

Acórdão: 24.148/22/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002240832-18
Impugnação: 40.010153753-07, 40.010153775-39 (Coob.)
Impugnante: MRT Comércio Ltda
IE: 002496697.00-24
Renato Batista Arrais (Coob.)
CPF: 067.309.696-36
Proc. S. Passivo: Rosiris Paula Cerizze Vogas/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

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 da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Declaração de Apuração e Informação de ICMS – DAPI) e no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada nos termos do § 2º, inciso I, da citada lei.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/18 a 31/12/19.

Exige-se 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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado art. 55.

Registra-se ademais, que foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, o sócio-administrador da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, em razão da prática de atos com infração à Lei (realizar vendas sem emitir documento fiscal).

Da Impugnação.

Inconformada, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às págs. 29/49 e págs. 64/84, respectivamente, com os argumentos infraelencados, em síntese:

- arguem a nulidade do Auto de Infração sob os seguintes fundamentos:
 - entendem que o trabalho fiscal está eivado de irregularidades e informam que o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento em repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 601.314, reconheceu a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar (LC) nº 105/01 e definiu que é lícito as autoridades fiscais terem acesso a informações financeiras e bancárias dos contribuintes;
 - acrescem que o referido art. 6º da LC nº 105/01 impõe os seguintes requisitos para acesso às informações bancárias e financeiras do contribuinte:
 - (I) processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e
 - (II) indispensabilidade do exame das informações e documentos pela autoridade administrativa competente.
 - aduzem que o acesso às informações financeiras da Impugnante se deu sem qualquer motivação de indispensabilidade e antes da instauração de qualquer processo administrativo ou fiscal, o que ofenderia o art. 6º da LC nº 105/01;
 - informam que tiveram ciência do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF em 26/11/21 e no dia 28/11/21, apenas 02 (dois) dias após o registro da ciência da Impugnante, a Fiscalização lavrou o relatório fiscal;
 - apontam que antes da instauração de processo administrativo ou fiscal, o Fisco já havia acessado e utilizado as informações financeiras da empresa disponibilizadas pelas Administradoras de Cartão, o que estaria violando o entendimento firmado no STF;
 - destacam que as informações utilizadas pela Fiscalização foram coletadas sem observância dos requisitos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, pelo que o AI deveria ser considerado nulo.
 - suscitam a nulidade do lançamento, nos termos do art. 66, caput e inciso III e art. 68, caput e inciso II, ambos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- salientam que o Fisco, antes do procedimento fiscal, devia ter intimado a empresa para apresentar justificativas e documentos relativos à divergência de valores encontrada, o que não teria ocorrido no caso, motivo pelo qual entendem que o lançamento deve ser declarado nulo;

- ressaltam que a Autuada realiza venda de mercadorias próprias e intermedia a venda de mercadorias de outras empresas, atuando como representante;

- discorrem acerca da prestação de serviço de intermediação ou contrato de distribuição, citando o art. 710 do Código Civil;

- esclarecem que a empresa recebe os valores das vendas das mercadorias e as repassa ao representado, mantendo uma porcentagem a título de comissão;

- enfatizam que parte dos valores informados pelas Administradoras de Cartão decorrem da circulação de mercadorias dos representados;

- asseveram que os fatos geradores do ICMS não foram praticados pela Impugnante, mas pelos representados, e, portanto, não poderia ser vista como sujeito passivo da relação jurídico tributária, considerando que os valores informados pelas Administradoras de Cartão não necessariamente configuram receita da Impugnante;

- sustentam que o procedimento adotado pela empresa foi correto, não tendo havido omissão de receita;

- defendem que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente e nulo, por ausência de materialidade;

- registram que o ICMS não seria devido, uma vez que as operações realizadas estariam sujeitas ao ICMS/ST, nos termos do item 59, do Capítulo 28 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02;

- ressaltam que o imposto em cobrança no Auto de Infração foi devidamente recolhido por substituição tributária, pelas empresas fornecedoras das mercadorias comercializadas pela Impugnante, pelo que não haveria inadimplemento por parte da empresa;

- aduzem que a manutenção da cobrança do ICMS configura *bis in idem*, vedado pelo ordenamento jurídico;

- entendem que a exigência fiscal está em desconformidade com a legislação, afrontando, especialmente, as disposições constantes na Lei Complementar (LC) nº 123/06;

- relatam que a empresa foi optante do regime de tributação do Simples Nacional até 31/12/18, estando submetida à LC nº 123/06 no período de 05/01/18 a 31/12/18, calculando o tributo com base na aplicação da alíquota efetiva sobre a receita bruta auferida no mês, nos termos do art. 18, § 1º-A e 3º, da referida lei complementar;

- entendem que, para o período em que a empresa era optante pelo regime de tributação do Simples Nacional (05/01/18 a 31/12/18), o Fisco calculou o ICMS supostamente devido desconsiderando a regra geral do regime de tributação do Simples

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional, aplicando o método de cálculo do ICMS pelo regime normal (débito x crédito);

- apontam que não foi instaurado procedimento administrativo para exclusão da Impugnante do regime tributário do Simples Nacional e, por consequência, não foi lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional;

- citam os arts. 83 e 84, § 3º da Resolução CGSN nº 140/18 e do art. 32 da Lei Complementar nº 123/06;

- relatam que o Termo de Exclusão do Simples Nacional é de extrema importância para garantia e exercício do contraditório e da ampla defesa;

- sustentam que a exclusão do regime de tributação do Simples Nacional é pressuposto legal para que se possa exigir os tributos na forma aplicável às demais pessoas jurídicas, como é o caso do ICMS à alíquota ordinária de 18% (dezoito por cento);

- defendem a impossibilidade de manutenção da exigência fiscal em relação aos fatos geradores do período de 2018, tendo em vista não ter sido lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional, o que acarretaria a declaração de nulidade do Auto de Infração;

- pontuam que para o período de 2019, em que a Impugnante optou pelo sistema normal de créditos e débitos, deveria a Fiscalização ter observado a recomposição da conta gráfica para a apuração do tributo;

- destacam que para dar concretude ao princípio constitucional da não cumulatividade, a recomposição da conta gráfica é medida que se impõe, devendo o lançamento considerar os créditos de ICMS escriturados pelo contribuinte;

- entendem que o Auto de Infração contraria diversos dispositivos normativos e apresenta vícios, pugnando seja ele declarado nulo;

- aduzem não ser possível a responsabilização do sócio sem a comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 135 do CTN e, assim, que não há que se falar em imputação de responsabilidade ao sócio/gerente tendo em vista que ele não concorreu e não tinha condições de concorrer de qualquer forma para as irregularidades imputadas;

- entendem que as multas aplicadas devem ser declaradas nulas, tendo em vista seu caráter confiscatório.

Sob tais argumentos, pugnam que o Auto de Infração seja julgado improcedente, com nulidade do lançamento.

Subsidiariamente, na hipótese de o Auto de Infração não ser julgado improcedente, requerem seja ele julgado parcialmente improcedente para reconhecer a ilegitimidade passiva do sócio/gerente.

Ainda subsidiariamente, na hipótese de o Auto de Infração não ser julgado improcedente, requerem que ele seja julgado parcialmente improcedente para excluir as multas aplicadas.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às 96/111, com os seguintes argumentos a seguir reproduzidos em síntese:

- argui que o lançamento tributário foi regularmente constituído, nos termos do art. 69, inciso I do RPTA c/c art. 196 do Código Tributário Nacional - CTN e art. 6º da Lei Complementar (LC) nº 105/01;

- esclarece que a omissão de receitas verificadas por meio do cruzamento com operações de cartão de crédito/débito reforça a legalidade do ato administrativo, vez que o art. 70, inciso I do RPTA exige a informação do período e do objeto de auditoria;

- relata que conforme art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, a emissão do AIAF é o ato administrativo inaugural do procedimento que culminou na lavratura do Auto de Infração;

- aduz que em relação as datas de ciência do AIAF e do relatório, com dois dias de diferença entre elas, tal fato não possui o condão de anular o lançamento, uma vez que não é necessária a ciência da Impugnante para se iniciar as atividades de auditoria;

- destaca que outro procedimento semelhante havia sido instaurado anteriormente, mas como não foi possível terminar todos os trabalhos dentro do período de validade do AIAF emitido, o Fisco emitiu um novo com o mesmo período e objetos, e que assim, não poderia a Impugnante suscitar a questão da diferença de datas para tentar encontrar uma nulidade;

- salienta que o confronto entre as informações fornecidas pela Impugnante aos Fiscos Estadual ou Federal e aquelas relativas às operações realizadas com cartões de crédito foram realizadas em conformidade com legislação vigente e respeitando o sigilo fiscal. Ressalta que tal procedimento é corriqueiro e um dos mais executados e, sendo um procedimento fiscal auxiliar, normalmente é realizado antes no início da ação fiscal, conforme arts. 66, inciso III e 67, ambos do RPTA;

- registra que em razão de mudanças no quadro societário da Autuada e na responsabilidade de cada sócio perante o Fisco, o lançamento do crédito tributário foi realizado em duas peças fiscais distintas, sendo que no presente feito são exigidos aqueles relativos ao período de 05/01/18 a 31/12/19 e no Auto de Infração nº 01.002245973-86 constam as exigências relativas ao período de 2017;

- informa que o Auto de Infração nº 01.002245973.86 se encontra parcelado, demonstrando que o trabalho foi realizado dentro dos limites da legislação, cabendo razão ao Fisco;

- entende que deve ser afastada a alegação de nulidade do lançamento;

- assevera que a falta de oportunidade para a Impugnante justificar as inconsistências constatadas não possui fundamento legal e justificável para afastar a legalidade e nem estabelecer a nulidade ao lançamento tributário, que foi lavrado observando a legislação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- esclarece que a atividade de intermediação/representação tem previsão legal e regramento insculpidos nos arts. 710 a 721 todos do Código Civil, sendo que, como representante, tem-se direito a uma remuneração ou participação percentual sobre o valor negociado;

- destaca que a utilização das máquinas de cartões de crédito/débito para receber valores relacionados à atividade de representação, é procedimento não previsto no Código Civil, na legislação de regência do ICMS e nem no contrato firmado entre a empresa e as Administradoras de Cartões de Crédito/Débito;

- ressalta que a Autuada não apresentou, nos autos, documentos fiscais capazes de demonstrar que todas as suas operações já teriam o imposto devidamente recolhido;

- informa que ao se examinar todos os itens de notas fiscais de entradas da empresa, não se encontram os destaques de ICMS/ST;

- aduz que se a Impugnante fosse operadora de vendas “porta a porta”, sendo contribuinte inscrito nos termos do art. 64, inciso I, Anexo XV do RICMS/02, a falta de recolhimento do ICMS/ST pelo remetente da mercadoria lhe acarretaria a responsabilidade pelo recolhimento do imposto conforme art. 22, § § 18 a 20, da Lei 6.763/75, com suas respectivas multas e, nesse caso, sendo em dobro a penalidade prevista no art. 56;

- relata que tal raciocínio apenas prejudica a Defendente.

- reitera que a Impugnante não apresentou nenhuma prova nos autos capaz de afastar a exigência tributária.

- assevera que não há que se falar em recolhimento de ICMS/ST em etapa anterior e nem em cobrança *bis in idem*, devendo ser afastadas as argumentações da Impugnante e mantidas todas as exigências;

- discorre sobre o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, da Lei Complementar nº 123/06;

- relata que a lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional não é condição *sine qua non* para o Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário;

- esclarece que como a Impugnante já havia optado pelo regime normal de apuração a partir de 01/01/19, o Termo de Exclusão do Simples Nacional não teria efeito prático e nem jurídico;

- acrescenta que a Impugnante, a partir daquela data, tem o direito de se creditar de todo o ICMS devidamente destacado em seus documentos fiscais de entradas de mercadorias;

- registra que a recomposição da conta gráfica é uma obrigatoriedade do contribuinte a partir da exclusão do Simples Nacional, conforme art. 80-G do RICMS/02;

- observa que como não existiu tal termo, não há que se falar em recomposição da conta gráfica;

- enfatiza que a legislação não mais admite a recomposição da conta gráfica que era prevista no art. 195 do RICMS/02;

- aduz que o art. 135 do CTN não deixa dúvida quanto à responsabilidade do sócio, bastando para isso a infração à legislação;

- salienta que a atividade administrativa é vinculada à lei, conforme art. 142 do CTN, não podendo a autoridade administrativa deixar de aplicar a legislação de regência do ICMS;

- aponta que, em virtude de impedimentos legais, não se discute o caráter confiscatório da multa na esfera administrativa, devendo ser mantidos os valores exigidos.

Com base em tais argumentos, pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que o Auto de Infração seja declarado nulo, em razão de vícios no lançamento.

Alegam que as informações utilizadas pela Fiscalização teriam sido coletadas sem observância dos requisitos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Dizem que com base no art. 66, caput e inciso III e art. 68, caput e inciso II, ambos do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, o Fisco, antes do procedimento fiscal, devia ter intimado a empresa para apresentar justificativas e documentos relativos à divergência de valores encontrada, o que não teria ocorrido no caso.

Entretanto, razão não lhes 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.

O lançamento tributário foi regularmente constituído, nos termos do art. 69, inciso I do RPTA c/c art. 196 do CTN e art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Conforme art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, a emissão do AIAF é o ato administrativo inaugural do procedimento que culminou na lavratura do Auto de Infração.

Como bem salientado pela Fiscalização, não é necessária a ciência da Impugnante para se iniciar as atividades de auditoria e o confronto entre as informações fornecidas pela Impugnante aos Fiscos Estadual ou Federal e aquelas relativas às operações com cartões de crédito foram realizadas em conformidade com Legislação vigente e respeitando o sigilo fiscal, sendo tal procedimento fiscal auxiliar,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

normalmente realizado antes no início da ação fiscal, conforme art. 66, inciso III e art. 67, ambos do RPTA.

Também não há se falar em nulidade do lançamento em razão da diferença de dois dias entre as datas de ciência do AIAF e do relatório, vez que não é necessária a ciência da Impugnante para se dar início às atividades de Auditoria fiscal.

Ressalte-se que o fato de não ter sido dada oportunidade para a Impugnante justificar as inconsistências constatadas pelo Fisco não tem o condão de estabelecer a nulidade ao lançamento tributário.

Ademais, indubitável que a Autuada e o Coobrigado compreenderam e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações apresentadas, que abordam todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de os Impugnantes discordarem da infringência que lhes é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a eles comprovar as suas alegações.

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

Rejeita-se, portanto, as arguições de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/18 a 31/12/19.

Exige-se 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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º, inciso I do citado artigo.

Registra-se ademais, que foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, como Coobrigado, o sócio-administrador da empresa autuada, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Cumprido destacar que a Fiscalização tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000040678-32, anexado às págs. 05, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/16 a 30/06/21.

Ao confrontar as vendas mensais realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito (informadas pela administradora dos cartões) com as saídas por meio de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tais cartões, declaradas pela Contribuinte, a Fiscalização apurou vendas desacobertas de documentos fiscais, no período atuado.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Atuada 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 conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º As empresas de que trata o caput:

I - deverão validar, assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, utilizando o programa TED_TEF, disponível no endereço eletrônico

ww.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento, observando que a assinatura deve se dar por meio de certificado digital, tipo A1, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil;

II - poderão utilizar outro programa ou recurso diferente do previsto no inciso I para assinar digitalmente e transmitir o arquivo eletrônico, mediante autorização da SEF.

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar, realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto.

Efeitos de 1º/10/2017 a 08/10/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas, ainda que não regularmente inscritas, mas cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, 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 e, quando solicitado pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, conforme leiaute previsto em ato COTEPE/ICMS, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/10/2017 a 31/12/2019 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

"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 pela autoridade fiscal, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da empresa ou em meio magnético, em conformidade com o Manual de Orientação anexo ao Protocolo ECF 04, de 24 de setembro de 2001, e assinadas digitalmente pela administradora de cartão de crédito, de débito ou similar, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação".

Repita-se, por oportuno, que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões), estando o cálculo demonstrado na planilha de págs. 13/14 do Relatório Fiscal.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prescreve que as Autoridades e os Agentes Fiscais tributários da união, estados, Distrito Federal e dos municípios poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, se tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Para corroborar, transcreve-se a ementa do Processo nº 1.0434.13.001963-2/002 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, julgado em 08/09/15 e publicado em 18/09/15, com a decisão de que não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegitimidade da quebra de sigilo nos casos em que o procedimento adotado pela Fiscalização estiver em harmonia com as normas constitucionais e com a legislação de regência, conforme previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO - INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO - CONFRONTO COM AS RECEITAS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE - POSSIBILIDADE - RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR - IRREGULARIDADE INEXISTENTE NO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...)COM EFEITO, NÃO HÁ DE SE FALAR EM INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGITIMIDADE DA QUEBRA DE SIGILO, EIS QUE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO FISCO MINEIRO ENCONTRA-SE, A PRINCÍPIO, EM HARMONIA COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, QUE IMPÕE ÀS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO O DEVER DE EXIBIR TODOS OS DOCUMENTOS

E INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO REALIZADAS PELO CONTRIBUINTE.(...) APRECIANDO A QUESTÃO EM FACE DE REGRAMENTO SIMILAR NO ÂMBITO DO ESTADO DE GOIÁS, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA JÁ SE MANIFESTOU EM SENTIDO CONTRÁRIO À PRETENSÃO ORA VERSADA.(...) COM A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO, EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL, PASSOU A PRESCINDIR DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (ART. 6º). PRECEDENTES DO STJ.

(...)

(GRIFOU-SE).

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

A Impugnante assevera que o ICMS não seria devido, uma vez que as operações realizadas estariam sujeitas ao ICMS/ST nos termos do item 59 do Capítulo 28 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, cujo imposto teria sido recolhido numa etapa anterior, ou seja, antes da entrada em território mineiro e que a manutenção da exigência do ICMS configuraria *bis in idem*.

Aduz ainda que seria operadora no sistema “porta a porta”.

Todavia razão não lhe assiste.

Pertinente esclarecer que a Impugnante, não acostou documentos fiscais capazes de demonstrar que todas as suas operações já teriam o imposto devidamente recolhido.

A Fiscalização salienta que quando se examinam todos os itens de notas fiscais de entradas da Autuada, não se encontram os destaques de ICMS/ST.

Por outro lado, é imperioso tecer algumas considerações sobre o sistema “porta a porta”.

Pertinente esclarecer, que caso fosse a Impugnante operadora de vendas “porta a porta”, sendo contribuinte inscrito nos termos do art. 64, inciso I, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02, a falta de recolhimento do ICMS/ST pelo remetente da mercadoria acarretaria a responsabilidade pelo recolhimento do imposto ao destinatário (Impugnante), conforme se depreende da leitura do art. 22, § § 18, 19 e 20 da Lei nº

6.763/75, com suas respectivas multas e, nesse caso, em dobro, nos termos do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da citada lei.

Como informa a Fiscalização, a Impugnante tenta construir uma linha de raciocínio no sentido de modificar o mundo fático e atos pretéritos.

Reitera-se, por oportuno, que a Impugnante argumentou, mas não acostou prova capaz de afastar a legítima exigência do crédito tributário.

Apontou que em momentos atuava como varejista, representante comercial ou operadora “porta a porta”.

Entretanto, não há nos autos demonstração capaz de desconstituir o lançamento tributário.

Nesse sentido, não há que se falar em recolhimento de ICMS/ST em etapa anterior e muito menos em *bis in idem*.

Como bem ressaltou a Fiscalização, o estabelecimento autuado está cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de MG – SEF/MG sob o CNAE-F nº 4782-2/01, qual seja, comércio varejista de calçados, seguimento para o qual não há previsão legal de alíquotas diferenciadas, tampouco de benefício fiscal, aplicáveis às saídas promovidas pela Contribuinte no período autuado.

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 – As alíquotas do imposto são:

I – nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, conforme o citado art. 42, inciso I, alínea “e”, do RICMS/02.

Ressalte-se que a Autuada não apresentou, nos autos, documentos fiscais capazes de demonstrar que suas operações já teriam o imposto devidamente recolhido.

Como explicitado pela Fiscalização, a utilização de máquinas de cartões de crédito/débito para receber valores relacionados à atividade de representação não é procedimento previsto no Código Civil, na legislação de regência do ICMS e nem no contrato firmado entre a empresa e as Administradoras de Cartões de Crédito/Débito.

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a

título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

(...)

No tocante à alegação da Defesa de que a Fiscalização não efetuou a recomposição da conta gráfica do ICMS, registra-se que, por força do disposto no art. 89, inciso I, do RICMS/02, não caberia à Fiscalização efetuar prévia recomposição de conta gráfica para exigência do crédito tributário. Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

II - com documento fiscal que mencione como valor da operação importância inferior à real, no tocante à diferença;

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença;

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também, no que couber, à prestação onerosa de serviço de comunicação e à prestação de serviço de transporte.

(...)

Portanto, em casos como o que ora está sendo analisado, jamais foi autorizada a recomposição da conta gráfica do ICMS, pois, caracterizado o recolhimento a menor do ICMS em virtude de saída desacobertada de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Impugnante à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe a legislação de regência.

Ademais, vale destacar que o Decreto nº 46.698 de 30/12/14 alterou os arts. 194 e 195 do RICMS/02 e excluiu, da legislação mineira, o procedimento fiscal de Verificação Fiscal Analítica – VFA:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

V - conclusão fiscal;

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

"V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;"

(...)

Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

(...)

(Grifou-se).

Constata-se que, com a nova redação do art. 195 do RICMS/02 foi extinta a recomposição da conta gráfica do ICMS para todo e qualquer procedimento fiscal, inclusive nos casos de créditos ilegítimos ou indevidos.

E, ainda, o referido diploma regulamentar trouxe, no seu art. 1º, a inclusão no RICMS/02 do art. 89-A, com as seguintes disposições:

Art. 1º O Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo DECRETO Nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, fica acrescido do art. 89-A, com a seguinte redação:

Art. 89-A Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

(...)

Verifica-se que o art. 89-A do RICMS/02 veda a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido.

Ressalte-se que o fato de que a Autuada esteve enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional).

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: (TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: 10000160548889001 MG, Relatora Desa. Heloisa Combat, Data de Julgamento:10/11/16, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/11/16), (TJ-MG - Apelação Cível: 10024134145317001 MG, Relator Des. Claret de Moraes - JD Convocado, Data de Julgamento: 12/04/16, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/04/16) e (TJ-MG - Apelação Cível: 10024122591779003

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MG, Relatora Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 28/04/16, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 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, como alegado pela Impugnante, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Cumpra-se destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Relativamente às multas aplicadas, correta a exigência das penalidades de maneira cumulativa, a saber:

Lei nº 6.763/75

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:

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

(...)

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

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.

(...)

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada. Já a multa capitulada no art. 55 da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...)

É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)

(...)

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

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária (dar saída a mercadoria desacobertada de documento fiscal), ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

Registra-se, por oportuno, que a mencionada multa isolada foi adequada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a duas vezes o valor do imposto incidente na operação.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Quanto à inclusão do sócio-administrador no polo passivo, esse responde pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Código Tributário Nacional

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.

(...)

O sócio-administrador é quem participa das deliberações e nos negócios sociais da empresa. 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 no polo passivo da obrigação tributária.

Correta, portanto, a inclusão do coobrigado no polo passivo.

A Defesa argui a nulidade do lançamento tributário relativo aos fatos geradores de 2018, por ausência de lavratura do Termo de Exclusão do regime de tributação do Simples Nacional, para exigência do ICMS na sistemática de Débito x Crédito (D/C).

Suscita ainda que o trabalho fiscal está em desconformidade com a legislação de regência.

Todavia razão não lhe assiste.

Reitera-se que o lançamento tributário está em estrita consonância ao disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar (LC) nº 123/06.

Ademais, destaca a Fiscalização, que a lavratura do Termo de Exclusão do regime de tributação do Simples Nacional não é condição *sine qua non* para o Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário. Caso contrário, estaria sendo tolhido o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

direito de constituição do próprio crédito e haveria uma inversão do procedimento, pois o que regular e rotineiramente se faz é efetuar o lançamento e ato contínuo ou simultaneamente, lavrar o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Por fim, quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, 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 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;

(...)

Com relação 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-PROBATORIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, 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.

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as arguições de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Paulo Levy Nassif (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 14 de junho de 2022.

Paula Prado Veiga de Pinho
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente

CSP