

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.585/14/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000205565-41
Impugnação: 40.010135285-64, 40.010135286-45 (Coob.)
Impugnante: Empório Distribuidora de Alumínio Ltda - ME
IE: 001418074.00-01
Telma Marques Andrade (Coob.)
CPF: 604.129.926-04
Coobrigado: Márcia Maria da Silva Souza
CPF: 162.068.288-59
Proc. S. Passivo: Juliana Degani Paes Leme/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência dos sócios, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração a lei. A sócia Telma Marques de Andrade responde pelo crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos entre 01/11/10 a 31/10/12, período em que figurou como sócia administradora, conforme alteração realizada pela Fiscalização em acolhimento aos argumentos do Sujeito Passivo.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatou-se, mediante confronto entre documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado com a escrita fiscal, saídas de mercadorias tributadas desacobertadas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, c/c § 2º ambos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se, mediante confronto entre documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado com a escrita fiscal, saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documentação fiscal, para as quais não se constatou a entrada acobertada. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I e V da Parte Geral do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Constatado o preenchimento dos requisitos previstos no art. 29, incisos V e XI c/c § 9º, todos da Lei Complementar nº 123/06, para a exclusão do regime do Simples Nacional.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, constatadas mediante confronto entre as informações constantes dos documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada e a sua escrita fiscal, no período de 01/11/10 a 31/01/13:

- saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal do ICMS desacobertas de documentos fiscais. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º, todos da Lei nº 6.763/75;

- entradas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais sujeitas à tributação pelo regime de substituição tributária, apuradas mediante a utilização de procedimento tecnicamente idôneo de conclusão fiscal, previsto no art. 194, inciso V do RICMS/02, visto que as compras existentes no período não suportam as saídas desacobertas apuradas. Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, e § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 3475/3484, acostando os documentos de fls. 3486/3520 e a Coobrigada Sra. Telma Marques Andrade, sócia administradora no período de 22/03/10 a 14/11/12, às fls. 3522/3525, nos mesmos termos da Autuada.

Alega, inicialmente que a sócia Telma Marques Andrade retirou-se da sociedade em 14/11/12, estando uma eventual responsabilização limitada ao período de novembro de 2010 a novembro de 2012.

Afirma que o não recolhimento do imposto, por si só, não caracteriza infração à lei, de forma que a responsabilização pessoal da sócia, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional, não é possível quando não há mais vínculo obrigacional da sócia retirante.

Argui que este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme manifestado no EREsp 174.532/PR, no sentido de que “o simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatutos, não há que falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal”.

Ressalta que incumbe a Fazenda Pública comprovar que o sócio retirante agiu com excesso de mandato, infração à lei ou ao contrato social.

Quanto ao mérito alega em resumo:

- que a margem de lucro utilizada pela Fiscalização, ao promover o cálculo do ICMS/ST sobre as entradas desacobertas foi a margem líquida declarada pelo Contribuinte no percentual de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento);

- que o procedimento correto para apurar o valor das entradas, a partir do valor das vendas, seria o percentual da margem de lucro bruto, que seria de 34,9326%

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(trinta e quatro inteiros, nove mil, trezentos e vinte e seis décimos de milésimo por cento), conforme demonstrado no Anexo 01 (fls. 3492/3515);

- que a multa isolada, atribuída às saídas desacobertadas deve ser recalculada em razão da Lei nº 19.978/11 que excluiu a referida penalidade em períodos anteriores a 01/01/12.

Argumenta, por fim, que o presente Auto de Infração, o qual declarou a Impugnante excluída do Simples Nacional, teve por fundamento o art. 29, inciso V da Lei Complementar nº 123/06 e o art. 5º, inciso V da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07, que prevê a exclusão de ofício quando “tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123 de 2006”.

Afirma que, no entanto, o Auditor Fiscal, em momento algum, apontou qual dispositivo legal da LC nº 123/06 foi reiteradamente violado, o que fere o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Conclui que, portanto, deve ser anulado o termo de exclusão do Simples Nacional.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 3520/3521 e 3532/3533 dos autos.

Da Reformulação do Crédito Tributário

A Fiscalização, acatando a alegação da Impugnante, no tocante à responsabilidade da sócia administradora Telma Marques Andrade, manifesta-se pela limitação da responsabilidade desta conforme período de participação da mesma no quadro societário da empresa (de 22/03/10 a 14/11/12), nos termos da rerratificação acostada às fls. 3545/ 3546 dos autos.

Em relação ao mérito, acata parcialmente as alegações da Impugnante e, por meio do Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 3542/3544, reformula o crédito tributário para promover o cálculo das entradas desacobertadas de documentação fiscal, utilizando a margem de lucro bruta de 34,9326% informada pela Impugnante.

Demonstra a reformulação do crédito tributário por meio do quadro de fls. 3543 do Termo de Rerratificação.

Na oportunidade, esclarece que o dispositivo legal infringido pelo Contribuinte que motivou a sua exclusão do regime do Simples Nacional, refere-se à obrigatoriedade de emissão de documentação fiscal prevista no art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 e da sua regulamentação pelo art. 5º, inciso XIII da Resolução CGSN nº 15/07.

Reabre prazo para aditamento à Impugnação nos termos do art. 120, § 2º do RPTA.

Devidamente intimados os Sujeitos Passivos, apenas a Autuada apresenta Aditamento à Impugnação às fls. 3552/3565, oportunidade em que acosta novos documentos às fls. 3566/3573.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante contesta a forma de cálculo adotada pela Fiscalização, por entender que o percentual correspondente à nova margem de lucro declarada deve ser deduzido do valor total das vendas, para se apurar o preço das entradas desacobertadas, conforme a seguinte fórmula:

$$\text{R\$ } 6.204.109,60 - (6.204.109,60 \times 34,9326\%) = \text{R\$ } 4.036.852,81$$

Afirma que a Fiscalização realizou, equivocadamente, o cálculo da seguinte forma:

$$\text{R\$ } 6.204.109,60/1,349326 = \text{R\$ } 4.597.932,30.$$

Alega que a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais não tem competência para efetivar a exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, visto que entende tal competência como exclusiva da Secretaria da Receita Federal, com fulcro no art. 15, §§ 3º e 4º da Lei Federal nº 9.317/96.

Reitera os demais termos da inicial e pugna pelo acatamento da Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 3537/3541 e de fls. 3.575/3579 refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Consiste o trabalho fiscal no confronto entre os documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento do Contribuinte, conforme documentado nos Autos de Apreensão e Depósito (AAD) nºs 011269 e 011270 (fls. 151/152) e Auto de Deslacrção de fls. 154/161, com os dados escriturados nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS.

Após análise dos documentos extrafiscais apreendidos (romaneios e documentos denominados “Diários de Caixa”), a Fiscalização intimou a Contribuinte a identificar os documentos fiscais emitidos para acobertamento das operações, conforme planilha fls. 05/126, bem como os respectivos livros fiscais.

A Contribuinte se limitou a apresentar um CD contendo os livros fiscais, razão pela qual foi intimada a apresentar declaração sobre a margem de lucro média utilizada nas operações da empresa e a transmitir os arquivos eletrônicos Sintegra.

Do confronto entre os documentos extrafiscais apreendidos, acostados aos autos por meio do Anexo VI (fls. 203/3473), com os documentos de saídas regularmente emitidos, constatou-se que os documentos apreendidos se referem às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

A Fiscalização constatou ainda que parte das mercadorias desacobertadas está sujeita ao regime de substituição tributária. Assim promoveu a apuração das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entradas, por meio de conclusão fiscal, tendo verificado a entrada de mercadorias desacobertas, exigindo, portanto, o ICMS/ST relativo às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Cabe inicialmente esclarecer que a apuração das irregularidades se deu por meio de procedimentos tecnicamente idôneos previstos no art. 194, incisos I e 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:

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

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

A Fiscalização elaborou as planilhas Anexo IV (arbitramento do percentual de aquisições com incidência do ICMS/ST) e Anexo V (Documentos extrafiscais – vendas realizadas sem a emissão de documentos fiscais).

Com base nos dados contidos nas notas fiscais de saída e no livro Registro de Saídas, visto que o Contribuinte, embora intimado, não apresentou o registro 54 – itens da nota fiscal do arquivo Sintegra, a Fiscalização calculou o percentual de saídas de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST e a Margem de Valor Agregado (MVA) média dos produtos comercializados, conforme demonstrado na planilha Anexo IV.

Assim, apurou que as saídas desacobertas se deram na seguinte proporção:

- saídas ICMS normal – 76,1139%,

- saídas sujeitas à ST – 23,8861%, sendo a MVA média de 36,2287%.

Destaque-se que o arbitramento está amparado no art. 53, incisos III e IV e art. 54, § 4º, todos do RICMS/02, conforme transcrito:

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

(...)

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - o valor da mercadoria adquirida acrescido do lucro bruto apurado na escrita contábil ou fiscal, na hipótese de não-escrituração da nota fiscal relativa à aquisição;

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

Apurou-se o ICMS devido nas saídas desacobertas de documentação fiscal aplicando o percentual de 76,1139% (setenta e seis inteiros, um mil, cento e trinta e nove décimos de milésimo por cento) sobre o valor total de cada saída desacoberta, para composição da base de cálculo das operações sujeitas à tributação normal, exigindo-se o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento) nas saídas internas e de 7% (sete por cento) e 12 % (doze por cento), de acordo com a Unidade da Federação destinatária.

O restante das saídas desacobertas (23,8861% - vinte e três inteiros, oito mil, oitocentos e sessenta e um décimos de milésimo por cento), se refere às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Portanto, a Fiscalização, por meio de conclusão fiscal, apurou as entradas de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST, a fim de verificar se houve o recolhimento do ICMS/ST devido na entrada, visto que o Contribuinte tem como atividade o “comércio varejista de ferragens e ferramentas” e materiais de construção, mercadorias estas sujeitas ao recolhimento do ICMS/ST na entrada no Estado.

Com base no total das saídas desacobertas (saídas escrituradas no livro Registro de Saídas mais as saídas desacobertas apuradas na autuação), a Fiscalização aplicou o percentual de 4,50% (quatro inteiros e cinquenta centésimos por cento), informado pela Autuada a título de margem de lucro média, apurando assim o montante das entradas totais do Contribuinte.

Apurado o total das entradas no período, confrontou-se com o valor das entradas registradas mensalmente no livro Registro de Entradas, resultando assim na diferença relativa às entradas desacobertas de documentação fiscal.

Considerando que as entradas desacobertas se referem tanto a mercadorias tributadas pelo ICMS quanto às mercadorias sujeitas à substituição tributária, aplicou-se sobre o valor das entradas desacobertas de documentação fiscal, o percentual de 23,8861%, apurando-se assim as entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacobertas de documentação fiscal.

O ICMS/ST foi calculado mediante a aplicação da MVA média apurada conforme acima, utilizando-se a alíquota interna de 18% (dezoito por cento).

O demonstrativo dos cálculos está descrito no item 5.a – Entradas desacobertas do Relatório Fiscal (fls. 140/143).

Conforme demonstrado no quadro de fls. 144 dos autos, o crédito tributário exigido consiste no ICMS sobre as saídas desacobertas, multa de revalidação de 50%

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(cinquenta por cento), Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c § 2º da Lei nº 6.763/75, e ICMS/ST sobre as entradas desacobertas e respectiva multa de revalidação de 100% (cem por cento).

A Defesa não discorda da constatação de saídas desacobertas de documentação fiscal, apenas alega que a margem de lucro utilizada pela Fiscalização, ao promover o cálculo do ICMS/ST sobre as entradas desacobertas foi a margem líquida declarada por ela no percentual de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), sendo que o procedimento correto para apurar o valor das entradas, a partir do valor das vendas, seria o percentual da margem de lucro bruto, que seria de 34,9326%, conforme demonstrado no Anexo 01 (fls. 3492/3515) da Impugnação.

A Fiscalização reformulou o crédito tributário acatando a utilização da margem de lucro bruta de 34,9326% informada pela Impugnante para cálculo das entradas desacobertas de documentação fiscal com base nas saídas desacobertas mais as saídas declaradas no livro Registro de Saídas.

A fórmula adotada pela Fiscalização foi a seguinte:

$$\text{Valor das entradas} = \text{Valor total das saídas} / 134,9326 \%$$

Após a reformulação, a Autuada contesta a forma de cálculo adotada pela Fiscalização, uma vez que entende que o percentual correspondente à nova margem de lucro declarada deve ser deduzido do valor total das vendas, para se apurar o preço das entradas desacobertas, conforme a seguinte fórmula:

$$\text{Valor das entradas} = \text{Valor total das saídas} - (\text{Valor total das saídas} \times 34,9326 \%)$$

No entanto, não cabe razão à Impugnante, uma vez que o ponto de partida do cálculo é o valor das saídas e não o das entradas. Assim, para encontrar o valor das entradas tendo-se as variáveis “total das saídas” e “margem de lucro”, correto o procedimento adotado pela Fiscalização.

$$\text{Receitas de vendas} = \text{Compras} \times (1 + \text{Margem de lucro})$$

$$\text{Receita de vendas} = 6.204.109,60$$

$$\text{Margem lucro} = 34,9326\%$$

$$\text{Compras} = \text{Receita de vendas} / (1 + \text{Margem de lucro})$$

$$\text{Compras} = 6.204.109,60 / 134,9326\%$$

$$\text{Compras} = 4.597.932,30$$

$$\text{Ou seja: } \text{Compras} \times (1 + \text{Margem de Lucro}) = \text{Receita de Vendas}$$

$$4.597.932,30 \times 1,349326\% = 6.204.109,60$$

Caso se adotasse a fórmula proposta pela Autuada, ao se agregar o lucro declarado ao resultado obtido, obter-se-ia valor inferior ao apurado como saídas desacobertas. Veja-se:

$$\text{R\$ } 4.036.852,81 \times 1,349326 = \text{R\$ } 5.447.030,45.$$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para se chegar ao valor das vendas totais, a margem de lucro que a Impugnante supostamente adotaria seria de 53,6868%, valor este muito superior inclusive a MVA média calculada pela Fiscalização, conforme fls. 140 (36,2287%).

Assim, correto o procedimento adotado pela Fiscalização para apuração das entradas desacobertas, bem como as exigências do ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75.

Destaque-se que a multa isolada foi exigida em relação às saídas desacobertas totais, com fulcro no inciso II e § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

A Impugnante argui que a multa isolada aplicada deve ser excluída em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente à 01/01/12, em razão da Lei nº 19.978/11 que teria excluído tal penalidade, em relação aos períodos anteriores à vigência da referida lei.

Tal entendimento é totalmente equivocado. A Lei nº 19.978/11 apenas alterou a redação do inciso VII do art. 55 e do § 2º acima transcritos, que trata do limitador do valor da referida multa a duas vezes e meia o valor do imposto.

Ressalte-se que a Fiscalização observou todos os limites impostos no citado § 2º, tendo detalhado nas planilhas de apuração do cálculo da multa isolada aplicada, nos exatos termos da legislação tributária.

Cabe esclarecer que, uma vez comprovada a realização de operações sem o devido acobertamento documental, está correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, o que decorre do preceito legal abaixo reproduzido:

Lei Complementar nº 123/2006:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Verifica-se, pois, que as operações realizadas sem acobertamento de documento fiscal não se encontram inseridas na apuração e pagamento dentro da sistemática do Simples Nacional.

Da exclusão do Simples Nacional

A Fiscalização emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 127), notificando o Contribuinte da exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, em razão de ter incorrido, reiteradamente, no período de novembro de 2010 a janeiro de 2013, na irregularidade de realizar vendas sem a emissão dos documentos fiscais devidos.

A Impugnante alega que, embora tendo fundamentado o referido Termo no art. 29, inciso V da Lei Complementar nº 123/06 e no art. 5º, inciso V da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/07, que prevê a exclusão de ofício quando “tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123 de 2006”, a Fiscalização, em momento algum, apontou qual dispositivo legal da referida lei teria sido reiteradamente violado pela Impugnante, o que fere o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A Fiscalização, mediante comunicação da reformulação do crédito tributário, informa ao Contribuinte que o dispositivo legal infringido pelo Contribuinte que motivou a sua exclusão do regime do Simples Nacional, refere-se à obrigatoriedade de emissão de documentação fiscal prevista no art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 e da sua regulamentação pelo art. 5º, inciso XIII da Resolução CGSN nº 15/07. Reabre prazo para aditamento à Impugnação nos termos do art. 120, § 2º do RPTA.

A Autuada alega que a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais não tem competência para efetivar a exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, visto que entende tal competência como exclusiva da Secretaria da Receita Federal, com fulcro no art. 15, §§ 3º e 4º da Lei Federal nº 9.317/96.

No entanto, tal matéria está regulamentada pela Lei Complementar nº 123/06 e Resolução CGSN nº 15/07. Veja-se:

Lei Complementar nº 123/2006:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Quanto à competência para exclusão de ofício do Simples Nacional, dispõem os arts. 28 e 29 da LC nº 123/06:

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados 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 da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 desta Lei Complementar;

(...)

§ 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: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

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 (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(Grifou-se).

Cumprе considerar, em acréscimo, as disposições constantes da Resolução nº 15/07 do Comitê Gestor do Simples Nacional, acerca da exclusão do regime, *in verbis*:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

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

(...)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação.

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º.

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resulta evidenciado, a partir da análise das disposições legais de regência da matéria, que, à vista da constatação da realização de operações com mercadorias sem o devido acobertamento documental, a exclusão do regime do Simples Nacional constitui necessária consequência da conduta infracional.

Em outras palavras, decidiu o legislador, em situações tais, cominar a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, sendo bastante e suficiente para tanto, a comprovação da prática, dentre outras, da infração constatada (saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal).

Não resta dúvida de que a competência para exclusão do Simples Nacional é da SEF/MG, nos termos do art. 4º da Resolução nº 15/07 do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Como já informado, foi formalizado o “Termo de Exclusão do Simples Nacional” (fls.127), sendo devidamente intimada a Autuada, ocorrendo a impugnação do mesmo juntamente com a impugnação do lançamento, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, considerando-se presentes todas as características e pressupostos impostos pela legislação vigente, quais sejam, a constatação do descumprimento da obrigação de emissão de documentação fiscal, a demonstração da prática reiterada do ato ilícito e a formalização da ocorrência mediante lavratura do Auto de Infração, correta está a exclusão da Autuada do Simples Nacional como formalizada.

Da responsabilidade do sócio administrador

A Fiscalização inclui as sócias administradoras Telma Marques Andrade e Márcia Maria da Silva Souza, conforme relatório de composição societária de fls. 163 dos autos, como responsáveis Coobrigadas pelo crédito tributário ora discutido, com fulcro na previsão legal estabelecida no art. 135, inciso III do CTN, *in verbis*:

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.

Registre-se que a Coobrigada Márcia Maria da Silva Souza não apresentou Impugnação.

A Impugnante Coobrigada Sra. Telma Marques Andrade alega que se retirou da sociedade em 14/11/12, estando uma eventual responsabilização limitada ao período de novembro de 2010 a novembro de 2012.

A Fiscalização altera o Auto de Infração, por meio do termo de retificação de fls. 3545/3546, e científica a Coobrigada da exclusão da responsabilidade relativa aos fatos geradores ocorridos no período de novembro de 2012 a janeiro de 2013.

A Impugnante Coobrigada argui que de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no EREsp 174.532/PR, “o simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatutos, não há que falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta que incumbe a Fazenda Pública comprovar que o sócio retirante agiu com excesso de mandato, infração à lei ou ao contrato social.

No entanto, no caso dos autos, não se trata de 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 ao Erário mineiro.

É de se esperar que o sócio administrador tenha conhecimento e poder de comando sobre toda a atividade da empresa, sendo certo que as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal caracterizam a intenção de fraudar os cofres públicos.

Nota-se que está claramente demonstrado através do confronto dos documentos extrafiscais apreendidos que o Contribuinte ocultou fatos geradores do imposto com o intuito de suprimir o pagamento do ICMS devido pelas saídas das mercadorias, incorrendo em infração à lei. Tal fato justifica a inclusão do sócio administrador no polo passivo da autuação.

Conforme capitulado na peça fiscal, a Autuada, sob a gestão dos sócios administradores, com poderes outorgados através do contrato social, promoveu saídas de mercadorias sem a devida emissão do documento fiscal, deixando de oferecer à tributação tais valores, e por via de consequência, infringindo a lei tributária.

Comprovada está, por fatos, a responsabilidade dos sócios administradores em relação aos créditos tributários cobrados na presente autuação.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, ICMS/ST, multa de revalidação e multa isolada, legítimo se torna o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 3542/3546, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 03 de junho de 2014.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Revisora

Sauro Henrique de Almeida
Relator

IS/P

21.585/14/1ª