

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.608/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002788819-61
Impugnação: 40.010155877-54
Impugnante: Nosbor Modas Ltda
IE: 277237313.00-86
Coobrigado: Adirlene Alves Coelho
CPF: 009.817.746-01
Origem: DF/Teófilo Otoni

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. A sócia-administradora 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 Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Constatada saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as notas fiscais de entradas e saídas, obtidas pelo programa do Auditor Eletrônico, com os dados das Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais/Simples Nacional (DEFIS), nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, da multa de revalidação e da Multa Isolada, prevista na alínea "a", inciso II, art. 55 da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18. Entretanto, considera-se os efeitos do Termo de Exclusão a partir de 01/12/21.

Lançamento procedente. Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constatada mediante confronto entre as notas fiscais de entradas e saídas, obtidas pelo programa do Auditor Eletrônico, com os dados das Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais/Simples Nacional (DEFIS), no período compreendido entre 01/01/20 e 31/12/21 nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02.

Para o cálculo, o Fisco usou dados retirados das planilhas de notas fiscais de entradas e saídas elaboradas no auditor eletrônico, das informações de estoques de inicial e final, compras e vendas de mercadorias declaradas pela Contribuinte.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

A sócia-administradora da Impugnante foi incluída como coobrigada no polo passivo da autuação, em razão da prática de atos infracionais, com fundamento no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Também foi lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional em função da constatação de que no período de janeiro de 2020 a dezembro de 2021, a Contribuinte promoveu a prática reiterada de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante vem aos autos, para se contrapor à acusação fiscal, argumentando em resumo, que:

- o Auto de Infração é nulo, pois não há capitulação do dispositivo legal infringido;

- só tomou ciência do Auto de Infração porque um servidor da repartição fazendária de Teófilo Otoni entrou em contato por telefone com seu representante legal, comunicando sobre a existência do AIAF na caixa de mensagem do SIARE. Diz que apesar de haver na legislação tributária permissão para o envio de intimações eletrônicas para os contribuintes, é necessário que haja a adesão do contribuinte ao DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico), conforme estabelece o Decreto-Lei nº 70.235/72. E no presente caso, não consta o comprovante de adesão ao DT-e;

- há uma contradição do Fisco ao mencionar a constatação de vendas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, confirmada mediante cotejo entre estoque escritural e estoque real, uma vez que não houve fiscalização no local. Diz que o Fisco chegou a essa conclusão com base numa estimativa de vendas com base numa margem “estimada” do setor no percentual de 185,45% (cento e oitenta e cinco inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento) para 2020 e 190,53% (cento e noventa inteiros e cinquenta e três centésimos) para 2021 sobre o custo de vendas. Além de considerar essa vultosa margem, aplicou uma alíquota de ICMS cheia de 16,15% (dezesesseis inteiros e quinze centésimos por cento) para 2020 e 15,14% (quinze inteiros e catorze centésimos por cento) para 2021, desconsiderando o benefício de alíquota reduzida do Simples Nacional, que é o regime de recolhimento da Impugnante. Portanto, calculou como se a empresa fosse enquadrada no regime de débito e crédito, mas sem fazer o abatimento de um crédito presumido a que teria direito se fosse deste regime;

- o Fisco cometeu um erro no transporte de valores da planilha de cálculo que diverge do Termo de Intimação nº 261/2023 do Relatório Fiscal. Afirma que o Fisco usou o estoque inicial da DEFIS retificada após o Auto de Infração, porém não

usou os outros valores da DEFIS, o que aumentou o custo de vendas e, por consequência, o imposto exigido;

- as penalidades impostas são confiscatórias.

Nesses termos, pede que seja cancelado o Auto de Infração em razão de sua nulidade e, subsidiariamente, seja o lançamento revisto para reduzir o crédito tributário. E, ainda, que eventuais valores remanescentes sejam lançados em novo lançamento com novo prazo para apresentação de defesa.

Da Manifestação Fiscal

Na sequência, vem o Fisco aos autos, argumentando em síntese que:

- a conclusão fiscal, sobre a qual discorre pormenorizadamente, é procedimento idôneo, previsto na legislação. Ademais, toda a capitulação do dispositivo legal infringido e das penalidades está nos autos;

- todos os valores utilizados nos cálculos foram extraídos das notas fiscais de entradas (emitidas por terceiros) e da DEFIS e PGDAS, documentos com declarações da Contribuinte. Portanto, a alegação de que o trabalho fiscal seria nulo pela falta de contagem física dos estoques, não pode prosperar, uma vez que o Fisco fez um levantamento contábil e não físico. Não há, no cálculo, influência de quantidades e sim valores. Aduz que “[...] ao final as SAÍDAS REAIS ESTIMADAS foram superiores às SAÍDAS DECLARADAS NO PGDAS, então presume-se que a diferença decorreu de saídas desacobertas”;

- a afirmativa de que houve um erro no transporte de valores do demonstrativo acima do Termo de Intimação para o Relatório Fiscal não tem fundamento, pois a intimação não configura início da ação fiscal, conforme art. 66, inciso III do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA) e sim indícios, neste caso, de saída desacoberta de mercadorias com a consequente falta de recolhimento do ICMS;

- que as DEFIS utilizadas para os trabalhos fiscais foram anexadas aos autos (págs. 19), sendo esdrúxula a alegação de que o Fisco utilizou valores da DEFIS retransmitida após a emissão do Auto de Infração;

- acerca da margem de lucro empregada pelo Fisco - 185,45% (2020) e 190,53% (2021) - essa foi obtida através de levantamento estatístico do CNAE, conforme informado na autuação e é mais benéfica para a Contribuinte, posto que, se o Fisco aplicasse a margem de lucro da Contribuinte (conforme declarado na própria DEFIS) a margem a ser utilizada seria muito superior;

- apesar da Impugnante encontrar-se enquadrada no Regime do Simples Nacional, o crédito tributário apurado foi tratado como se débito/crédito fosse, tendo em vista o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06. As alíquotas efetivas do setor usadas no cálculo para a apuração do imposto devido foram mais benéficas do que a alíquota cheia de 18,00% (dezoito por cento);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as multas foram exigidas nos estritos termos da legislação tributária, não cabendo ao Fisco analisar os argumentos constitucionais apresentados pela Impugnante;

- em relação ao credenciamento no domicílio tributário eletrônico, a Contribuinte aderiu a este em 18/07/19, conforme comprovante extraído do SIARE. E que, além das comunicações via SIARE, o Fisco envia e-mails para o endereço eletrônico cadastrado pelo contribuinte no SIARE alertando-o sobre as mensagens encaminhadas pelo DT-e, conforme capturas de tela anexadas aos autos.

Pede, assim, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

A Impugnante argui a nulidade do lançamento por não restar demonstrada, especificamente, a infringência que teria levado à sua lavratura e por não haver descrição das supostas operações de saídas de mercadorias, em relação às quais não teriam sido emitidos os respectivos documentos fiscais.

Entretanto, a alegação é desprovida de qualquer fundamento, uma vez que consta das págs. 2/3 do Auto de Infração a longa lista de dispositivos que embasam a presente autuação. Consta, ainda, do relatório fiscal anexo aos autos, o detalhamento do trabalho desenvolvido pela Fiscalização que culminou no Auto de Infração.

Ademais, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

A Impugnante também aduz a nulidade do lançamento, por não ter sido intimada de sua realização, sendo inaplicável a ela as disposições do domicílio tributário eletrônico, pois não teria feito a opção por este regime de comunicação.

Também aqui a afirmação da Impugnante destoa dos fatos, uma vez que ela aderiu espontaneamente ao domicílio tributário eletrônico em 2019, mais de três anos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

antes da autuação. Além disso, como o Fisco demonstrou nos autos, houve tentativas de contato inclusive via *email*.

Desse modo, a ciência tácita aperfeiçoou-se nos termos do art. 144-A, § 6º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Art. 144-A. Fica instituído o Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e -, para comunicação eletrônica entre a Secretaria de Estado de Fazenda, contribuinte e interessados, na forma e nas condições previstas em regulamento.

(...)

§ 6º A comunicação realizada na forma prevista neste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais e efetivada no dia em que o contribuinte ou o interessado acessar eletronicamente o seu teor, observado o seguinte:

(...)

I - caso o referido acesso eletrônico ocorra em dia não útil, a comunicação será considerada efetivada no primeiro dia útil subsequente;

II - caso não ocorra o referido acesso eletrônico, presume-se que a comunicação tenha sido efetivada dez dias corridos após o seu envio.

Rejeita-se, deste modo, as arguições de nulidade do lançamento.

Do mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constatada mediante confronto entre as notas fiscais de entradas e saídas, obtidas pelo programa do Auditor Eletrônico, com os dados das Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais/Simples Nacional (DEFIS), no período compreendido entre 01/01/20 e 31/12/21 nos termos do art. 194, inciso V do RICMS/02.

Para o cálculo, o Fisco usou dados retirados das planilhas de notas fiscais de entradas e saídas elaboradas no auditor eletrônico, das informações de estoques de inicial e final, compras e vendas de mercadorias declaradas pela Contribuinte.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se que as infringências foram apuradas mediante conclusão fiscal, procedimento previsto no art. 194, inciso V do RICMS/02:

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

(...)

V - conclusão fiscal;

(...)

Como mencionado em precedentes desta Câmara, a conclusão fiscal, conquanto seja um procedimento excepcional, encontra previsão na legislação mineira e baseia-se nas informações apresentadas pelo próprio contribuinte. Trata-se de instrumento que a legislação coloca à disposição do Fisco para avaliar a real situação do contribuinte, naqueles casos em que não há outros meios para tanto.

Diante dos resultados alcançados pelo Fisco por meio do referido procedimento e, considerando a presunção de legitimidade que acompanha os atos administrativos, caberia à Impugnante defender-se materialmente, isto é, apresentando provas robustas derivadas de sua escrituração que fossem capazes de elidir o trabalho fiscal.

Veja-se que, acerca da margem de lucro empregada, ponto questionado pela Impugnante, os valores adotados correspondem a valores estatisticamente atribuíveis ao setor de atuação da Impugnante. Destaque-se, ainda, que a margem empregada pelo Fisco resulta em valor inferior e, então, é mais benéfica para a Impugnante.

O procedimento para cálculo do crédito está analiticamente descrito no relatório do Auto de Infração: *“Para apuração do ICMS devido pelas saídas desacobertas, foram utilizados os valores do Estoque Inicial e Final declarados na DEFIS e o valor das compras corresponde ao somatório das Notas Fiscais de Entrada do contribuinte, baixadas do aplicativo Auditor Eletrônico (Anexo 2). A Receita Bruta foi retirada das declarações PGDAS-D (Anexo 4) e os cálculos estão descritos no referido Anexo 2. Neste procedimento é feita uma combinação destes valores, com a finalidade de apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização das equações:*

CMV (CUSTO DAS MERCADORIAS VENDIDAS) = Estoque Inicial + Compras - Estoque Final

SAÍDA DESACOBERTADA = (CMV X Margem de Lucro) – Receita Bruta

A Margem de Lucro utilizada foi a do setor, apurada por meio de levantamento estatístico realizado de acordo com o CNAE, faturamento, CMV e lucro bruto dos contribuintes do setor (CNAE). Procedeu-se ao cálculo da proporção das mercadorias sujeitas à Tributação Normal, ST e outras (Anexo 2). A base de cálculo do imposto e das Multas Isoladas foi obtida pela aplicação do percentual relativo às mercadorias sujeitas à tributação normal, ST e outras apurado (tabela abaixo). Para os outros tipos de tributação (ST/ISENTO) foi cobrado apenas a Multa Isolada.”

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

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

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

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

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

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

Argumenta ainda a Impugnante que o Fisco teria transposto equivocadamente valores da planilha de cálculo constante no Termo de Intimação nº 261/2023 para aquela prevista no Auto de Infração, tendo ainda utilizado o valor de estoque inicial da DEFIS retificada após a lavratura do Auto de Infração.

Na realidade, como explica a manifestação fiscal, “as DEFIS utilizadas para os trabalhos fiscais foram anexadas aos autos, págs. 19. A alegação de que o Fisco utilizou valores da DEFIS retransmitida após a emissão do auto de infração é esdrúxula. Se no ano de 2020 o contribuinte declara na DEFIS que seu estoque final é de R\$ 88.241,52 [...]. Consequentemente seu estoque inicial de 2021 será o seu estoque final de 2020, ou seja, R\$ 88.241,52. E foi isto que o Fisco fez, apesar do contribuinte ter declarado zerado o estoque inicial de 2021 [...]”

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

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

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 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;

(...)

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

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL

EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

A sócia-administradora responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, 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.

A melhor doutrina é no sentido de que os administradores, mandatários, sócios-gerentes e diretores respondem pela obrigação tributária quando os seus atos contrários à lei, ao contrato social, estatutos forem prévios ou concomitantemente ao surgimento da obrigação tributária (que se dá pela realização do fato gerador).

Na lição dos Professores Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 10ª ed. 1995, pág. 113), Werther Botelho Spagnol (Curso de Direito Tributário, 1ª ed. 2004, pág. 208), Ricardo Lobo Torres (Curso de Direito Financeiro e Tributário, 13ª ed. 2006, pág. 268) e José Alfredo Borges (Notas de Aula/UFMG, inéditas), dentre outros, a responsabilidade do art. 135 do CTN é solidária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprе salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ/MG, 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 caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame a sócia-administradora, que efetivamente é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa.

Ademais não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária e, sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ para a responsabilização solidária dos sócios.

Induvidoso, no caso, que a Coobrigada tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as irregularidades constatadas caracterizam a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão dele para o polo passivo da obrigação tributária.

Assim, correta a eleição da Coobrigada para o 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 desacompanhadas 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. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 22/05/18. 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;

(...)

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 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

(...)

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. 83 da Resolução CGSN nº 140/18, 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 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - das secretarias estaduais competentes para a administração tributária, segundo a localização do estabelecimento; e (Redação dada pela Resolução CGSN nº 156, de 29 de setembro de 2020)

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 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. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

Nesse 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”.

No caso, a Contribuinte foi intimada do “Termo de 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 Nº 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 do devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG. Examine-se:

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 OBEDIÊNCIA 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 à impugnação ao termo de exclusão, há uma correção a fazer: a data inicial dos efeitos do Termo de Exclusão do Simples Nacional deverá ser adequada para a partir de 01/12/21.

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 CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional para adequar a data inicial dos seus efeitos a partir de 01/12/21. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 20 de junho de 2023.

Thiago Álvares Feital
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora

IS/D