

Acórdão: 23.907/21/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001117468-66
Impugnação: 40.010146558-37, 40.010151348-14 (Coob.)
Impugnante: Lubrate Indústria e Comércio Ltda
IE: 250151390.01-75
Lucas Lopes Marcal Coura Bramante (Coob.)
CPF: 011.974.386-88
Proc. S. Passivo: Sebastião Willian Moreira/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

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

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório (PGDASN-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do §2º, inciso I do art. 55 da citada lei.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Decadência não reconhecida. Decisão por maioria de votos.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/13 a 31/12/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Registra-se ademais que foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, o sócio-administrador da empresa autuada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 48/51, acompanhada dos documentos de fls. 52 /81, com os seguintes argumentos, em síntese:

- aduz que a Fiscalização não observou as justificativas apresentadas quanto ao erro de fato relacionado ao preenchimento das informações prestadas à Administração Fazendária por meio do PGDASN-D;

-informa que foi enviada documentação para Administração Fazendária (AF) de Juiz de Fora em 19/02/18 prestando os esclarecimentos quanto à possível falta de emissão de notas fiscais de saída;

- registra que segue a legislação fiscal e as normas contábeis vigentes, em especial o Princípio da Entidade que atribui a cada patrimônio uma unidade econômico-contábil;

- demonstra, pelo contrato social, que possui uma matriz (CNPJ 04.706.815/0001-41) e uma filial (CNPJ: 04.706.815/0002-22) com inscrições estaduais e livros de registro de entrada e saída independentes;

- assevera que todo o faturamento da pessoa jurídica é realizado pela filial, conforme documentos apresentados;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- acrescenta que todos os valores autuados foram declarados no PGDASN-D indevidamente usando o CNPJ da matriz e não na declaração da filial que seria o correto.

- aponta que a matriz não efetua qualquer tipo de venda, somente transfere para a filial os produtos fabricados;

- ressalta que a filial é responsável por realizar todos os procedimentos de venda, emitindo a documentação fiscal, operando controle de recebimento dos valores relativos a cartões de débito/crédito, depósito em conta e boleto.

Por fim, requer a procedência da Impugnação e o cancelamento da exclusão do Simples Nacional.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 88/98, refuta todas as alegações da Impugnante e pede que seja julgado procedente o lançamento, bem como improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

Em sessão realizada em 26/09/19, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, traga aos autos demonstrativo comprovando a correspondência entre os documentos fiscais emitidos (cujas cópias devem ser também colacionadas aos autos, caso ainda não juntadas) e as informações prestadas pelas administradoras de cartões, bem como com os recebimentos mediante depósito em conta corrente e boleto bancário. Em seguida, vista à Fiscalização (fls. 103).

Aberta vista a Impugnante manifesta-se às fls. 111/112, e acosta os documentos de fls. 113/128:

- apresenta as informações solicitadas e elenca as informações fiscais que foram prestadas;

- requer o cancelamento/arquivamento do Auto de Infração, bem como que seja tornada sem efeito a exclusão do Simples Nacional.

Contudo as informações não são fornecidas em sua totalidade uma vez que as vendas realizadas por meio do Emissor de Cupom Fiscal (ECF – fls. 118/122) foram discriminadas com o total diário e não com as vendas para cada nota fiscal.

A Fiscalização intima o Contribuinte para apresentar a seguinte documentação (fls. 130):

- Memória de Fita Detalhe e Leitura de Memória Fiscal em meio eletrônico – CD, com extensão TDM (gerado de acordo com Ato Cotepe 17/04) e o Espelho da Fita Detalhe em extensão TXT de seus ECFs, quais sejam, Marca Bematech, modelo MP-2000 TH FI, nº série BE0306SC95511226003 e Marca Bematech, modelo MP-2100 TH FI, nº série BE051375610000182046;

- demais documentos fiscais, exceto notas fiscais eletrônicas, que acobertaram as saídas de mercadorias durante o período de 01/01/13 a 31/12/17.

O objetivo da intimação é subsidiar o Fisco com informações de modo a ser refeita a metodologia de apuração do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante manifesta-se às fls. 132 e informa que:

- não foi possível gerar informações do ECF Marca Bematech, modelo MP-2000 TH FI, nº série BE0306SC95511226003.

Considerando o não atendimento da intimação de fls. 130 relativo ao ECF Marca Bematech, Modelo MP-2000, o Fisco intima novamente o Impugnante a apresentar (fls. 135):

- Memória de Fita Detalhe e Leitura de Memória Fiscal em meio eletrônico – CD, com extensão TDM (gerado de acordo com Ato Cotepe 17/04) e o Espelho da Fita Detalhe em extensão TXT relativa ao período de janeiro e abril de 2013.

A Impugnante manifesta-se às fls. 137 e registra que não conseguiu recuperar os dados de janeiro de 2013.

A Fiscalização emite o Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 139/140 com os seguintes apontamentos:

- informa que alterou a metodologia de apuração do crédito tributário passando a utilizar o Registro 65 do COC que apresenta as transações detalhadas;

- ressalta que na peça fiscal inicial (fls. 04/37) foi utilizado o Registro 66 do COC, registro esse que consolida as transações realizadas;

- relata que foi feito o cotejo do período de janeiro de 2013 a dezembro de 2017 entre as notas fiscais eletrônicas constantes do banco de dados da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais -SEF/MG e arquivos dos ECFs entregues pelo Contribuinte com as operações com cartão de débito/crédito (Registro 65 do COC) fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito;

- acrescenta que, após o referido cruzamento, foram considerados os documentos fiscais que apresentaram as mesmas datas e valores correspondentes aos das operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito;

- esclarece que foi elaborado um novo Demonstrativo do Crédito Tributário com a manutenção dos lançamentos que não tiveram a referida correspondência entre as vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito com os documentos fiscais emitidos.

A Fiscalização acosta aos autos os seguintes documentos:

- Anexo 1 – mídia digital – CD, fls. 141;

- Anexo 2 – Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 143/144;

- Auto de Infração – Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 145/147.

Aberta vista, a Impugnante apresenta por procurador regularmente constituído aditamento a Impugnação às fls. 165/190, com os argumentos a seguir reproduzidos:

- relata que solicitou e obteve da administradora de cartões CIELO arquivo digital contendo informações das operações de cartões de crédito e débito no período

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2013/2017, entretanto a administradora CIELO enviou somente o período de 2014/2017;

- informa que obteve, também, extratos das movimentações de cartões denominado “Extrato para Simples Conferência” de janeiro a dezembro de 2013, e ainda, de outubro a dezembro de 2014;

- acrescenta que também teve acesso, junto à administradora Cielo, aos dados de faturamento por meio de ECF e NF-e, todos gravados e entregues por meio de mídia digital;

- aduz que todos estes arquivos com dados de ECF, NF-e e extratos de cartões da CIELO foram objetos de cruzamento de dados com a planilha Anexo 1.5 Comparativo – (Detalhamento por Operação Cartão de Crédito/Débito – Itens Registro 65) x Documentos Fiscais Emitidos, apresentada pela Fiscalização junto ao Termo de Rerratificação de Lançamento;

- complementa que entrou em contato com a administradora de cartões CIELO por duas ocasiões, requerendo arquivo com todos os dados de movimentação/operações de cartões registrados no período de 2013 a 2014;

- aponta que em primeira resposta a administradora de cartões CIELO enviou arquivo contendo as informações somente de 01/01/14 a 31/12/17 intitulado “Faturamento Contábil EC – 1014300352.txt” e “Faturamento Contábil EC – 1014300352.xls”;

- discorre que em relação ao período de 2013 a administradora CIELO se recusou a realizar a entrega sob alegação de que sua obrigatoriedade de manutenção dos arquivos está restrita aos últimos 05 (cinco) anos, sendo notificada, no primeiro momento em 2018.

Registra-se, por oportuno, que o Impugnante outorga poderes à SW Moreira Sociedade de Advocacia/Dr. Sebastião William Moreira (OAB/MG: 139.178) para representá-lo em processo administrativo envolvendo o estado de Minas Gerais, (fls. 167).

Posteriormente, em razão do Termo de Rerratificação de Lançamento, foi enviado extrajudicialmente nova correspondência requerendo a disponibilização de todas as informações das operações de cartões de crédito e débito uma vez que cita haver divergência entre as informações prestadas pela administradora Cielo à Fiscalização e os arquivos e extratos enviados pela mesma ao Contribuinte.

A Fiscalização intima a empresa Cielo S.A a retransmitir no prazo de 10 (dez) dias os arquivos eletrônicos Registro Tipo “65”, Detalhamento por Operação – com valores de cada venda) dos meses de junho, julho, novembro e dezembro de 2013, referentes às operações realizadas por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares da empresa Lubrate Indústria e Comércio Ltda (fls. 192).

A Fiscalização emite Termo de Intimação de fls. 193 para que o Contribuinte apresente:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Memória de Fita Detalhe e Leitura de Memória Fiscal em meio eletrônico – CD, com extensão TDM (gerado de acordo com Ato Cotepe 17/04) e o Espelho da Fita Detalhe em extensão TXT do ECF-IF Marca Bematech, Modelo MP-2000 TH FI, nº de série BE0306SC95511226003 relativos aos períodos de janeiro/2013 e janeiro/2014.

A Impugnante manifesta-se às fls. 197/198, com os seguintes argumentos:

- informa o local de armazenamento dos dados fiscais do período solicitado (janeiro/2013 e janeiro/2014) está danificado,

- solicita prorrogação da intimação para que possa adquirir equipamento e utilizar suas peças necessárias para atender a intimação.

A Defesa acosta aos autos os seguintes documentos:

- laudo técnico atestando que o local de armazenamento dos dados fiscais do período solicitado (janeiro/2013 e janeiro/2014) está danificado (fls.200);

- Certidão Eletrônica de Cancelamento da Autorização de Uso de Equipamento ECF (fls. 201).

A Fiscalização defere a prorrogação de prazo para atendimento de intimação (fls. 202)

A Impugnante manifesta-se às fls. 206/209, com os seguintes argumentos:

- cita que a impressora adquirida foi enviada para o interventor que alega ter resgatado alguns arquivos referentes ao período intimado;

- aduz que como os arquivos do período intimado (janeiro/13 e janeiro/14) foram entregues em desacordo com o Ato Cotepe nº 17/04, não foi possível visualizar seu conteúdo.

A Fiscalização emite Termo de Intimação de fls. 212 para que o Contribuinte apresente:

- Memória de Fita Detalhe e Leitura de Memória Fiscal em meio eletrônico – CD, com extensão TDM (gerado de acordo com Ato Cotepe 17/04) e o Espelho da Fita Detalhe em extensão TXT do ECF-IF Marca Bematech, Modelo MP-2000 TH FI, nº de série BE0306SC95511226003 relativos aos períodos de janeiro/2013 e janeiro/2014.

Aberta vista a Impugnante não se manifesta.

A Fiscalização intima a empresa Cielo S.A a retransmitir no prazo de 10 (dez) dias os arquivos eletrônicos Registro Tipo “65”, Detalhamento por Operação – com valores de cada venda) dos meses de junho, julho, novembro e dezembro de 2013, referentes às operações realizadas por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares da empresa Lubrate Indústria e Comércio Ltda (fls. 213).

A Administradora de Cartões, Cielo S/A, manifesta-se às fls. 221, com os seguintes argumentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- salienta que não foi possível localizar em seu sistema as informações relativas aos meses de junho, julho, novembro e dezembro de 2013 relativas ao Impugnante uma vez que o referido período se encontra prescrito nos termos do art. 195 do Código Tributário Nacional - CTN e de demais normas correlatas.

Pertinente ressaltar, que se o Fisco tivesse acesso a essas informações poderia analisar a tese de defesa do Contribuinte disposta no tópico 2, qual seja, consolidação mensal de dados pela administradora de cartões Cielo S/A.

A Fiscalização lavra o Termo de Reformulação de Lançamento de fls. 224/228 e acosta aos autos os seguintes documentos:

- Anexo 1 – Registro E21, em mídia digital, fls. 229;
- Anexo 2- Emissão de documentos fiscais – diferença de dias, em mídia digital, fls. 229;
- Anexo 3- Cruzamento Detalhamento por Operação (item Registro 65) x Documentos Fiscais Emitidos, em mídia digital, fls. 229;
- Anexo 4- Comparação de Demonstrativo do Crédito Tributário, em mídia digital, fls. 229
- Anexo 5 – Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 231/233.

Regularmente intimada da reformulação, a Impugnante manifesta-se às fls. 238/242, nos seguintes termos:

- cita que o Decreto nº 47.977/20 e a Resolução AGE nº 51/020 suspenderam os atos administrativos referentes à recolhimento do crédito tributário, impugnação dentre outros.

Diante disse, requer:

- suspensão dos efeitos da intimação recebida bem como a suspensão da apresentação de impugnação aos termos de reformulação de lançamento, sob pena de serem considerados inválidos ou subsidiariamente:

- prorrogação de 60 (sessenta) dias para apresentar a impugnação ao termo de reformulação ou 6 (seis) meses de prorrogação ao argumento de que o Contribuinte tem direito ao mesmo prazo que a Fiscalização teve na elaboração do trabalho.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 244/261, refuta novamente as alegações da Impugnante e pede que seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme a segunda reformulação do crédito tributário efetuada às fls. 231/233.

Em sessão realizada em 02/03/21, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em determinar o retorno dos autos à origem para que a Fiscalização conceda ao Contribuinte a dilação do prazo em 10 (dez) dias para aditamento à Impugnação em atenção ao pedido de fls. 238/242. Em seguida, vista à Fiscalização (fls. 264)

Aberta vista, a Impugnante apresenta aditamento à Impugnação de 268/295, acompanhada dos documentos de fls. 296/302, com os argumentos infra elencados:

- reitera as teses de defesa inseridas no primeiro aditamento da impugnação;
- acrescenta à suas alegações a inconstitucionalidade da multa isolada em valor extravagante.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 307/312, com os argumentos a seguir transcritos, em síntese:

- destaca que foi elaborado o Demonstrativo do Crédito Tributário da 2ª reformulação (fls. 231/233), com a manutenção dos lançamentos que não tiveram a correspondência entre as vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito com os documentos fiscais emitidos, e aqueles que tinham documentos fiscais e foram emitidos em tempo superior a 10 (dez) dias antes ou após o pagamento com cartão de crédito/débito.

Pugna pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação de fls. 231/233.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/13 a 31/12/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11.

Registra-se, ademais, que foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, o sócio-administrador da empresa autuada.

A Impugnante, *a priori*, pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fiscalização de lançar o crédito tributário referente ao Auto de Infração, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

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

atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

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

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Entretanto, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que a irregularidade apontada diz respeito a recolhimento a menor de ICMS, não havendo que se falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento a que se refere o art. 150 do CTN, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Infere-se, então, que o direito do Fisco, *in casu*, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

Reitera-se que constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

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

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

(...)

Neste caso, a irregularidade tratada é a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, conduta que tem como elemento subjetivo o dolo caracterizado pela omissão de receita no sentido de suprimir ou reduzir tributo.

Assim, por qualquer prisma que se analise a hipótese dos autos, não há dúvida de que, no presente caso, deve ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN para apuração do prazo decadencial.

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 76977 RS 2011/0191109-3, de 12/04/12:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (GRIFOU-SE)

Mais recentemente, pronunciou-se o STJ, no Agravo Regimental nos EDcl no REsp 1264479/SP, em acórdão de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, publicado em 10/08/16.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

E também no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 533.405 –RS (2014/0144927-8):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 973.733/SC, SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CPC, FIRMOU A COMPREENSÃO DE QUE NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO NÃO HÁ O PAGAMENTO ANTECIPADO – CASO DOS AUTOS -, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É AQUELE ESTABELECIDO NO ART. 173, I, DO CTN.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2013 somente expirou em 31/12/18, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 21/09/18, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 39.

Cumprido destacar que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.0000254148-66, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/13 a 31/12/17.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização apurou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, constantes de listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

II - poderão utilizar outro programa ou recurso diferente do previsto no inciso I para assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, mediante autorização da SEF.

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975."

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada e pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar."

Efeitos de 15/03/2008 a 30/09/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

"III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar."

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"Parágrafo único. As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação".

Efeitos de 18/08/2009 a 30/09/2017 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.152, de 17/08/2009:

"Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação."

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante quando alega que o procedimento baseou-se em provas insuficientes.

Repita-se, por oportuno, que a Fiscalização reformulou o crédito tributário em duas oportunidades, estando os Termos de reformulação do Lançamento anexados aos autos às fls. 139/140 e 224/228.

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

Como bem ressaltou a Fiscalização, o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG sob o CNAE-F nº 2219-6/00, qual seja, fabricação e comércio varejista de artefatos de borracha, seguimento para o qual não há previsão legal de alíquotas diferenciadas, tampouco de benefício fiscal, aplicáveis às saídas promovidas pela Contribuinte no período autuado.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea “e”, do RICMS/02.

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;

(...)

O fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, 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: (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cy: 10000160548889001 MG, Relatora Desa. Heloisa Combat, Data de Julgamento:10/11/16, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/16), (TJ-MG - Apelação Cível: 10024134145317001 MG, Relator Des. Claret de Moraes - JD Convocado, Data de Julgamento: 12/04/16, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/04/16) e (TJ-MG - Apelação Cível: 10024122591779003 MG, Relatora Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 28/04/16, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/05/16).

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Cumprir destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, uma vez que foram exigidas as penalidades previstas em lei e nos percentuais ali determinados tendo em vista a ocorrência no mundo real das hipóteses elencadas pelo Legislador.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art.55 da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...)

É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação.

Dessa forma, considerando que, após as reformulações efetuadas pela Fiscalização, foram mantidos apenas os lançamentos que não tiveram a correspondência entre as vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito com os documentos fiscais emitidos e aqueles que tinham documentos fiscais foram emitidos em tempo superior a 10 (dez) dias antes ou após o pagamento com cartão de crédito/débito e após a última reformulação do crédito tributário, bem como, a Impugnante não trouxe aos autos, apesar das oportunidades concedidas, documentos capazes de elidir o feito fiscal, correta as exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Correta, também, a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

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

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

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 desacobertas 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 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11. 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:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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 subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

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.

Neste sentido, 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, o Contribuinte foi intimado da exclusão juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua 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 - CCMG 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 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL (PGDAS) COM OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU 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, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do 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:

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 às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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

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

Assim, observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências remanescentes do Auto de Infração em comento e exclusão da Autuada do regime de tributação do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, quanto à prejudicial de mérito, por maioria de votos, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. Vencido o Conselheiro Victor Tavares de Castro, que a reconhecia para os créditos tributários anteriores a 21/09/13. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 231/233. Vencido, em parte, o Conselheiro Victor Tavares de Castro que excluía, ainda, o coobrigado. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Alexandre Périsse de Abreu.

Sala das Sessões, 05 de outubro de 2021.

Flávia Sales Campos Vale
Relatora

Marco Túlio da Silva
Presidente / Revisor

CS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.907/21/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001117468-66
Impugnação: 40.010146558-37, 40.010151348-14 (Coob.)
Impugnante: Lubrate Indústria e Comércio Ltda
IE: 250151390.01-75
Lucas Lopes Marcal Coura Bramante (Coob.)
CPF: 011.974.386-88
Proc. S. Passivo: Sebastião Willian Moreira/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

Voto proferido pelo Conselheiro Victor Tavares de Castro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2017, apuradas mediante confronto entre as informações prestadas pelas empresas administradoras de cartões de débito/crédito com os valores declarados pelo contribuinte como faturamento, conforme PGDASD - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional.

A primeira divergência entre o voto vencido e o acórdão em referência se refere à decadência.

O direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo a tributo sujeito ao lançamento por homologação está submetido à regra especial do art. 150, § 4º, do CTN, que estabelece o fato gerador como termo inicial do prazo de 5 (cinco) anos para se realizar o lançamento de ofício suplementar.

Esclareça-se que a regra geral do art. 173, inciso I, do CTN, aplicável para os demais casos de lançamento de ofício, é afastada no caso concreto em razão do critério da especialidade da norma, pois o ICMS, como típico tributo sujeito ao lançamento por homologação, submete-se à disposição especial do prazo decadencial estabelecida no referido art. 150, § 4º, do CTN.

Apenas esta constatação já seria suficiente para declarar a extinção do crédito tributário relativamente a fatos geradores anteriores ao interregno de cinco anos contados a partir da notificação do Sujeito Passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, pois superado o quinquênio ao qual está submetida a Fazenda.

Como se não bastasse, o julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em regime de recursos repetitivos (Tema 163 – Paradigma: Recurso Especial nº 973.733-SC), consolidou o entendimento de que a regra do art. 150, § 4º, do CTN, poderá ser afastada apenas quando o Sujeito Passivo descumprir o dever de declarar e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de pagar o tributo devido na competência autuada. Soma-se ao exposto a Súmula nº 555 do STJ, originada do referido julgamento, que estabelece:

QUANDO NÃO HOUVER DECLARAÇÃO DO DÉBITO, O PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL PARA O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONTA-SE EXCLUSIVAMENTE NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, NOS CASOS EM QUE A LEGISLAÇÃO ATRIBUI AO SUJEITO PASSIVO O DEVER DE ANTECIPAR O PAGAMENTO SEM PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

O lançamento realizado por meio do Auto de Infração impugnado visou a constituir crédito tributário relativo à diferença de ICMS apurada por meio de confronto entre o faturamento declarado com o faturamento informado por meio de máquinas de cartão de crédito/débito/similar. Como a empresa optante do Simples Nacional faz os recolhimentos em guia única, tem-se como preenchido o requisito exigido pelo STJ para aplicabilidade do art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que se está diante de divergências de declaração e de pagamento.

Ao ensejo, faz-se *mister* destacar que o entendimento que majoritariamente tem se verificado neste Conselho de Contribuintes, além de transformar o art. 150, § 4º, do CTN em letra morta, desafia a própria lógica ao admitir que haja lançamento para cobrança do tributo ainda que a declaração e o pagamento pelo Sujeito Passivo estejam homologados tacitamente pela Autoridade Fiscal, em razão do decurso de prazo de 5 (cinco) anos contados do fato gerador. Ora, se houve a homologação tácita, o tributo apurado e pago pelo contribuinte está definitivamente aceito pelo próprio Fisco.

Com estas razões e considerando que o Sujeito Passivo foi notificado acerca da lavratura do Auto de Infração em 21/09/18, está decaído o direito do Fisco de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores anteriores a 21/09/13.

Portanto, reconheço a decadência em relação aos períodos anteriores a 21/09/13 e julgo improcedente o lançamento neste particular.

A segunda divergência entre o voto vencido e o acórdão em referência se refere a inclusão dos coobrigados no polo passivo.

O sócio foi incluído no polo passivo, como coobrigado, unicamente por ostentar a condição de administrador.

Sabe-se que as relações jurídicas se desenvolvem entre pessoas, físicas ou jurídicas, sendo designado sujeito passivo a pessoa que assume o polo negativo da relação e sujeito ativo aquela que assume o polo positivo. Com base nessa compreensão, em uma relação jurídico-tributária o sujeito ativo será o ente político dotado da competência constitucional para instituir o tributo – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios – ou outra pessoa credenciada pela lei para a referida arrecadação. Já o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que tenha vínculo com a ocorrência da hipótese descrita na norma de incidência – o “fato gerador” – e que tenha a obrigação legal de pagamento do tributo.

No Direito Tributário, a exigência de que os sujeitos passivos tenham vínculo com o fato gerador é consequência lógica da estrutura constitucional de cada

espécie tributária.¹ Além disso, o art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN) define o sujeito passivo de obrigação tributária principal como sendo: o “contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”; ou o “responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”. E o art. 128 desse mesmo diploma normativo, que inaugura o Capítulo V, da “Responsabilidade Tributária”, dispõe que:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Portanto, de acordo com o CTN os sujeitos passivos são classificados como contribuintes, quando praticam o fato gerador, e responsáveis, quando a lei os indica para pagar a exação mesmo sem ter praticado o fato gerador, desde que mantenham vínculo com esse. Além disso, o CTN divide a disciplina dos responsáveis em *responsabilidade dos sucessores* (arts. 129 ao 133), *responsabilidade de terceiros* (arts. 134 e 135) e *responsabilidade por infrações* (arts. 136 a 138).

No caso concreto, a Autoridade Fazendária compreendeu que haveria responsabilidade de terceiros ao fundamento do art. 21, § 2º, inciso II, da 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. (Grifou-se)

A redação da Lei Estadual reflete a mesma a regra nacional do art. 135, dispositivo incluído em seção do CTN relativa à “Responsabilidade de Terceiros”, que exige um nexo de causalidade entre a obrigação tributária e uma conduta abusiva do sócio (ou de outras pessoas listadas no dispositivo), o que não se pode ter como ocorrido a partir da mera presunção legal de ocorrência do fato gerador tributário.

Embora a Autoridade Fazendária afirme a existência presumida de operações desacobertas de documentação fiscal, o que se pode afirmar diante da presunção legal é a ocorrência de operações tributáveis, as quais podem ou não ter sido

¹ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultado de conduta abusiva de algum administrador. Quer dizer, ainda que possa ser caracterizada a conduta da pessoa jurídica como abusiva, não há comprovação de uma conduta individualizada do sócio. A presunção legal autoriza considerar ocorrida as operações tributáveis para fins de cobrança do crédito tributário – mas não autoriza a presunção legal de ocorrência de uma conduta abusiva de sócios sem a devida comprovação.

O raciocínio fazendário de que gestores de sociedades empresárias, pela mera condição de gestor, são responsáveis pelas obrigações tributárias, viola frontalmente o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pois aplica a hipótese excepcional de responsabilidade de terceiros sem comprovar os requisitos legais exigidos. A acusação fiscal não comprovou qualquer conduta praticada pelo sócio, pois apenas fez uma acusação abstrata de que seria dele, como administrador, a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias (principais e acessórias) da sociedade.

A discussão travada nos autos diz respeito a divergências apuradas por meio de confronto entre o faturamento declarado com o faturamento informado por meio de máquinas de cartão de crédito/débito/similar, sendo certo que o próprio fato gerador foi tido como ocorrido a partir de uma presunção legal.

Novamente, em que pese a possibilidade de o Fisco presumir a ocorrência do fato gerador a partir das divergências de obrigações acessórias, não se pode estender tal presunção para considerar que teria ocorrido, também, uma conduta abusiva de gestores e, assim, legitimar a atribuição do vínculo de responsabilidade sem ônus argumentativo e probatório exaurientes por parte da Autoridade Fazendária.

Atribuir a responsabilidade de terceiros no caso concreto, além de violar o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 – e a regra do art. 135 do CTN –, também afronta o art. 1.052 da Lei nº 10.406/002 (Código Civil), que estabelece a regra geral de separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios e limita a responsabilidade destes ao capital social.

Portanto, julgo improcedente o lançamento em face do sócio.

Sala das Sessões, 05 de outubro de 2021.

Victor Tavares de Castro
Conselheiro