

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.157/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000384116-93
Impugnação: 40.010139457-77
Impugnante: Tecnoplástico Belfano Ltda
CNPJ: 61.252185/0001-16
Coobrigados: Assunta Maria Belli
CPF: 034.416.118-88
Gino Belli
CPF: 051.192.838-61
Ivo Belli
CPF: 109.803.348-53
Marisa Belli
CPF: 085.780.328-02
Proc. S. Passivo: Fernando Augusto Nogueira/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT - SP

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, c/c art. 21 § 2º, inciso II, da Lei nº 6763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO - MATERIAL DE CONSTRUÇÃO E MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. Constatado, mediante análise das informações contidas nos livros e documentos fiscais que a Autuada, localizada em outra unidade da Federação e substituta tributária por força de Protocolo ICMS, deixou de recolher o ICMS/ST retido nas notas fiscais de remessa de mercadorias a este Estado. Exigência de ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS retido e devido por substituição tributária (ICMS/ST) incidente sobre operações com material de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, constante do item 18, e de máquinas e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos, constante do item 45, ambos da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se o ICMS/ST e a Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c seu § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Inseriu-se, como Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, os sócios administradores da Autuada, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 176/190, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 208/234.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS retido e devido por substituição tributária (ICMS/ST) incidente sobre operações com material de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, constante do item 18, e de máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos, constante do item 45, ambos da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

O trabalho fiscal foi realizado com base na análise dos livros e documentos fiscais da Autuada, no período de 01/01/11 a 31/12/14.

A Fiscalização solicitou que a Impugnante apresentasse os comprovantes de recolhimentos do ICMS/ST das operações com mercadorias constantes dos documentos fiscais relacionados em planilha anexa ao pedido.

Em resposta, a Autuada apresenta outra planilha (fls. 13) relacionando o nº da nota fiscal, o valor do ICMS/ST, o banco e a data do recolhimento. Para algumas notas em que não houve o recolhimento do imposto ela apresenta justificativa no campo observações dessa planilha. As justificativas são: NF cancelada, NF em desacordo e substituída, GNRE pago a maior e NF de entrada substituindo a de saída.

Diante da falta de comprovação de alguns recolhimentos, a Fiscalização, por meio do AIAF nº 10.0000124479-02, de 16/05/15, recebido em 18/06/15, fls. 14/16, requisitou que a Impugnante apresentasse toda a documentação referente às operações sujeitas ao regime de substituição tributária, destinadas ao estado de Minas Gerais relativas ao período de 01 de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2014.

Porém, a Impugnante não logrou êxito em trazer aos autos documentos que comprovassem o recolhimento do ICMS/ST destacado nas Notas Fiscais Eletrônicas – NF-es a seguir: 0042541, 0056214, 0066376, 0068621, 0068622, 0068941, 0068942, 0068943, 0068944, 0068947, 0068959, 0068962, 0068964, 0068965 e 0103837.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, lavrou-se o presente Auto de Infração para exigência do ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c com § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

É oportuno salientar que o regime da substituição tributária possui norma de competência estatuída na Constituição da República, em seu art. 150, § 7º e na Lei Complementar nº 87/96, conforme art. 6º. Veja-se:

Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Depreende-se da leitura dos dispositivos mencionados, que os estados possuem competência para estabelecer, mediante lei, o regime de substituição tributária em relação às mercadorias que julgarem necessárias.

Assim, devidamente autorizado, o estado de Minas Gerais instituiu o regime em comento por meio do art. 22 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

I - alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria, ou do destinatário ou do usuário do serviço;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

No caso em tela, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST está embasada no art. 22, inciso II da Lei nº 6.763/75 do RICMS/02, no art. 12, § 2º do Anexo XV, e nos Protocolos ICMS nºs 32/09 e 159/09, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

RICMS/02

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

(...)

§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas nos capítulos 1, 2, 5, 8 a 14, 16, 18 a 20, 22 a 27, no capítulo 3, com âmbito de aplicação 3.2, no capítulo 15, com âmbito de aplicação 15.1 e 15.2, no capítulo 17, com âmbito de aplicação 17.1 e 17.3, no capítulo 21, exceto as de âmbito de aplicação 21.4, e no capítulo 6, itens 7.0, 8.0 e 16.0, todos da Parte 2 deste Anexo, e destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário.

PROTOCOLO ICMS nº 32/09

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM / SH , destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

PROTOCOLO ICMS nº 159/09

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM / SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Verifica-se, assim que, nas operações autuadas, deve ser aplicada a legislação tributária específica na qual determina que o estabelecimento que for o responsável pelas retenções será, também, o responsável pelo recolhimento do imposto devido.

Afiguram-se totalmente improcedentes as alegações da Autuada de dificuldade de entendimento do feito fiscal e de cerceamento de defesa.

Verifica-se que o AI contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, necessários para a atividade do lançamento e previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, além de estar devidamente instruído.

Ademais, a Impugnante compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, não se vislumbrando assim nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Em sua impugnação, a Autuada alega que a Fiscalização desconsiderou o recolhimento do ICMS/ST que ela teria efetuado e comprovado.

Esclarece que em todas as operações autuadas foram emitidas duas notas fiscais de saídas, porém uma única operação de saída de mercadorias. Isso porque as mercadorias referentes às primeiras notas fiscais foram devolvidas, sendo emitidas, posteriormente outra nota fiscal da mesma mercadoria, com destaque do ICMS/ST, mas sem o recolhimento sob o entendimento que esse já teria sido recolhido no momento da emissão da primeira nota fiscal.

Na tentativa de comprovar o alegado apresenta a planilha de fls. 179/181, na qual lista algumas notas fiscais autuadas e descreve o motivo da “devolução”. Verifica-se que, para a quase totalidade das notas fiscais, o motivo apresentado foi “não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

circulação”, “cancelamento não autorizado” ou “emitidas em desacordo com o pedido”, com exceção de duas em que não apresentou o motivo do cancelamento.

Como forma de facilitar o entendimento do acórdão, cada nota fiscal será abordada separadamente.

- NF-e nº **42541**, de 27/01/12: valor do ICMS/ST retido de R\$ 593,43 (quinhentos e noventa e três reais e quarenta e três centavos). A Impugnante utilizou o recolhimento do ICMS/ST, no valor de R\$ 405,41 (quatrocentos e cinco reais e quarenta e um centavos), relativo à operação da NF-e nº 42041, e recolheu apenas o de R\$ 188,02 (cento e oitenta e oito reais e dois centavos), que corresponde à diferença.

Como justificativa, a Impugnante alega que as mercadorias constantes da NF-e nº 42041 não circularam fisicamente, assim emitiu a NF-e nº 42535 de entrada para simular a devolução das mercadorias da NF-e nº 42041. Posteriormente, reenviou as mercadorias por meio da Nota Fiscal nº 42541 e recolheu apenas o ICMS/ST da diferença entre os valores da primeira NF-e de saída e essa de saída posterior.

Às fls. 109/112 e, também, no CD de fls. 201 pode-se verificar os documentos fiscais e os comprovantes de recolhimentos referentes às notas fiscais supra.

Caso tenha ocorrido, realmente, a devolução das mercadorias, existe uma legislação específica que normatiza os procedimentos a serem adotados pelo sujeito passivo.

Nesse aspecto, deve-se observar, para o cancelamento de NF-e nos casos em que as mercadorias não tenham circulado e para devolução de mercadorias não entregues ao destinatário, a legislação a seguir:

AJUSTE SINIEF nº 07/05

Institui a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.

(...)

Cláusula décima segunda. Em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da respectiva NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.

Parágrafo único. A critério de cada unidade federada, em casos excepcionais, poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea.

Observa-se, da análise os documentos trazidos aos autos pela Impugnante, que decorreram mais de vinte e quatro horas contadas do momento em que foi concedida a autorização de uso da NF-e e que, nesse caso, conforme disposto no parágrafo único da Cláusula décima segunda do Ajuste Sinief nº 07/05, supratranscrito,

excepcionalmente, a critério de cada unidade Federada poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea.

Em consulta ao sítio da Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, a seguir indicado, verifica-se o procedimento regulado para o pedido de cancelamento extemporâneo da NF-e:

(https://www.fazenda.sp.gov.br/nfe/perguntas_frequentes/respostas_V.asp)

12. Quais são as condições e prazos para o cancelamento de uma NF-e?

Somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo Fisco (protocolo "Autorização de Uso") e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, em regra, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento. O prazo máximo para cancelamento de uma NF-e no Estado de São Paulo é de 24 horas a partir da autorização de uso.

Para proceder ao cancelamento, o emitente deverá fazer um pedido específico gerando um arquivo XML para isso. Da mesma forma que a emissão de uma NF-e de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela SEFAZ. O Layout do arquivo de solicitação de cancelamento poderá ser consultado no Manual de Integração do Contribuinte, disponível na seção Downloads.

Após o prazo regulamentar de 24 horas da autorização de uso da NF-e, os Pedidos de Cancelamento de NF-e transmitidos à Secretaria da Fazenda serão recebidos via sistema até 480 horas da Autorização de Uso da NF-e, porém neste segundo caso o emitente fica sujeito à penalidade prevista no item z1 do Inciso IV do artigo 527 do Regulamento do ICMS.

Após este prazo de 480 horas da autorização de uso da NF-e, a NF-e pode ser cancelada somente com a aprovação do Posto Fiscal de vinculação. O pedido deve ser acompanhado da:

1. chave de acesso da NF-e a ser cancelada extemporaneamente;

2. folha do livro Registro de Saídas e/ou Entradas, correspondente ao lançamento da operação ou prestação ou declaração de que faz uso da EFD (Escrituração Fiscal Digital);

3. comprovação de que a operação não ocorreu:

- declaração firmada pelo representante legal do destinatário/remetente paulista da NF-e de que faz uso da Escrituração Fiscal Digital ou, não sendo este o

caso, declaração firmada pelo representante legal do destinatário/remetente paulista da NF-e que não ocorreu a operação e de que não utilizou como crédito o valor do imposto registrado no documento fiscal ou;

- tratando-se de pedido que envolva estabelecimento situado em outra unidade da Federação, cópia de correspondência entregue pelo destinatário à repartição fiscal do seu domicílio, em que declare que não utilizou como crédito, ou que estornou, a quantia restituenda ou compensada.

A resposta do pedido será enviada via Domicílio Eletrônico do Contribuinte - DEC. Após a autorização do Posto Fiscal de vinculação, o emitente da NF-e deve transmitir o cancelamento da NF-e como evento, via sistema, dentro do prazo de 15 dias.

O status de uma NF-e (autorizada, cancelada, etc.) sempre poderá ser consultada no site da Secretaria da Fazenda do Estado da empresa emitente ou no site nacional da Nota Fiscal Eletrônica (www.nfe.fazenda.gov.br).

Depreende-se da leitura supra que o Fisco paulista admite o cancelamento de uma NF-e sendo que, em até 24 horas da autorização de uso o cancelamento é mais simples; até 480 horas há incidência de penalidade e após esse prazo há outras formalidades.

Convém mencionar, ainda, que poderia a Impugnante ter cancelado as NF-e para as quais alega não ter havido a saída e pedir a restituição do tributo respectivo, se cabível. Mas não é permitido ao contribuinte proceder a uma “compensação caseira” do ICMS/ST aproveitando-se guias recolhidas, como quer fazer crer a Impugnante.

A Impugnante também procedeu erroneamente quando emitiu o documento fiscal de entrada NF-e nº 42535, em 27/01/12, pois esse procedimento somente é possível quando a mercadoria sai do estabelecimento emissor e retorna a esse devido a não entrega da mercadoria ao destinatário, conforme disposto na legislação a seguir, *in verbis*:

CONVÊNIO S/Nº, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1970.

Modificado pelo Ajuste SINIEF 07/05, que institui a NF-e e DANFE.

(...)

Seção IV

Da Emissão de Nota Fiscal na Entrada de Mercadorias

Art. 54. O contribuinte, excetuado o produtor agropecuário, emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º A nota fiscal será também emitida pelos contribuintes nos casos de retorno de mercadorias não entregues ao destinatário, hipótese em que conterà as indicações do número, da série, da data da emissão e do valor da operação do documento original.

Verifica-se que as notas fiscais cujas guias de recolhimento a Impugnante quer aproveitar para quitar o crédito tributário em combate estão com “situação atual AUTORIZADA”, no portal da nota fiscal eletrônica, o que significa que houve circulação de mercadoria e não se trata de uma simples impossibilidade de aferir-se o cancelamento da operação de remessa.

O procedimento da Impugnante contraria o art. 170 do Código Tributário Nacional - CTN, *in verbis*:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Cabe a lei atribuir à autoridade administrativa, autorização para a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

O direito à restituição está previsto no art. 165, inciso I do CTN. Porém, para se ter direito à restituição deve-se observar o disposto no art. 28 e no art. 35, inciso I, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

CTN

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

RPTA (Decreto nº 44.747/08)

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária ou no Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST a que estiver circunscrito, indicando as informações relativas ao recolhimento indevido e, sempre que possível, o valor a ser restituído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo o interessado:

I - instruirá o requerimento com:

a) cópia do comprovante de recolhimento indevido, se for o caso;

b) documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir;

II - deverá estar em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa para com o Estado, salvo na hipótese de restituição na forma do inciso I do art. 35.

(...)

Art. 35. Deferido o pedido de restituição, esta se efetivará:

I - sob a forma de dedução de valores devidos pelo sujeito passivo à Fazenda Pública Estadual;

(...)

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I do caput:

I - não serão deduzidos créditos tributários com exigibilidade suspensa;

II - a dedução será realizada de ofício pela autoridade competente, restituindo-se eventual saldo nas formas estabelecidas nos incisos II e III do caput.

O mesmo procedimento foi realizado pela Impugnante em relação às NF-es nºs: **68941, 68942, 68943, 68944, 68947, 68959, 68962, 68964 e 68965**, em que a Autuada compensou ou deduziu o crédito tributário sem autorização, no valor de R\$ 53.304,51 (cinquenta e três mil trezentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), para extinguir totalmente o crédito tributário de valor total de R\$ 50.782,95 (cinquenta mil setecentos e oitenta e dois reais e noventa e cinco centavos).

Quando observadas as datas de emissões dos documentos fiscais, verifica-se que todas as notas fiscais de entrada foram emitidas em 23/04/13, enquanto que todas as notas fiscais autuadas foram emitidas em 22/04/13, ou seja, emitiu-se novas saídas e após um dia emitiu entradas por devolução. Quanto aos documentos fiscais que a Autuada considerou como sendo os de origem, suas datas de emissão são variadas.

Importante destacar, ainda, que todas essas NF-es estão com *status* de AUTORIZADAS na Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, conforme se verifica no CD de fls. 201, trazido pela própria Impugnante.

Observa-se às fls. 126, 130, 135, 139, 143, 147, 151, 155 e 159 e, também, no CD de fls. 201, que a Autuada apresenta cópias das GNREs, com anotações rasuradas das numerações dos documentos fiscais.

- NF-e nº **56214**, de 21/09/12: valor do ICMS/ST retido de R\$ 98,58 (noventa e oito reais e cinquenta e oito centavos). A Impugnante afirma que as mercadorias relacionadas nessa NF-e não teriam circulado fisicamente e, para

regularizar a situação, teria emitido a NF-e nº 56347, de entrada, com o mesmo valor de imposto destacado.

Dessa forma, a Impugnante procedeu em desacordo com o previsto na legislação, ou seja, quando a mercadoria não circula fisicamente o correto seria cancelar a NF-e e não emitir NF-e de entrada com o mesmo valor.

A Impugnante não comprova em momento algum que a operação da NF-e nº 56214 não ocorreu como, também, não cancelou a NF-e nos termos da orientação da Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo. Ao contrário, a NF-e encontra-se em “situação atual AUTORIZADA” o que indica que houve circulação das mercadorias.

As normas estabelecidas pela legislação tributária visam o controle dos fatos geradores ocorridos, conseqüentemente o controle do crédito tributário devido, coibindo artifícios, em tese, usados pelos contribuintes.

No presente caso existe norma estabelecida que exige o cancelamento da NF-e caso a mercadoria não circule. Esse cancelamento é necessário para dar conhecimento ao Fisco de que não houve a ocorrência do fato gerador.

Porém, da forma como a Impugnante procedeu não se pode concluir que não ocorreu o fato gerador. Ao contrário, o que se nota é que houve a saída da mercadoria, conseqüentemente o fato gerador ocorreu, nasceu a obrigação tributária principal, porém não houve o pagamento do imposto.

- NF-e nº **66376**, de 12/03/13: às fls. 117/121, a Fiscalização traz a cópia dessa NF-e e a pesquisa feita no SICAF (Sistema de Informação e Controle da Arrecadação e Fiscalização) demonstrando que não houve recolhimento do ICMS/ST retido referente a essa operação no valor de R\$ 40,09 (quarenta reais e nove centavos).

A Impugnante, também, não comprova esse recolhimento, ficando demonstrado, então, que não houve recolhimento do ICMS/ST para essa nota fiscal.

- NF-es nºs: **68621 e 68622**, de 16/04/13: no CD de fls. 201, a Impugnante alega que efetuou a devolução dessas NF-es por motivo de “*Cancelamento não autorizado no Sefaz*”, traz cópias digitalizadas dessas NF-es, de suas escriturações e dos seus *status* de AUTORIZADAS.

Como ela própria demonstra, as referidas notas fiscais encontram-se autorizadas no portal da NF-e e, ainda, não comprova esses recolhimentos, ficando confirmado que não existe pagamento do imposto.

- NF-e nº **103837**, de 03/11/14: a Impugnante, às fls. 161/164, traz cópia dessa NF-e, pesquisas no SICAF relativas a pagamentos efetuados pelo destinatário e pela Impugnante, no período de 01 a 30/11/14 e de um comprovante de recolhimento, que denomina de GNRE, porém não é a GNRE referente ao recolhimento do ICMS/ST no valor de R\$ 23,86 (vinte e três reais e oitenta e seis centavos).

Nas pesquisas feitas no SICAF, não foi possível comprovar o recolhimento de ICMS/ST para Minas Gerais no valor de R\$ 23,86 (vinte e três reais e oitenta e seis centavos), em nome da Impugnante ou em nome da empresa destinatária das mercadorias

Há a previsão, na legislação, da repetição de indébito, para evitar o enriquecimento ilícito ou sem causa jurídica do Erário, quando comprovado que o fato gerador presumido não ocorreu.

A restituição poderá ser realizada através: (a) de compensação; (b) de crédito fiscal; (c) de ressarcimento e (d) de devolução pecuniária, por requerimento do sujeito passivo, que deverá ser analisado pelo sujeito ativo em até 90 (noventa) dias. Após esse prazo, se não resolvido, o sujeito passivo poderá se legitimar do valor pleiteado até a decisão final do sujeito ativo, podendo ser confirmado o valor ou não.

Mas, como já demonstrado, no caso dos autos a Impugnante preferiu, arbitrariamente, compensar ou deduzir o imposto devido, sem autorização e por mais de uma vez.

Ao contrário do que alega a Impugnante, o art. 142 do CTN foi plenamente atendido, pois o relatório fiscal relata perfeitamente a irregularidade apurada e aponta os dispositivos legais infringidos e a penalidade aplicada. Além disso, foram anexadas planilhas ao Auto de Infração que detalham toda a exigência fiscal.

Assim a Fiscalização buscou a verdade demonstrando a ocorrência do fato gerador, determinando o ICMS/ST a ser cobrado, identificando o sujeito passivo e aplicando penalidades. Foram demonstrados o fato gerador, a incidência, a base de cálculo, a obrigação e a responsabilidade tributária. Elementos exigidos para constituição do lançamento, como disposto no art. 142 do CTN

Os demais argumentos trazidos pela Impugnante não são capazes de alterar o feito fiscal.

Também não assiste razão à Impugnante no que se refere à arguição de falta de obrigação principal fazendo interpretação inequívoca, consubstanciada no art. 113, §1º, do CTN.

A Impugnante não prova que recolheu o ICMS/ST nas operações contidas neste lançamento, apenas usa demonstrar que compensou ou deduziu valores, em tese, repetidos, mas se nega a reconhecer o erro de seus procedimentos.

É desconcertante, portanto, defender que os Estados e o Distrito Federal, donos da competência tributária do ICMS, com aquiescência do governo federal, não possam estabelecer regras operacionais aos seus sujeitos passivos e que devam aceitar guias de recolhimentos referentes a outras notas fiscais e em valores não exatos àqueles ora exigidos, com a singela alegação de que não houve saída das mercadorias.

Não resta dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, à natureza ou extensão dos seus efeitos, sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pela Fiscalização à norma invocada para sustentar o lançamento.

Improcede a alegação da Impugnante de que deve ser afastada a exigência da penalidade de revalidação. A multa foi exigida na forma da legislação tributária estadual, sendo cobrada conforme a natureza da infração cometida. Essa multa refere-se a descumprimento de obrigação principal exigida em razão do não recolhimento do imposto, e por se tratar de ICMS devido por substituição tributária é cobrada em dobro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Legítimas, portanto, as exigências fiscais constantes do Auto de Infração, estando os procedimentos fiscais corretos e as infrações perfeitamente caracterizadas e demonstradas com abundante prova material, devendo o feito fiscal prosseguir, com a cobrança das penalidades.

Com relação à eleição dos sócios administradores como responsáveis solidários pela obrigação tributária, nominados no Auto de Infração como Coobrigados, verifica-se que está correta e tem seu fundamento no 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. (Grifou-se).

Enfatiza-se que a responsabilidade daquelas pessoas decorre da norma estatuída no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional, assim redigido:

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:

I e II - (...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Vale assinalar que a solidariedade definida no retro citado art. 21 da Lei nº 6.763/75 não é uma forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação, mas tão somente uma maneira de graduar a responsabilidade daqueles que já o compõe.

O 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. (...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que os atos ou omissões dos sócios administradores foram decisivos para o cometimento da infração, concorrendo para o não recolhimento do tributo. Desse modo, respondem pessoalmente pelo crédito tributário em exame, os sócios administradores.

Vê-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 e, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Infere-se, portanto, que os mencionados Coobrigados são pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário, haja vista que nos termos dos diplomas legais mencionados restou comprovado nos autos infração de lei.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Alan Carlo Lopes Valentim Silva.

Sala das Sessões, 31 de maio de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Maria Gabriela Tomich Barbosa
Relatora**

GR/D