

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.848/24/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002843819-91
Impugnação: 40.010156404-77, 40.010156405-40 (Coob.), 40.010156406-21 (Coob.)
Impugnante: Restaurante Salada Com Castanha Ltda
IE: 062044609.01-90
Joelma Rodrigues Lopes Nonato (Coob.)
CPF: 027.722.406-30
Watson Nonato (Coob.)
CPF: 036.997.366-60
Proc. S. Passivo: Luiz Henrique Nery Massara
Origem: DF/Extrema

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Os sócios-administradores respondem 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 do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatadas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-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, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração plenamente caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada deixou de atender intimação, efetuada via Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF, para entregar informações solicitadas pelo Fisco. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, acarretando sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI e §§

1º, 3º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e §§ 3 e 6º da Resolução do CGSN nº 140, de 22/05/18. Contudo, a data do início dos efeitos da exclusão deve ser adequada para 1º de junho de 2021.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre faturamento mensal declarado pela Contribuinte à Fiscalização e os pagamentos recebidos dos consumidores segundo informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito/débito/similares, e, conseqüentemente, sobre o não recolhimento de ICMS, no período de maio de 2021 a dezembro de 2022.

Versa, também, o lançamento, sobre o não atendimento à intimação para apresentação de documentos, efetuada via Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multas Isoladas previstas no art. 54, inciso VII, alínea “a” e no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

Por fim, trata, o lançamento, da exclusão da Contribuinte 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. 29, incisos V e XI e §§ 1º, 3º e 9º, inciso I da Lei Complementar (LC) nº 123/06.

Foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária os sócios-administradores da Autuada, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emitir documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 120/139, enquanto os Coobrigados apresentam Impugnação às págs. 160/168 e 178/186.

A Fiscalização manifesta-se às págs. 204/224.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Autuada requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Afirma que existe nulidade material do procedimento de arbitramento tributário adotado, uma vez que carece da necessária descrição e comprovação de hipótese autorizativa de utilização deste instrumento excepcionalíssimo (qual seja, a constatação da efetiva ocorrência de fato gerador omitido), que não pode ser utilizado para se presumir a ocorrência do fato gerador com base em declarações de terceiros sem validade reconhecida pela legislação de regência, somente podendo ser utilizado para a mensuração da base de cálculo desconhecida (art. 148, CTN), já que a ocorrência do fato gerador não se presume, se prova.

Alega que resulta, necessariamente, também no cerceamento do direito de defesa dos Autuados, com violação do direito ao contraditório e ampla defesa, já que necessariamente lhes atribuiu o inadmissível ônus de produzir prova negativa, o que resulta na invalidade do lançamento fiscal por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Não obstante, observa-se que não há qualquer vício a acarretar a nulidade do lançamento.

O arbitramento previsto no art. 148 do CTN não foi utilizado na determinação do fato gerador da obrigação tributária, pois este foi comprovado por meio do relatório da administradora de cartão de débito/crédito.

Não houve, portanto, o arbitramento do fato gerador e da base de cálculo.

A ocorrência do fato gerador do tributo foi comprovada mediante o emprego de procedimento, idôneo, “Conclusão Fiscal”, de modo que não houve o arbitramento para presumir a sua ocorrência.

Também não merece prosperar a arguição de cerceamento do direito de defesa dos Autuados, com violação do direito ao contraditório e ampla defesa, já que lhes teria sido atribuído o inadmissível ônus de produzir prova negativa, o que resultaria na invalidade do lançamento fiscal por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Não há qualquer exigência de produção de prova negativa nos autos.

A suposta prova negativa alegada era simplesmente a apresentação dos documentos fiscais de cujas operações não houve a devida declaração à Fiscalização.

Percebe-se que houve entendimento equivocado por parte dos Impugnantes.

Observa-se que 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 os Sujeitos Passivos compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas

impugnações apresentadas, que abordam 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 os Impugnantes discordarem das infringências que lhe são imputadas que acarreta a nulidade do lançamento.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Sujeitos Passivos todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre faturamento mensal declarado pela Contribuinte à Fiscalização e os pagamentos recebidos dos consumidores segundo informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito/débito/similares, e, conseqüentemente, sobre o não recolhimento de ICMS, no período de maio de 2021 a dezembro de 2022.

Versa, também, o lançamento, sobre o não atendimento à intimação para apresentação de documentos, efetuada via AIAF.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multas Isoladas previstas no art. 54, inciso VII, alínea “a” e no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

Por fim, trata, o lançamento, da exclusão da Contribuinte 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. 29, incisos V e XI e § § 1º, 3º e 9º, inciso I da LC nº 123/06.

Foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária os sócios-administradores, em razão da prática de atos com infração à lei (realizar vendas sem emitir documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III do CTN e do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente, cumpre mencionar que 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:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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*:

RICMS/02 - Anexo VII - Parte 1

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

(...)

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.

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ressalta-se que as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, inciso III do RICMS/02.

Repita-se, por oportuno, que as saídas de mercadorias não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das informações apresentadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito com as vendas declaradas pela Contribuinte.

Desse modo, não assiste razão à Autuada quando alega que o procedimento se baseou em provas insuficientes quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, nem que houve cerceamento do seu direito de defesa, como ficou demonstrado no tópico “Da Preliminar”.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita a Contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, tendo sido utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades.

A Impugnante argumenta que a cobrança concomitante das multas de revalidação e isolada imputadas é indevida, tendo em vista que as infrações cometidas decorrem dos mesmos fatos geradores, o que implicou em uma dupla penalização. Nessa toada, ao defender a aplicação do princípio da consunção em matéria tributária, pede pela absorção da multa isolada pela multa de revalidação.

Porém, também não assiste razão à Impugnante nesse ponto.

Por um lado, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 refere-se a descumprimento de obrigação principal e é exigida em razão do não recolhimento do ICMS pela Autuada. Veja-se o teor do citado artigo, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

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

Por outro lado, as Multas Isoladas previstas no art. 54, inciso VII, alínea “a” e no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, dizem respeito a descumprimento de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

obrigações acessórias. A primeira é exigida, entre outras situações, quando se deixa de entregar ou de exibir ao Fisco elementos por ele exigidos, enquanto a segunda é devida em virtude de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Confira-se as previsões legais mencionadas:

Lei n° 6.763/75

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

(...)

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

Nesse ponto, reforça-se que a fixação da Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei n° 6.763/75 observou o limitador legal do § 2º, inciso I do citado artigo:

Lei n° 6.763/75

Art. 55. (...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

Dessa forma, ao não entregar ao Fisco informações exigidas e ao dar saída a mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Autuada não cumpre com obrigações tributárias acessórias legalmente previstas, o que a sujeita às penalidades capituladas nos arts. 54, inciso VII, alínea “a” e 55, inciso II, c/c § 2º, inciso I, ambos da Lei n° 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante também argumenta que as multas aplicadas são inválidas, por violarem os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco, bem como por configurarem indevido desvio de finalidade. Nessa oportunidade, apresenta decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema e, ao final, exige o cancelamento integral ou a readequação das multas de revalidação e isolada.

Contudo, sem razão a Impugnante.

As penalidades constantes no Auto de Infração foram exigidas na exata medida da lei estadual, não competindo à Autuada negar aplicação de dispositivo legal. Acentue-se que não há que se falar em multas desproporcionais e desarrazoadas em se tratando de multas previstas na legislação estadual e aplicadas nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75, estando o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras.

Como dito anteriormente, a multa de revalidação tem caráter genuinamente sancionatório, em face do contribuinte que deixa de pagar, a tempo e modo, o tributo devido, não se levando em consideração qual o motivo que levou à inadimplência, mas, tão somente, o fato de não ter havido o pagamento.

No caso da multa isolada, trata-se de uma penalidade com fundamento último no cumprimento de prestações relacionadas à arrecadação ou fiscalização tributária.

As penalidades objetivam, em tese, coibir a inadimplência, e têm por escopo garantir a inteireza da ordem jurídica tributária. Se fossem canceladas ou reduzidas, como pretende a Impugnante, as multas perderiam seu caráter punitivo e coercitivo, o que levaria à inobservância das normas tributárias pelos contribuintes.

Assim, é incabível a redução das penalidades fixadas, como pretende a Impugnante.

Também não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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 ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do STF, *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).

Ainda em relação às penalidades fixadas, a Impugnante sustenta que é incabível a incidência de juros sobre a multa de revalidação prevista no Auto de Infração, por implicarem em uma dúplici punição.

Entretanto, mais uma vez não assiste razão à Impugnante.

Diferentemente do que foi alegado pela Autuada, a lavratura do Auto de Infração ocorreu em observância às normas tributárias mineiras, na medida em que a incidência de juros de mora sobre débitos referentes a multas não recolhidas tempestivamente é previsão contida no art. 215 do RICMS/02. Veja-se:

RICMS/02

Art. 215. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Os Coobrigados, responsáveis solidários pelo crédito tributário, defendem que deve ser afastada a imputação da responsabilidade tributária, em virtude da ausência de documentos que indicassem o conhecimento das ilegalidades cometidas pela Autuada por parte dos sócios-administradores.

Porém, como será tratado a seguir, razão não lhes assiste.

O sócio-administrador 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 CTN e no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CTN

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

(...)

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 concomitantes 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.

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 - TJMG, por unanimidade, na Apelação Cível nº 1.0479.98.009314-6/001, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.98.009314-6/001

“(…) 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 respondem solidariamente pelo crédito tributário em exame os sócios-administradores, que efetivamente é quem participam 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.

Induidoso, no caso, que os Coobrigados tinham 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 fundamentam a inclusão deles para o polo passivo da obrigação tributária.

Dessa forma, diante das irregularidades constatadas, correta a inclusão dos sócios-administradores da Autuada no polo passivo da obrigação tributária.

Por fim, a Autuada questiona sua exclusão do Simples Nacional, por entender que o ICMS apurado em razão da saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal não é abrangido pelo recolhimento unificado do regime tributário em questão.

Subsidiariamente, a Autuada pleiteia a reforma do Termo de Exclusão do Simples Nacional, por ter havido equívoco na indicação da data considerada para a exclusão.

Nesse ponto, é importante destacar que, 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 do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06. Veja-se:

Lei Complementar nº 123/06

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

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.

Assim, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI e § § 1º, 3º e 9º, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” e § § 3º e 6º, inciso I 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

No que se refere aos efeitos de exclusão da empresa do Simples Nacional, verifica-se que a Lei Complementar nº 123/06 estabelece, no § 9º do art. 29, que considera-se prática reiterada, para fins de exclusão, 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.

Nesse sentido, conforme os termos do lançamento em questão, os efeitos para exclusão da Autuada do Simples Nacional devem iniciar em 1º de junho de 2021, período em que ficou caracterizada a prática reiterada.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. 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 considerar a data inicial a partir de 01/06/21. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Flávia Sales Campos Vale (Revisora) e Paola Juracy Cabral Soares.

Sala das Sessões, 19 de março de 2024.

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

Cindy Andrade Morais
Presidente

m/p