010145443-93 (Coob.)	
Impugnante:	Distribuidora de Acessórios de Autos Linha Verde Ltda. IE: 001546093.00-57 Alessandra Cardoso Milard (Coob.) CPF: 043.650.856-70 Maria Aparecida da Silva de Assis (Coob.) CPF: 740.092.066-91 Newton Nunes Castro (Coob.) CPF: 132.800.406-63	
Proc. S. Passivo:	Alessandra Machado Brandão Teixeira/Outro(s)	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos e reside apenas na questão da Coobrigação.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, nos meses de janeiro a agosto; novembro, dezembro de 2013 e janeiro de 2014 a dezembro de 2015, apuradas por meio do confronto entre o montante das vendas (valores cobrados dos clientes), constantes no arquivo magnético denominado Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Clientes_MG, e o somatório das notas fiscais de saídas (operação interna) emitidas no período, conforme demonstrado no Anexo 2 do Auto de Infração.

O arquivo Vendas_Produto_X_Conta_Receber_Clientes_MG foi obtido pela copiagem e autenticação de arquivos digitais constantes em equipamentos de propriedade da Contribuinte, em operação realizada em 21 de março de 2016, conforme Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais, Anexo 18 do Auto de Infração.

Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III e 55, inciso II.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Considerando que as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas no Anexo 2 do Auto de Infração ensejam a exclusão da Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Simples Nacional, nos termos do art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar n.º 123/06, foi providenciada a sua intimação, dando-lhe ciência do início do processo de exclusão de ofício, com a lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional, conforme art. 75, § 1º e 2º da Resolução CGSN n.º 94/11.

No que tange a Coobrigação, consta do relatório do Auto de Infração:

1 - As sócias-administradoras Sras. Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis, bem como o Sr. Newton Nunes Castro foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária com fundamento no art. 124, inciso II e art. 135, incisos II e III, ambos do Código Tributário Nacional, art. 21, § 2º, incisos I e II e art. 207, § 1º, item I, estes da Lei n.º 6.763/75.

2 - O Sr. Newton Nunes Castro foi incluído como coobrigado, tendo em vista que, apesar do seu nome não constar da relação de funcionários fornecida pelo contador da empresa, os documentos apreendidos durante a Operação Carretel comprovam que a administração, comando e decisão da Linha Verde estavam sob a sua coordenação.

Para conclusão deste voto importa destacar o item 2 acima o qual foi extraído do Auto de Infração.

Por este item, corroborado pelas provas constantes dos autos, fica claro que o Sr. Newton Nunes Castro era o responsável pela administração da empresa/Autuada e, conseqüentemente, pela gestão das operações por ela realizadas. Desta forma, seria impossível a realização de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil sem o seu conhecimento.

Mas é também por este motivo, que as demais pessoas enumeradas no polo passivo não podem lá ser mantidas, pois não há nos autos qualquer prova de sua participação no deslinde dos atos que levaram a irregularidade apontada no Auto de Infração. Ao contrário, a prova dos autos é de que outra pessoa era a responsável pela gestão da empresa

Para sustentar a oposição dos Coobrigados o Fisco apresentou os seguintes dispositivos legais:

Código Tributário Nacional

SEÇÃO II

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

.....
II - as pessoas expressamente designadas por lei.

.....
Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

-
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
 - III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.
-

Lei n.º 6.763/75

SEÇÃO IV

Da Responsabilidade Tributária

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:

- I - o mandatário, o preposto e o empregado;
 - 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.
-

CAPÍTULO II

Das Infrações

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

- 1) conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

.....(grifos não constam do original)

Deixa-se de se fazer maiores comentários acerca do art. 207 da Lei n.º 6.763/75 o qual foi aqui transcrito por ser ele um dos fundamentadores da autuação. Como referido artigo trata da responsabilidade por infrações e, assim, somente será acionado a partir do momento em que restar configurada a responsabilidade pela própria obrigação tributária, sua aplicação depende da aplicação das regras do art. 21 também transcrito, ao caso concreto, a qual será a seguir delineada.

Como pode ser visto dos textos legais acima reproduzidos a responsabilidade pessoal pelos créditos tributários decorre de *“atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.”*

Assim, para configuração da coobrigação é necessário que o Fisco demonstre o ato praticado pela pessoa apontada no polo passivo que levou ao não recolhimento do tributo, bem como que este ato seja doloso ou culposo.

Destaque-se que os citados dispositivos legais, inicialmente o próprio Código Tributário Nacional e, como não poderia deixar de ser, seguido pela lei estadual, impõem que o Fisco produza prova da realização dos atos vinculados à imputação fiscal por aqueles a quem quer atribuir responsabilidade.

Esta afirmativa é corroborada também pelo art. 142 do Código Tributário Nacional cuja regra deve ser somada à do citado art. 135 do mesmo diploma legal.

A norma do art. 135 do Código Tributário Nacional e, por consequência, a norma do art. 21 da Lei n.º 6.763/75, não abrangem as pessoas simplesmente por serem sócias que compõem a sociedade, mas sim, busca uma responsabilidade pessoal e subjetiva, baseada na atividade individual praticada e na correspondência de tal atividade ao descumprimento da obrigação tributária.

Isso porque, em regra, é a pessoa jurídica de direito privado, contribuinte, quem deve adimplir a respectiva obrigação tributária. Mas, se de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto resultarem obrigações tributárias que, a princípio, caberiam à pessoa jurídica, estas obrigações devem ser adimplidas por seus diretores, gerentes ou representantes ou por aqueles que tenham praticado os atos que levaram a tal inadimplência, nos termos do retro transcrito art. 135, inciso III.

Portanto, a obrigação de responder pelo débito tributário não surge para os diretores, gerentes ou representantes de modo automático, mas depende de seus atos e da vinculação destes atos ao descumprimento da obrigação tributária.

Destarte, a inclusão das sócias Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis pelo simples fato de constarem do contrato social não implica, necessariamente, em responsabilidade solidária pelas dívidas tributárias da empresa.

A Fiscalização não pode deixar de comprovar os atos praticados por ambas que se enquadram nas hipóteses do art. 135 do Código Tributário Nacional e no art. 21 da Lei n.º 6.763/75 e que levaram às saídas desacobertadas, pois seriam estes atos que estabeleceriam sua responsabilidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, em momento algum o Auto de Infração relata qualquer ato praticado pelas duas com excesso de poderes, sequer houve menção de ambas na participação das infrações que fundamentasse a inclusão como coobrigadas.

Repita-se, pela importância, que o art. 135 do Código Tributário Nacional exige ação por parte do Coobrigado para sua responsabilização pessoal e não simplesmente estar no contrato social.

Neste sentido, verifica-se que todas as provas dos autos conduzem à conclusão de que o real administrador da empresa era o Sr. Newton.

Veja-se o que apresenta o próprio Fisco em sua manifestação nos autos (fls. fls. 696/704):

Além do mais, o sr. Newton não foi incluído como coobrigado somente em razão das mensagens, mas também pelos motivos a seguir expostos:

1 - coube a ele indicar funcionário da empresa para acompanhar a contagem física das mercadorias e, posteriormente, dar conformidade à contagem realizada além de assumir o encargo de fiel depositário em nome da “Linha Verde” (verso do AAD nº 012705 – fls. 145);

2 - nesta oportunidade, recebeu também, em nome da Linha Verde, o Auto de Intimação para acompanhar a deslactação dos documentos apreendidos, tendo comparecido, no dia 22/03/2016, na Delegacia Fiscal de Trânsito de Belo Horizonte, na condição de representante legal da empresa, portando procuração outorgada pela sócia Alessandra Cardoso Milard, fls. 151/152;

3 - foram encontradas, na sua sala, na sede da empresa, as quantias em espécie de (....) (que ele afirmou pertencer à empresa) e de (...), sendo lavrado dois “Termos de Constatação”, fls. 146/148, que foram por ele assinados;

4 - mesmo após a transferência das suas cotas à sra. Maria Aparecida da Silva de Assis, 3ª Alteração Contratual, datada de 28.02.2012, o sr. Newton Nunes de Castro ainda manteve o total poder de gerência daquela empresa, inclusive figurando como diretor no site <http://www.linhaverdeacessorios.com.br/pages.php?pageid=1>), fls. 165/174;

Como pode ser visto, todas as provas dos autos demonstram que o Sr. Newton era o administrador da empresa.

Não há nos autos um único documento da empresa assinados pela Sra. Maria Aparecida nem mesmo o recebimento pessoal do Auto de Infração (fl. 13).

Cite-se, por pertinente, o entendimento sobre o tema do Professor Sacha Calmon Navarro Coelho na obra Curso de Direito Tributário Brasileiro, 11ª edição – Editora Forense (fls. 638/639):

- ↘ Nos termos do art. 134 do CTN, as pessoas ali referidas e mais as acrescentadas pelo art. 135 serão somente responsáveis se houver CULPA provada, assim mesmo subsidiariamente. Se a prova inexistir, não poderão ser responsabilizados e só respondem com os seus bens se os dos representados e sociedade *forem insuficientes*.

- ↘ No caso do art. 135, a responsabilização das pessoas nele referida exclui a sociedade e os representados. É pessoal, não há cabida para a solidariedade. Ademais, a prova do dolo e do proveito pessoal, em detrimento da sociedade e dos representados, é ELEMENTAR e cabe ao Fisco. Quem alega prova, incabível o retorce do ônus (*ubi commodo, ibi incommodo*). Quem tem o poder tremendo de executar o patrimônio alheio deve munir-se de razões, respaldo legal e, sobretudo, provas.

Não bastasse, esse também é o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça como se vê do extrato da seguinte decisão:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. 1. A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, REAFIRMADA PELA SEÇÃO INCLUSIVE EM JULGAMENTO PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC, É NO SENTIDO DE QUE "A APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - DCTF, DE GUIA DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS - GIA, OU DE OUTRA DECLARAÇÃO DESSA NATUREZA, PREVISTA EM LEI, É MODO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, DISPENSANDO, PARA ISSO, QUALQUER OUTRA PROVIDÊNCIA POR PARTE DO FISCO" (RESP 962.379, 1ª SEÇÃO, DJ DE 28.10.08). 2. É IGUALMENTE PACÍFICA A JURISPRUDÊNCIA DO STJ NO SENTIDO DE QUE A SIMPLES FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ, NEM EM TESE, CIRCUNSTÂNCIA QUE ACARRETA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO, PREVISTA NO ART. 135 DO CTN. É INDISPENSÁVEL, PARA TANTO, QUE TENHA AGIDO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, AO CONTRATO SOCIAL OU AO ESTATUTO DA EMPRESA ERESP 374. 139/RS, 1ª SEÇÃO, DJ DE 28.02.2005). 3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08. (RESP 1101728/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, 23/03/2009) DJE 23/03/2009)

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para, além de adequar a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei n.º 6.763/75 c/c o art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, excluir as Coobrigadas Alessandra Cardoso Milard e Maria Aparecida da Silva de Assis do polo passivo.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2018.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira

CC/MG