

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.978/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000839271-30
Impugnação: 40.010144786-25
Impugnante: Sul de Minas Ingredientes Ltda
IE: 693988520.00-50
Coobrigado: Marcelo Luis Mazzaro
CPF: 833.254.256-15
Proc. S. Passivo: Marcos Roberto Borges/Outro(s)
Origem: DFT/Pouso Alegre/ Sul

EMENTA

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

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, que a Contribuinte, no período fiscalizado, promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Irregularidade apurada por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, entrada de mercadorias desacobertas de documento fiscal. Irregularidade apurada por meio de procedimento idôneo, previsto no art. 194, inciso II e III, do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

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

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

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Versa a presente autuação sobre a constatação, no exercício de 2015, mediante levantamento quantitativo financeiro diário, de entradas e saídas de mercadorias, tributadas pelo sistema normal de débito e crédito, desacobertadas de documentação fiscal.

Relativamente à constatação do descumprimento das obrigações tributárias inerentes às saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, as exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da mesma lei.

Relativamente ao descumprimento das obrigações tributárias inerentes às entradas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, exigiu-se apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização apurou que nos arquivos eletrônicos referentes às operações de circulação de mercadorias promovidas pela Contribuinte haviam registros de descrições de mercadorias iguais com códigos de produtos diferentes e códigos de produtos iguais com descrições diferentes, razão pela qual, teriam sido efetuados agrupamentos dos produtos indicados na curva ABC.

O sócio-administrador do estabelecimento autuado, Sr. Marcelo Luis Mazzaro, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II c/c inciso XII da Lei nº 6.763/75 e art. 1º, subitem 1.8.8 da Portaria SRE nº 148/15.

Em decorrência da constatação de prática reiterada de infração à legislação tributária do estado de Minas Gerais e à Lei Complementar nº 123/2006, foi emitido o Termo de Exclusão do Simples Nacional, conforme documento de fls. 246/247.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 255/265, juntando os documentos de fls. 267/365, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 371/381.

O principal argumento da Defesa sugere que o resultado do levantamento quantitativo não está de acordo com a realidade, uma vez que a Fiscalização teria desconsiderado mercadorias em estoque no exercício objeto da apuração.

Argumenta, em síntese, que:

- teria sido surpreendida com a intimação do Auto de Infração, uma vez que sua empresa é idônea e sempre procurou agir conforme a Lei e as normas tributárias;
- que tem como principal cliente o Exército Brasileiro, instituição extremamente exigente quanto à correção de suas licitações;
- teria constatado a existência de erros e diferenças na apuração, conforme demonstrado em planilhas anexas;
- questiona a confiabilidade da técnica utilizada pelo Fisco - LEQFID, arguindo que no levantamento fiscal deixou-se de incluir várias notas fiscais;
- alega que não reconhece a existência de estoque ZERO no início e no final do exercício alcançado pelo levantamento fiscal, afirmando que o fato poderia ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovado através das fotos anexas dos produtos que ainda se encontravam em estoque;

- contesta a exclusão do Simples Nacional a partir de 01/01/1995, posto que não teria praticado de forma reiterada a infração apontada no Auto de Infração e afirma que se trata de penalidade injusta que poderá causar transtornos irreparáveis à Impugnante;

- Diz que a exigência da penalidade de forma retroativa obrigará a Impugnante a recalcular todos os impostos, bem como a recolhê-los novamente, segundo seu entendimento, impondo-se o ressarcimento dos valores pagos no regime do Simples Nacional;

- alega que não possui contabilidade interna e que o serviço contábil foi confiado à Soma contabilidade. Afirma que, embora seja um serviço prestado com extremo rigor técnico, a apuração contém informações que não foram corretamente registradas, como o lançamento referente ao inventário, cujo registro acabou resultado em estoque ZERO no início e final no exercício de 2015; erro no registro do código de mercadoria, uma vez que a empresa não adota codificação própria, importando em um dificuldade concreta para a correta identificação eletrônica dos produtos, especialmente, segundo a metodologia adotada pelo Fisco.

Requer, ao final, a nulidade do Auto de Infração ou redução da multa a 1% (um por cento).

A 3ª Câmara de Julgamento, em 04/04/18, determina a realização de diligência às fls. 388, para que a Fiscalização analise os itens da impugnação de nºs 01 a 22 (fls. 259/264), juntamente com as planilhas e documentos anexados às fls. 278/365, e se manifeste em relação a cada ponto de divergência neles levantados, esclarecendo e justificando a sua repercussão no levantamento fiscal.

Em atendimento à decisão da Câmara, a Fiscalização apresenta Manifestação às fls. 390/395 e documentos de fls. 396/453, analisando item a item as diferenças questionadas pela Autuada e concluindo que os argumentos trazidos não se revelariam capazes de elidir a exigência fiscal.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 459/473, argumentando, novamente sobre equívocos nos agrupamentos realizados pela Fiscalização.

A 3ª Câmara de Julgamento, em 18/09/18, determina o retorno dos autos à DFT/Pouso Alegre para elaboração da Manifestação Fiscal, fls. 476.

A Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal, às fls. 478/501, docs. fls. 502/549, concluindo que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária e os argumentos da Autuada não seriam capazes de elidir a exigência fiscal.

Como houve juntada de documentos pela Fiscalização, foi aberta vista para a Impugnante que se manifesta às 560/577, alegando novamente, falhas na apuração do Fisco.

A 3ª Câmara de Julgamento, em 09/07/19, exara despacho interlocutório para que a Impugnante traga aos autos a identificação dos produtos cujos códigos utilizados pela empresa na escrituração dos documentos fiscais (entradas e saídas) não constem do agrupamento utilizado no levantamento fiscal, apesar de se tratar da mesma mercadoria, com interferência ativa no LQFD, demonstrando de forma científica a identidade na composição química em detrimento do nome comercial adotado e a qual agrupamento deveriam pertencer. Em seguida, foi aberta vista à Fiscalização para se manifestar sobre o resultado do despacho interlocutório e, se for o caso, promover as adequações necessárias no LQFD (fls. 581).

Em atendimento ao despacho interlocutório, a Autuada anexa um documento em que relaciona o levantamento com a identificação dos produtos cujos códigos utilizados pela empresa na escrituração dos documentos fiscais de entradas e saídas não constam nos agrupamentos utilizados no levantamento fiscal, incluindo as descrições dos nomes comerciais utilizados para um mesmo produto com um mesmo código NCM, com as respectivas cópias dos certificados que comprovam sua composição química, e relaciona os códigos de produtos que deverão ser incluídos no LEQFID para a devida regularização (591/605). Anexa, também, cópias das respectivas notas fiscais, das planilhas e fotos dos estoques não lançados na escrituração contábil da empresa para o período autuado (606/761).

A Fiscalização acata parte dos documentos probatórios apresentados pela Impugnante, realiza novos agrupamentos a partir das informações apresentadas e efetua novo levantamento quantitativo, apura novos valores e promove a reformulação do lançamento, conforme fls. 762/848.

Intimada da reformulação, a Autuada adita sua Impugnação às fls. 866/879, juntando os documentos de fls. 880/1.063, e alega que nada foi devidamente verificado e corrigido, apontando as falhas que entende ainda haver no lançamento.

A Fiscalização comparece às fls. 1.065/1.084, apresentando novamente explicações sobre os agrupamentos e entendendo correto o levantamento.

Entendendo ainda haver dúvidas no processo, a 3ª Câmara de Julgamento, em 16/12/20, determina a realização de perícia de fls. 1.087, formulando os seguintes quesitos:

1) Queira o Sr. Perito, a partir do Levantamento Quantitativo e das peças destes autos, verificar se os agrupamentos estão de conformidade com os produtos autuados, diante das características químicas, nomenclatura, NCM e códigos atribuídos pela Impugnante, reagrupando-os, se for o caso;

2) Queira o Sr. Perito, verificar e noticiar a existência de notas fiscais do exercício de 2014, carreadas aos autos pela Impugnante, não lançadas no Levantamento Quantitativo em apreço;

3) Queira o Sr. Perito, informar se do resultado do atendimento dos quesitos 1 e 2 poderá haver alteração das exigências fiscais;

4) Queira o Sr. Perito, informar se existem provas materiais nos autos, previstas na legislação, que possibilitem identificar outra configuração dos estoques

inventariados em 2014 e 2015, diferentes de 0 (zero) para a quase totalidade dos produtos comercializados pela Impugnante;

5) Caso exista resposta afirmativa a qualquer dos quesitos acima, queira o Sr. Perito demonstrar como ficaria o Levantamento Quantitativo e a composição do crédito tributário, se as modificações apontadas com a perícia forem acolhidas por esta Câmara de julgamento administrativo.

A Impugnante também apresenta quesitos a serem respondidos pela perícia às fls. 1.098/1.101 e indica assistente técnica para acompanhar os trabalhos de perícia.

Em Ofício de nº 15/2021 DF Pouso Alegre, fls. 1.107, a Assistente Técnica indicada pela Autuada é comunicada sobre a data do início dos trabalhos pela Perita designada.

O Laudo Pericial é apresentado às fls. 1.108/1.110 e Anexos às fls. 1.111/1.203. As conclusões da perícia, em síntese, foram as seguintes:

Quesito 1: Os produtos foram reagrupados, os CFOPs 2925 e 2124 foram excluídos do LEQFID por se tratarem de retorno de industrialização e procedeu-se a uniformização das unidades de medida.

Quesito 2: As notas fiscais referentes ao exercício de 2014 não cabem no LEQFID em questão, pois este refere-se ao exercício de 2015.

Quesito 3: Poderá ocorrer alteração no levantamento.

Quesito 4: Não existem provas materiais que comprovam a existência de estoques diferente de zero em 31/12/14 e 31/12/15.

Quesito 5: Foi anexado ao laudo listagem do agrupamento e do levantamento efetuado.

A Autuada comparece, novamente, aos autos às fls. 1.217/1.220, docs. de fls. 1.221/1.370, argumentando que não lhe foi oportunizado acompanhar os trabalhos da Perita e apresenta ajustes que entende devem ser feitos nas planilhas anexadas ao Laudo Pericial, bem como, que sejam consideradas as notas fiscais apresentadas e acatados os documentos comprobatórios com o fim de cancelar o lançamento apresentado pela Perita.

A Fiscalização retorna aos autos às fls. 1.373/1.375, manifesta-se sobre a perícia, afirma que as sugestões apresentadas pela Impugnante aos quesitos formulados pelo CCMG foram todas observadas. Conclui que a perícia respondeu todos os questionamentos da Autuada e realizou novo LEQFID que resultou em crédito tributário diferente do original.

Assim, o Fisco promove a retificação do crédito tributário, conforme Termo de Reformulação do Lançamento às fls. 1.375/1.376.

Reaberta vista, a Autuada adita sua Impugnação às fls. 1.388/1.391, demonstrando sua discordância com o resultado do laudo pericial.

A Fiscalização não acrescenta fatos novos em sua manifestação, conforme fls. 1.393.

DECISÃO

Conforme já relatado, versa a presente autuação sobre a constatação, mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), realizado no exercício fechado de 2015, de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Relativamente à constatação do descumprimento das obrigações tributárias inerentes às saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, as exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da mesma lei.

Relativamente à constatação do descumprimento das obrigações tributárias inerentes às entradas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, exigiu-se apenas a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização apurou que nos arquivos eletrônicos referentes às operações de circulação de mercadorias promovidas pela Contribuinte haviam registros de descrições de mercadorias iguais com códigos de produtos diferentes e códigos de produtos iguais com descrições diferentes, razão pela qual, teriam sido efetuados agrupamentos dos produtos indicados na curva ABC.

O sócio-administrador do estabelecimento autuado, Sr. Marcelo Luis Mazzaro, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II c/c inciso XII da Lei nº 6.763/75 e art. 1º, subitem 1.8.8 da Portaria SRE nº 148/15.

Em decorrência da constatação de prática reiterada de infração à legislação tributária do estado de Minas Gerais e à Lei Complementar nº 123/2006, foi emitido o Termo de Exclusão do Simples Nacional, conforme documento de fls. 246/247.

No que tange à metodologia utilizada pela Fiscalização para desenvolvimento dos trabalhos, cabe ressaltar que o procedimento utilizado pelo Fisco, para fins de apuração das irregularidades em apreço, é tecnicamente idôneo e está previsto no art. 194, inciso III 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:

(...)

III - levantamento quantitativo-financeiro;

(...)

As irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos decorrem de meras técnicas matemáticas, com utilização dos documentos e lançamentos da escrita fiscal do contribuinte.

Tal roteiro tem por finalidade a conferência pelo Fisco das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente (por produto), pelo confronto dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas emitidas no respectivo período.

Nesse procedimento é feita uma combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), com a finalidade de se apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização da equação em quaisquer das duas formas apresentadas a seguir:

- “VENDAS (SAÍDAS) = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – ESTOQUE FINAL”

OU

- “ESTOQUE FINAL = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – VENDAS (SAÍDAS)”

Infere-se que este levantamento consiste em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é objetivo, não se tratando, portanto, de meras suposições.

Como se vê, o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), mediante utilização de simples operações matemáticas, representa exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre a emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia. Neste caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal.

Se ao final de determinado exercício o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo Contribuinte no livro Registro de Inventário, pressupõe-se a ocorrência de estoque desacobertado. Caso o estoque apurado no levantamento seja maior que o declarado no livro Registro de Inventário, conclui-se pela existência de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal

Assim, o levantamento somente pode ser contraditado através de provas objetivas que possam evidenciar erros no procedimento levado a efeito, ou seja, a contestação de levantamento quantitativo só se faz mediante indicação precisa de eventuais erros detectados ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

A Impugnante, contrapondo-se ao feito fiscal, sustenta que o resultado do Levantamento Quantitativo ficou distante da realidade, já que a Fiscalização cometeu equívocos nos agrupamentos dos produtos e desconsiderou as mercadorias em estoque.

Registra-se que a Autuada informou no livro de Registro de Inventário estoque zerados para todas as mercadorias fls. 212/245.

A Fiscalização esclarece que, antes de iniciar os trabalhos no LEQFID, executou uma rotina que verifica se os arquivos possuem descrições iguais com códigos de produtos diferentes e códigos de produtos iguais com descrições diferentes. Após essa rotina, constatou que os arquivos possuíam descrições iguais com códigos de produtos diferentes e códigos de produtos iguais com descrições diferentes.

Assim, a Fiscalização efetuou o agrupamento dos produtos indicados na curva ABC, pois foi detectado produtos com características semelhantes, mesmo produto cadastrado com códigos diferentes e códigos de produtos iguais com descrições diferentes.

Inicialmente, importante destacar que as controvérsias existentes no Auto de Infração foram esclarecidas nas várias oportunidades que foram dadas tanto à Fiscalização quanto à Autuada, em diversos momentos distintos.

Destaca-se que a 3ª Câmara, observando a controvérsia em relação à codificação utilizada pela empresa, oportunizou à Defesa que esclarecesse tais dúvidas exarando o Despacho Interlocutório em 09/07/19. Em resposta, a Autuada apresentou detalhamento da identificação dos produtos e possíveis equívocos nos agrupamentos feitos pela Fiscalização, o que resultou na reformulação do crédito tributário, conforme fls. 762/848.

Ainda permanecendo dúvidas a respeito dos códigos dos produtos e dos agrupamentos, a 3ª Câmara determina a realização de perícia, entendendo ser o desídeo mais racional e favorável diante das controvérsias.

Após a apresentação do Laudo Pericial, a Fiscalização afirma que as sugestões apresentadas pela Impugnante aos quesitos formulados pelo CCMG foram todas observadas. Conclui que a perícia respondeu todos os questionamentos da Autuada e realizou novo LEQFID, que resultou na retificação do crédito tributário pela Fiscalização, conforme Termo de Reformulação do Lançamento às fls. 1.375/1.376.

Com relação ao argumento da Autuada de que não lhe foi oportunizado acompanhar os trabalhos da Perita, não lhe assiste razão, pois a Auxiliar Técnica indicada pela empresa foi devidamente intimada sobre o início dos trabalhos e teve a oportunidade de se manifestar, conforme Ofício de nº 15/2021 DF Pouso Alegre, às fls. 1.107.

Ainda discordando do resultado da perícia, a Impugnante apresenta ajustes que entende devem ser feitos nas planilhas anexadas ao Laudo Pericial e quer que sejam consideradas notas fiscais e documentos com o fim de cancelar o lançamento apresentado pela Perita.

Todavia, a Autuada informou no livro de Registro de Inventário estoque zerados para todas as mercadorias, conforme documentos de fls. 212/245.

Entretanto, após o início da ação fiscal, não é mais possível à empresa refazer os lançamentos contábeis, alterando o resultado da sua contabilidade, conforme pretendido pela Defesa. As informações relativas aos estoques de mercadorias existentes no início e no final do exercício alcançado pelo levantamento fiscal foram colhidas dos arquivos Sintegra e dos livros Registros de Inventário, ou seja, as informações foram prestadas pela própria empresa, não havendo interferência da Autoridade Fiscal no resultado final da apuração.

Trata-se, portanto, de informações válidas, cuja autenticidade e integralidade não podem ser contestadas somente com alegações vagas, sem comprovação fática.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se trata de auto lançamento, a empresa é responsável pelo que registra.

Conclui-se, portanto, que, aos sujeitos passivos, foram oportunizadas todas as modalidades de medidas e meios probatórios que pudessem esclarecer as circunstâncias fáticas que envolvem a controvérsia, não se observando qualquer vício que pudesse comprometer o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Cumpra registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

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

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

(...)

Portanto, após as reformulações efetuadas pela Fiscalização, corretas as exigências remanescentes do ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos 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 desacobertada 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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi eleito corretamente para o polo passivo da obrigação tributária, além da Autuada, o seu sócio-administrador, nos termos dos art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II c/c inciso XII, 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:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

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

(...)

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

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

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

Cumprido salientar que a solidariedade não é forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, não é espécie de sujeição passiva

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indireta, é forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o polo passivo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ/MG, por unanimidade, no processo nº 1.0479.98.009314-6/001(1), relator Desembargador Gouvêa Rios, firmou o seguinte entendimento, conforme ementa:

[...] O NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO CONSTITUI INFRAÇÃO À LEI TRIBUTÁRIA, RAZÃO POR QUE OS SÓCIOS-GERENTES PODEM SER RESPONSABILIZADOS PESSOALMENTE PELOS CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA DO GERENCIAMENTO, NOTADAMENTE SE CONSTATADA A INTENÇÃO DE BURLAR O FISCO ESTADUAL, UTILIZANDO INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL (ALÍQUOTA REDUZIDA) DESTINADO ÀS EXPORTAÇÕES. [...].

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o sócio-administrador, que efetivamente é quem participa das deliberações e representa a Sociedade empresária nos negócios sociais da empresa.

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

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

Destaca-se, ainda, o teor da Portaria SRE nº 148, de 16 de outubro de 2015, que estabelece as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como Coobrigado, sendo expresse quanto à inclusão nos casos de autuação embasada em saídas desacobertas de documentação fiscal.

PORTARIA SRE nº 148/15

Art. 1º Ficam estabelecidas no Anexo Único desta Portaria as hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia.

ANEXO ÚNICO (a que se refere o art. 1º da Portaria SRE nº 148/2015)

Subitem	Código	Descrição	Observações
1. ICMS - OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA			

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.8. ENTRADA, SAÍDA E/OU ESTOQUE DESACOBERTADOS			
1.8.8	01.019.008	Levantamento Quantitativo	4

Assim, correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária.

No que concerne à exclusão de ofício do Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

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

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

No caso, o Contribuinte foi intimado do “Termo de Exclusão” juntamente com o Auto de Infração, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

ACÓRDÃO: 22.394/17/1ª

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

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A

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

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

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

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESÁRIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECISÃO MOTIVADA - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO - REGULARIDADE - ICMS - BASE DE CÁLCULO - COMPENSAÇÃO DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - INVIABILIDADE - MULTA ISOLADA - VALOR - REGULARIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO - ART. 85, §11, DO CPC/2015 - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - APRESENTANDO-SE A SENTENÇA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO NCPC, TENDO SE MANIFESTADO ACERCA DE TODAS AS MATÉRIAS AVENTADAS NOS AUTOS, EM ESTRITA OBEDIÊNCIA AO §1º, INCISO IV, DO REFERIDO DISPOSITIVO, NECESSÁRIO CONCLUIR-SE PELA SUA REGULARIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR NA OCORRÊNCIA DE NULIDADE. - TENDO SIDO DEVIDAMENTE MOTIVADA A EXCLUSÃO DO AUTOR DO SIMPLES NACIONAL, COM A INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS LEGAIS APLICÁVEIS E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO, DEVE SER RECONHECIDA A REGULARIDADE DO ATO.

(...)

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.12.169985-4/001, RELATOR(A): DES.(A) ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD CONVOCADO), 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/06/2017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 18/07/2017).

(...)

MÉRITO

PRIMEIRAMENTE ALEGA O APELANTE QUE SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL ESTÁ EIVADA DE VÍCIO, POIS O LANÇAMENTO NÃO INDICA O MANDAMENTO CONTIDO NA LC 123/06 OU OUTRA LEGISLAÇÃO CORRELATA QUE DARIA SUPORTE AO ATO, RESTANDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

TODAVIA, O DOCUMENTO DE F. 125/126, TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, APONTA AS RAZÕES PELAS QUAIS FOI O CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO REGIME ESPECIAL, EXPONDO QUE:

NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE JULHO/2007 A FEVEREIRO/2010, REITERADAMENTE, PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, AS QUAIS PERFAZEM UM VALOR TOTAL DE R\$1.894.005,31 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E NOVENTA E QUATRO MIL, CINCO REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS), CONFORME DEMONSTRADO NO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO Nº 01.000166535.46.

ALÉM DISSO, FORAM INDICADOS OS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA TAL EXCLUSÃO, SENDO EXPRESSAMENTE CITADAS AS LEGISLAÇÕES E OS ARTIGOS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS.

TAL TERMO FOI DEVIDAMENTE RECEBIDO E ASSINADO PELO APELANTE, LHE SENDO ASSEGURADA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

(...) (GRIFOU-SE).

Frisa-se que as exigências fiscais constantes no Auto de Infração em análise referem-se apenas às saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. O crédito tributário relativo à recomposição da conta gráfica, consequência da exclusão, não está sendo exigido neste momento, uma vez que deverá ser apurado somente após a notificação do Contribuinte quanto à publicação da exclusão no Portal do Simples Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1375/1376. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Maria Inês Borges e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Balassiano Gaz. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), Alexandre Périssé de Abreu e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo.

Sala das Sessões, 08 de fevereiro de 2022.

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator

D