

Acórdão: 23.821/21/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001489729-16
Impugnação: 40.010150241-99, 40.010150242-70 (Coob.)
Impugnante: Churrascaria MCM Ltda.
IE: 062236503.00-40
Guilherme Campos de Miranda (Coob.)
CPF: 045.205.686-17
Proc. S. Passivo: Frederico Guimarães Marra
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

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, conforme documentos fiscais de saída emitidos no período fiscalizado, 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. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, esta já adequada ao limite de que trata o § 2º, inciso I do citado dispositivo legal. Infração caracterizada.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Autuada promoveu, de modo reiterado, saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j", da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de vendas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de abril de 2015 a setembro de 2019, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização, conforme documentos fiscais de saída emitidos no período fiscalizado, e os valores constantes de extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exige-se o ICMS, a correspondente Multa de Revalidação, prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do citado diploma legal, sendo esta adequada ao limite de que trata o § 2º, inciso I do art. 55 da mesma lei.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Fiscalização iniciou o processo de exclusão do estabelecimento do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j", da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o sócio-administrador, Guilherme Campos de Miranda, CPF nº 045.205.686-17, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformados, os Autuados apresentam, tempestivamente e por procurador legalmente constituído, Impugnação conjunta de fls. 49/62, anexam amostragem de notas fiscais série "D" às fls. 74/203 e mídia eletrônica às fls. 204.

Alegam em preliminar, impossibilidade de a autuação ter sido desenvolvida pela Delegacia Fiscal de Trânsito Juiz de Fora/MG e o Contribuinte ser estabelecido em Belo Horizonte.

Ainda em preliminar, alegam ausência de intimação específica quanto à exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, bem como pelo fato de ter sido realizada a constituição do crédito tributário em momento anterior à decisão definitiva de exclusão do Simples Nacional.

Quando ao Mérito, alegam que a Fiscalização teria deixado de considerar notas fiscais série "D", bem como o termo de autodenúncia protocolizado.

Ainda, alegam que a multa aplicada tem caráter confiscatório e, ao final, pedem a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 220/249, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em 11/03/21, acorda, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado do recebimento da intimação, apresente a documentação em meio físico, tendo em vista a juntada de arquivo de mídia contendo cópias de diversas NFs série “D”, supostamente capazes de alterar a exigência fiscal em relação à apuração dos valores e considerando que as cópias não estão completamente legíveis, com fulcro no princípio da verdade material. Em seguida, vista à Fiscalização.

A Impugnante, devidamente intimada a cumprir o despacho interlocutório, não se manifesta.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios que entende existir no lançamento. Citam a incompetência da Delegacia Fiscal de Trânsito Juiz de Fora/MG e a ausência de intimação específica quanto à exclusão da empresa do regime do Simples Nacional.

Entretanto, 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 os Autuados compreenderam e se defenderam 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.

Da competência da Delegacia Fiscal

Como bem destaca a Fiscalização, nos termos do art. 41 do Decreto n.º 45.780/11, as Delegacias Fiscais têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal, conforme as orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e as diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas.

Conforme inciso III c/c o parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto n.º 44.747/08, o sujeito passivo pode estar sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária, a critério da Subsecretaria da Receita Estadual - SRE:

Art. 22. Para fins deste Decreto:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

III - a circunscrição da repartição fazendária é a definida pelo Decreto n° 45.781, de 24 de novembro de 2011.

Parágrafo único. A Subsecretaria da Receita Estadual, mediante portaria, sem prejuízo da circunscrição de que trata o inciso III, poderá estabelecer que o sujeito passivo fique, também, sujeito à circunscrição de outra repartição fazendária.

Por sua vez, o Decreto n.º 45.781/11, que dispõe sobre a localização das Superintendências Regionais da Fazenda e a localização, a abrangência, a subordinação e a classificação das unidades integrantes da sua estrutura orgânica complementar, estabelece:

Art. 5º As atividades das Delegacias Fiscais e das Delegacias Fiscais de Trânsito, previstas no Anexo II, serão definidas de acordo com o planejamento fiscal da Subsecretaria da Receita Estadual.

Parágrafo único. O planejamento fiscal a que se refere o caput poderá determinar que as atividades sejam distribuídas, entre as Delegacias Fiscais e as Delegacias Fiscais de Trânsito, sem a necessária observância das respectivas áreas de abrangência, obedecendo a critérios tais como agrupamento de contribuintes em função de sua atividade econômica no Estado, segmento de atuação no mercado ou volume de faturamento, dentre outros, sem prejuízo da classificação vigente dos Auditores Fiscais da Receita Estadual.

(Grifou-se)

Nesse sentido, o art. 5º-A do Decreto n° 45.781/11, c/c o disposto no parágrafo único do art. 22 do RPTA, autorizou a alteração de circunscrição do estabelecimento atuado, dentre outros:

Decreto n° 45.781/11

Art. 5º-A A Subsecretaria da Receita Estadual, em seu planejamento fiscal, poderá distribuir as atividades entre as Delegacias Fiscais, as Delegacias Fiscais de Trânsito e as Administrações Fazendárias sem a observância das respectivas áreas de abrangência, respeitadas as competências das unidades.

PORTARIA SRE n° 116/12

Indica endereço eletrônico em que consta relação de contribuintes alcançados pela alteração da circunscrição de que tratam o art. 5º-A do Decreto n° 45.781, de 24 de novembro de 2011, e o parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008.

O SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto no art. 5º-A do Decreto nº 45.781, de 24 de novembro de 2011 e no parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, RESOLVE:

Art. 1º A relação dos contribuintes alcançados pela alteração da circunscrição de que tratam o art. 5º-A do Decreto nº 45.781, de 24 de novembro de 2011, e o parágrafo único do art. 22 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 3 de março de 2008, estará disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais na internet

-
http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/Cadastro/cadastro/relacao_dos_contribuintes_alcancados_pela_alteracao_da_circunscricao/

Em consulta ao endereço eletrônico indicado na Portaria SRE nº 116/12, constata-se que a empresa autuada está relacionada como tendo sua circunscrição alterada, para fins de acompanhamento fiscal, no período de 13/08/19 a 29/04/20, figurando nesse período sob a responsabilidade da Delegacia de Juiz de Fora.

Da intimação para exclusão do Simples Nacional

O RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações em seu art. 10:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento, pelo Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e - ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

O Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, ato contínuo, a exclusão em si, sem mácula ao procedimento.

A notificação do Termo de Exclusão consta às fls. 40 e o Aviso de Recebimento da notificação consta às fls. 42/43, com fiel observância à forma e prazos dispostos na legislação de regência.

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

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de vendas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de abril de 2015 a setembro de 2019, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização, conforme documentos fiscais de saída emitidos no período fiscalizado, e os valores constantes de extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Exige-se o ICMS, a correspondente Multa de Revalidação, prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do citado diploma legal, sendo esta adequada ao limite de que trata o § 2º, inciso I do art. 55 da mesma lei.

Tendo em vista que a Autuada promoveu reiteradas saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Fiscalização iniciou o processo de exclusão do estabelecimento do Regime Especial Simplificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j", da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Foi eleito para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, o sócio-administrador, Guilherme Campos de Miranda, CPF nº 045.205.686-17, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

O Auto de Infração encontra-se às fls. 6/11 dos autos.

O Relatório Fiscal analítico encontra-se disposto às fls. 12/13, citando-se sete anexos, inclusive detalhamento da denúncia espontânea.

Por fim, o Termo de Exclusão do Simples Nacional encontra-se às fls. 40 dos autos.

Foram apurados valores de saídas desacobertas de documentos fiscais sujeitas ao ICMS a partir do confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização, conforme documentos fiscais de saída emitidos no período fiscalizado, e os valores constantes de extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

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

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

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

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 tratada nos autos encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

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

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

Com referência à metodologia de apuração do crédito tributário, cumpre salientar que o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação, por si só, não tem o condão de remeter a apuração do crédito tributário decorrente da realização de vendas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal à sistemática normal desse regime, haja vista o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f", da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

Em outras palavras, independentemente de estar ou não a empresa cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), 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 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.

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.

Reitera-se, por oportuno, que ante a acusação fiscal de vendas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, operações estas apuradas a partir das informações das administradoras de cartões, incumbiria à Impugnante, para fins de se contrapor ao lançamento efetuado, a apresentação de documentos fiscais cujas datas e valores correspondessem a tais informações, o que, todavia, não veio aos autos.

Importante ressaltar alguns esclarecimentos trazidos pela Fiscalização com relação às notas fiscais série "D" emitidas pela Autuada e a denúncia espontânea.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pontua a Fiscalização que a Defesa alega que o Auto de Infração foi lavrado considerando como base exclusivamente os extratos fornecidos pelas operadoras de cartões de crédito e débito, e que esse acesso se deu de forma equivocada, haja vista que deixou de considerar as notas fiscais série “D”, as informações prestadas anteriormente, bem como o termo de autodenúncia protocolizado.

Protesta a Impugnante que a multa de revalidação compreende os períodos que foram denunciados espontaneamente.

Ressalta a Fiscalização que, antes da lavratura deste Auto de Infração, após cruzamento eletrônico de dados, a Secretaria de Fazenda de Minas Gerais encaminhou Intimação para que a empresa se pronunciasse sobre inconsistências entre as informações prestadas pelo Contribuinte (vendas) e aquelas prestadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito (recebimentos). Em resposta, a empresa apresentou Termo de Autodenúncia, protocolizado em 25/10/19, PTA nº 05.000309405-41 (Anexo 7).

A denúncia espontânea é disciplinada no art. 207 do RPTA, em consonância com o art. 138 do CTN e art. 210 da Lei nº 6.763/75:

RPTA

Art. 207. O contribuinte poderá, mediante denúncia espontânea, procurar a repartição fazendária a que estiver circunscrito para comunicar falha, sanar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, desde que não relacionados com o objeto e o período de ação fiscal já iniciada.

CTN

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Lei nº 6.763/75

Art. 210. A responsabilidade por infração à obrigação acessória é excluída pela denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo, se devido, de multa de mora e demais acréscimos legais, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo depende de apuração.

Após recebida a denúncia espontânea a Fiscalização deve proceder à conferência do valor recolhido pelo Sujeito Passivo e, se for o caso, lavrar Auto de Infração relativo à diferença. É o que dispõe o art. 211 do RPTA.

RPTA

Art. 211. Recebida a denúncia espontânea, o Fisco realizará:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a conferência do valor recolhido pelo sujeito passivo, ou que tenha sido objeto de pedido de parcelamento, lavrando Auto de Infração relativo à diferença, se for o caso, e aplicando as multas exigíveis na ação fiscal;

II - a apuração do débito, quando o montante depender desse procedimento.

Este é o caso dos autos. O Contribuinte apresentou denúncia espontânea, tendo como objeto a falta de emissão de documentos fiscais de saída (Anexo 7). Analisando os Termos de Autodenúncia apresentados, os valores denunciados e os cupons fiscais emitidos, apurou-se que o Contribuinte recolheu a menor os valores devidos, implicando na lavratura do Auto de Infração.

Diante de tal procedimento fica evidente a impertinência da alegação da Defesa de que não foi levado em consideração na lavratura do Auto de Infração o termo de autodenúncia protocolizado.

Não procede, também, a alegação da Defesa de que o Auto de Infração foi lavrado considerando como base exclusivamente os extratos fornecidos pelas operadoras de cartões de crédito e débito, e que esse acesso se deu de forma equivocada, haja vista que deixou de considerar as notas fiscais série "D".

Verifica-se que a Fiscalização, inicialmente, lavrou o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF nº 10.000033230.29, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/04/15 a 30/09/19.

Na sequência, a ora Impugnante foi intimada a apresentar notas fiscais emitidas e registro de saídas para o período fiscalizado, quando então enviou, por e-mail, os arquivos TDM do ECF (DR0813BR000000400777), de onde foram extraídos os registros dos cupons fiscais (Anexos 1 e 2).

Junto à impugnação foram apresentadas cópias (pouco legíveis) de notas fiscais série "D", que a Defesa alegou ser uma relação amostral, porém, referidas notas fiscais são relativas a período anterior àquele objeto da autuação, ou seja, anterior a abril de 2015.

Ademais, a nota fiscal série "D", modelo 2, enquanto documento probante de vendas por meio de cartão, requer formalidades essenciais:

RICMS/02 ANEXO V DAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS (a que se referem os artigos 130, 131 e 160 deste Regulamento) Da Nota Fiscal de Venda a Consumidor

Art. 35 - A Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, será de tamanho não inferior a 74 x 105mm e conterá as seguintes indicações:

I - denominação: Nota Fiscal de Venda a Consumidor;

II - número de ordem, série, subsérie e número da via;

III - data da emissão;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - nome, endereço e números de inscrição estadual e no CNPJ do estabelecimento emitente;

V - discriminação da mercadoria, por quantidade, marca, tipo, modelo, espécie, qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;

VI - valores, unitário e total, das mercadorias e valor total da operação;

VII - nome, endereço e números de inscrição estadual e no CNPJ do impressor da nota, data e quantidade de impressão, números de ordem da primeira e da última nota impressas e respectivas séries e subséries;

VIII - nome da administradora e número do respectivo comprovante, quando se tratar de operação cujo pagamento seja efetuado por meio de cartão de crédito.

§ 1º - As indicações contidas nos incisos I, II, IV e VII do caput deste artigo serão impressas tipograficamente.

§ 2º - No caso de operação com apenas uma espécie de mercadoria, fica dispensada a citação do valor total da mesma, desde que no documento fiscal constem o seu valor unitário e o valor total da operação.

§ 3º - O estabelecimento de microempresa dispensado do uso do ECF deverá emitir a nota fiscal de que trata este artigo.

§ 4º - O estabelecimento usuário de ECF deverá emitir, nas hipóteses previstas no inciso I do caput do artigo 16 da Parte 1 do Anexo VI, a nota fiscal de que trata este artigo.

§ 5º -

§ 6º - A Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, quando não emitida por ECF, relativamente ao pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito, deverá conter o nome da Administradora e o número do respectivo comprovante de pagamento.

§ 7º - Na hipótese do parágrafo anterior, o estabelecimento emitirá, ao final do período, Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, global, por Administradora, discriminando:

I - os valores totais das vendas;

II - no campo "Informações Complementares", os números dos documentos fiscais emitidos para acobertar as operações.

(Grifou-se)

Contudo, nenhuma nota fiscal série "D", modelo 2, cuja cópia foi juntada pelo Contribuinte, contém nome da administradora e número do respectivo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovante de pagamento, além da inexistência de correspondência de data e valor, não promovendo, assim, emissão de documentação fiscal hábil a acobertar as operações objeto do lançamento.

Ainda, cabe destacar que a ora Impugnante não demonstrou nem comprovou alguma das situações em que é permitida ao usuário de ECF a emissão de nota fiscal de venda ao consumidor, modelo 2, como disposto no art. 16, inciso I do RICMS/02, reforçando que as notas fiscais serie “D” apresentadas, também nesse aspecto, não poderiam ser aceitas.

RICMS/02 ANEXO VI

Art. 16 - O estabelecimento usuário de ECF, nas situações abaixo descritas, deverá emitir:

I - Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, preenchida manualmente, para comprovação de saída de mercadoria:

a - na hipótese de ocorrência de anormalidade que impedir o funcionamento do ECF e haja impossibilidade de sua substituição;

b - por determinação do Fisco, em procedimento de verificação, vistoria ou auditoria dos equipamentos e dos sistemas utilizados pelo contribuinte;

c - na hipótese de operação de venda realizada fora do estabelecimento que se destinar a consumidor final não-contribuinte do imposto;

Correta a exigência do ICMS apurado, da Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, do citado diploma legal, sendo esta adequada ao limite de que trata o § 2º, inciso I do mesmo art. 55.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, verifica-se que o procedimento da Fiscalização encontra-se de acordo com os preceitos legais, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alínea "j", da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Confira-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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 94/11

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

(...)

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

(...)

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

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

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

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

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;

(...)

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

(...)

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.

Há que se ressaltar que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.394/17/1ª:

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL,

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

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Correta, portanto, a exclusão do Contribuinte do regime de tributação simplificada do Simples Nacional.

Ressalta-se que, considerando-se que o primeiro período com exigência se reporta ao mês de abril de 2017, correta a proposição de exclusão do regime simplificado de tributação do Simples Nacional a partir da reiteração da falta de emissão de nota fiscal, nos termos da legislação de regência.

No que se refere à responsabilidade solidária do sócio-administrador, observa-se que advém da infração à dispositivo legal.

Destaca-se que, no caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao referido administrador, e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando o estabelecimento deixou de emitir documentos fiscais para saídas de mercadorias.

Induvidoso que o sócio-administrador tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a situação narrada nos presentes autos caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro.

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

Código Tributário Nacional

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, em especial quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, 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, inciso I da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, CONCLUI 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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Victor Tavares de Castro (Relator), que o julgava parcialmente procedente para excluir o Coobrigado. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Designado relator o Conselheiro Marco Túlio da Silva (Revisor). Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Helder Luiz Costa e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 20 de julho de 2021.

Marco Túlio da Silva
Presidente / Relator designado

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.821/21/1^a Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001489729-16
Impugnação: 40.010150241-99, 40.010150242-70 (Coob.)
Impugnante: Churrascaria MCM Ltda.
IE: 062236503.00-40
Guilherme Campos de Miranda (Coob.)
CPF: 045.205.686-17
Proc. S. Passivo: Frederico Guimarães Marra
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

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

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

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

Sabe-se que as relações jurídicas se desenvolvem entre pessoas, físicas ou jurídicas, sendo designado sujeito passivo a pessoa que assume o polo negativo da relação e sujeito ativo aquela que assume o polo positivo.

Com base nessa compreensão, em uma relação jurídico-tributária o sujeito ativo será o ente político dotado da competência constitucional para instituir o tributo – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios – ou outra pessoa credenciada pela lei para a referida arrecadação. Já o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que tenha vínculo com a ocorrência da hipótese descrita na norma de incidência – o “fato gerador” – e que seja tenha a obrigação legal de pagamento do tributo.

No Direito Tributário, a exigência de que os sujeitos passivos tenham vínculo com o fato gerador é consequência lógica da estrutura constitucional de cada espécie tributária.¹ Além disso, o art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN) define o sujeito passivo de obrigação tributária principal como sendo: o “contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”; ou o “responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”. E o art. 128 desse mesmo diploma normativo, que inaugura o Capítulo V, da “Responsabilidade Tributária”, dispõe que:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a

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

responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

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

No caso concreto, a Autoridade Fazendária compreendeu que haveria responsabilidade de terceiros ao fundamento do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

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

Embora a Autoridade Fazendária afirme a existência presumida de operações desacobertas de documentação fiscal, o que se pode afirmar diante da presunção legal é a ocorrência de operações tributáveis, as quais podem ou não ter sido resultado de conduta abusiva. Sem a devida comprovação não se pode afirmar a existência dessas condutas abusivas, pois a presunção legal autoriza considerar ocorrida as operações tributáveis – mas não autoriza considerar ocorrido fraude, dolo, simulação.

O raciocínio fazendário de que gestores de sociedades empresárias, pela sua condição, são responsáveis pelas obrigações tributárias, viola frontalmente o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pois aplica a hipótese excepcional de responsabilidade de terceiros sem comprovar os requisitos legais exigidos.

Registre-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6284, declarou inconstitucional

legislação do estado de Goiás que disciplinava a responsabilidade de terceiros por infrações, de forma divergente à disciplina da matéria pelo CTN:

DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, CONHECEU DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45, XII-A, XIII E § 2º, DA LEI Nº 11.651/1991, DO ESTADO DE GOIÁS, E 36, XII-A E XIII, DO DECRETO Nº 4.852/1997, DO MESMO ESTADO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. FOI FIXADA A SEGUINTE TESE: **“É INCONSTITUCIONAL LEI ESTADUAL QUE DISCIPLINA A RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS POR INFRAÇÕES DE FORMA DIVERSA DAS REGRAS GERAIS ESTABELECIDAS PELO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.”**. PLENÁRIO, SESSÃO VIRTUAL DE 3.9.2021 A 14.9.2021.

(DESTAQUEI E GRIFEI)

A acusação fiscal não comprovou qualquer conduta praticada pelo sócio, pois apenas fez uma acusação abstrata de que, como administrador, seria dele a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias (principais e acessórias) da sociedade. Não se pode admitir a responsabilidade com base no referido dispositivo legal sem que seja descrita e comprovada uma conduta abusiva atribuível aos terceiros e que tenham nexo de causalidade com a obrigação tributária.

A discussão travada nos autos diz respeito à divergências apuradas por meio de cruzamento eletrônico, sendo certo que o próprio fato gerador foi tido como ocorrido a partir de uma presunção legal.

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

Atribuir a responsabilidade de terceiros no caso concreto, além de violar o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 – e a regra do art. 135 do CTN –, também afronta o art. 1.052 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), que estabelece a regra geral de separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios e limita a responsabilidade destes ao capital social.

Portanto, julgo parcialmente procedente para excluir o Coobrigado.

Sala das Sessões, 20 de julho de 2021.

Victor Tavares de Castro
Conselheiro