

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.525/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001859794-73
Impugnação: 40.010152160-98, 40.010152158-31 (Coob.), 40.010152162-50 (Coob.)
Impugnante: Dikaza Móveis e Decorações Ltda
IE: 002727131.00-37
Alex Camillotto (Coob.)
CPF: 037.514.846-98
Bruno José da Costa (Coob.)
CPF: 065.240.826-56
Origem: DF/Muriaé

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, inciso XII e § 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 desacobertadas 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. 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.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertadas 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 01/10/18 a 30/11/18.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado artigo.

Foram incluídos no polo passivo da autuação, na condição de Coobrigados os sócios-administradores Alex Camilotto e Bruno José da Costa, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III do CTN.

Inconformados, os Coobrigados apresentam, tempestivamente, Impugnação às págs. 141/143 e 172/174, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 313/323.

A Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de págs. 326, que resulta nas Manifestações da Fiscalização às págs. 347/366, 367/369 e 371/373.

Aberta vista para a Impugnante, o Coobrigado Alex Camilotto se manifesta às págs. 448/451.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se (págs. 452/456).

Em sessão realizada em 22/09/21, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 28/09/21. Pela Fazenda Pública Estadual, assistiu à deliberação o Dr. Saulo de Faria Carvalho e, pela Impugnante, o Dr. Alex Camilotto.

Por ocasião de sua defesa, os Impugnantes alegam que as diferenças relativas aos valores declarados pela Autuada através da DASN - SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do microempreendedor Individual) e/ou PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório) e/ou DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS), em relação aqueles informados pelas administradoras de cartões se devem a vendas que foram canceladas.

Aduzem que foram vítimas de fraudadores que compravam grandes quantidades de mercadorias com valores altos, mas que não pagavam a respectiva fatura e, por conseguinte, os respectivos valores não eram repassados pelas administradoras de cartões.

Sustentam que, nesses casos, não foram emitidas as notas fiscais referentes àquelas vendas, uma vez que não ocorreram as efetivas saídas de mercadorias.

Acrescentam que, em seu modelo de negócio, os recebimentos dos valores informados pela administradora de cartões não configuram a própria venda da mercadoria e que é comum a nota fiscal relativa à operação ser emitida posteriormente, não sendo usual a emissão de notas fiscais de vendas para entrega futura no momento daquele recebimento.

Apresentam, via e-mail, extratos onde estariam demonstrados os referidos cancelamentos.

O Fisco manifesta-se e afirma que, diante dos documentos juntados aos autos pelos Impugnantes, parte das operações autuadas se referiam à vendas de mercadoria para entrega futura e que o Impugnante deveria ter apresentado as notas fiscais emitidas, quais sejam, a de simples faturamento, nos termos do art. 305 do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexo IX do RICMS/02 e a nota fiscal de simples remessa de mercadorias, nos termos do art. 306 deste mesmo anexo.

Aduz que os relatórios, extratos e comprovantes apresentados pelos Impugnantes através de e-mail, não fornecem a confiança necessária para atestar a veracidade das informações ali contidas.

Na sessão realizada em 28/09/21, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em acolher a juntada do aditamento da impugnação no ePTA. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização: 1) conheça e se manifeste sobre os documentos juntados; 2) intime o Sujeito Passivo para, em relação às planilhas "Cancelamentos Rede 2018-10 e 2018-11" anexadas pelo Impugnante, informar e demonstrar se houve a emissão de Nfe relativa a cada operação cancelada; 3) se afirmativo, informar os dados das notas fiscais emitidas, se houve entrega da mercadoria e se ocorreu a sua devolução; 4) esclarecer a que se refere o termo "contestação de vend.", constante dos documentos juntados pelo Autuado no Anexo 14 do ePTA, se nesses casos houve a entrega da mercadoria, a respectiva emissão de nota fiscal e, tendo havido, informar os seus dados; 5) intimar a administradora de cartões Redecard para apresentar documentos contendo os dados referentes aos cancelamentos das operações apontados nas planilhas denominadas "Cancelamentos Rede 2018-10 e Cancelamentos Rede 2018-11", contidas nos Anexos 16 e 17 do ePTA; e 6) informar o motivo do cancelamento das operações listadas nas planilhas do item anterior e o número de parcelas vencidas até a efetivação de cada cancelamento. Em seguida, vista aos Impugnantes.

Em atendimento à referida diligência, o Fisco se manifesta às págs. 347/365, 367/369 e 371/372, onde analisa cada um dos extratos e/ou tabelas apresentados pelo Impugnante.

Diz que as alegações dos Impugnantes se restringem ao argumento relativo aos cancelamentos das operações.

Afirma que, para fins do ICMS, o que importa é a circulação da mercadoria e que o cancelamento do pagamento de sua venda não desconstitui o fato gerador.

Destaca que os Impugnantes admitem ter, em alguns casos, enviado as mercadorias cujos pagamentos foram cancelados.

Entende que o tipo de venda realizada pelo Autuado, sem mercadoria em estoque, exige que ele emita nota fiscal de simples faturamento.

Diz que, apesar do Autuado se encontrar no Regime do Simples Nacional, ele está sujeito ao regime ordinário do ICMS, nos termos dos §§ 8.º e 9.º do art. 2.º da Resolução CGSN nº 140/18.

Informa que, em atendimento à diligência citada acima, intimou o Autuado para que se manifestasse sobre as questões ali deduzidas, mas que o mesmo não o atendeu. Informa, ainda, ter intimado, via correio, a administradora de cartões Redecard para que ela se manifestasse sobre as questões apresentadas na referida diligência, mas que ela não atendeu a intimação dentro do prazo concedido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cientificado da juntada de documentos pelo Fisco, o Coobrigado Alex Camilotto adita a sua Impugnação às págs. 448/451, onde informa que não tem mais vínculo com a Autuada desde o ano de 2020.

Reclama que o Fisco não considerou os documentos juntados por ocasião de sua primeira impugnação.

Afirma que a ausência de respostas e documentos que deveriam ser apresentados pela Redecard lhe prejudica o direito de ampla defesa.

Mais uma vez o Fisco se manifesta às págs. 452/456 e apenas relata o aditivo apresentado pelo Impugnante, nada mais acrescentando.

DECISÃO

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 01/10/18 a 30/11/18.

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, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado artigo.

Foram incluídos no polo passivo da autuação, na condição de Coobrigados os sócios-administradores Alex Camilotto e Bruno José da Costa, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 135, inciso III do CTN.

Conforme relatado, depreende-se dos autos que o cerne da controvérsia suscitada cinge-se à comprovação, ou refutação da efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS: a operação de circulação de mercadorias.

Os Impugnantes alegam não terem promovido saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, uma vez que as vendas de mercadorias constantes da autuação, cujos valores foram informados pela administradora de cartões, foram canceladas.

Em que pesem as alegações e os documentos apresentados pelos Impugnantes, não lhes assiste razão.

Acontece que a caracterização da ocorrência do fato gerador do ICMS, a operação de circulação de mercadoria, independe do pagamento do preço do produto comercializado. Assim dispõe a legislação:

Lei Complementar n.º 87/96

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei n° 6.763/75

Art. 6° Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

RICMS/02

Art. 2° Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Os dispositivos acima elencados não deixam dúvidas quanto à condição bastante e suficiente para que se configure a ocorrência do fato gerador do ICMS: a saída de mercadoria, a qualquer título.

Não há na legislação do imposto hipótese que excetue a aplicação daquela regra em virtude do não pagamento do preço da operação contratada entre as partes envolvidas na operação mercantil, inclusive nas operações de saídas de mercadorias destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, onde, a princípio, não se cogita da contratação de preço da operação.

De acordo com a doutrina dominante, o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria.

Contudo, em tal movimentação, para que se materialize o aspecto operacional, exige-se que seja configurada a troca de propriedade, ou a transferência de titularidade do bem comercializado.

Assim, o que há de ser tributado é a obrigação contratual de se dar uma coisa certa (mercadoria). O ponto de incidência do imposto é, pois, a operação mercantil legalmente consumada e não a simples circulação da mercadoria, que é apenas consequência do negócio realizado.

Nesse sentido são os ensinamentos do eminente professor Geraldo Ataliba, citado por Roque Antônio Carraza na obra "ICMS" (2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pag. 26):

A sua perfeita compreensão e a exegese dos textos normativos a ele referentes evidencia prontamente que toda a ênfase deve ser posta no termo "operação" mais do que no termo "circulação". A incidência é sobre operações e não sobre o fenômeno da circulação. O fato gerador do tributo é a operação que causa a circulação e não esta.

(...)

Nessa medida, a inadimplência evocada pelos Impugnantes é questão que afeta a esfera jurídica privada da relação comercial entre vendedor e comprador e não tem o condão de afastar a incidência do imposto, ou descaracterizar a ocorrência do seu fato gerador.

Destaque-se que no presente caso, a ocorrência do fato gerador foi presumida por meio das informações contidas nas declarações efetuadas pelas administradoras de cartões acerca das vendas de mercadorias realizadas pelo Autuado, cujos pagamentos foram contratados pelos respectivos adquirentes através de cartões de débito e/ou crédito.

Desta feita, sendo o Autuado um contribuinte cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG sob o CNAE-F nº 47-54.-7-01, qual seja, comércio varejista de móveis, é razoável presumir que essas operações se refiram a vendas de mercadorias.

Por seu lado, a referida presunção não é absoluta e pode ser afastada por documentos e alegações do Autuado, conforme disposto no art. 136 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 136 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacompanhada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

(...)

No caso dos autos, o Impugnante não apresentou documentos que infirmassem a presunção da ocorrência das operações de circulação de mercadorias autuadas.

Destaque-se que, segundo o inciso X do RICMS/02, o contribuinte deve emitir e entregar ao destinatário o documento fiscal correspondente à operação realizada:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

(...)

E o momento da emissão da nota fiscal é aquele imediatamente subsequente ao momento da ocorrência do fato gerador o qual, como visto mais acima, se perfaz

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com a operação mercantil legalmente consumada, ou seja, no presente caso, com a celebração do contrato de compra e venda da mercadoria.

Vê-se que a legislação não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade de emissão da nota fiscal quando da venda de mercadorias, ainda que essa possa vir a ser desfeita.

Tanto a tradição real, quanto a tradição jurídica da mercadoria exigem a emissão do documento fiscal.

Repita-se que, para afastar a cobrança do imposto e a aplicação das penalidades cominadas no lançamento, cabe ao Autuado demonstrar de forma bastante e suficiente a não ocorrência do referido fato gerador.

No presente caso, uma vez rescindido o respectivo contrato de compra e sobretudo, não tendo ocorrido a circulação da mercadoria vendida, o Autuado deveria, após ter emitido a nota fiscal de venda da mercadoria, providenciar o seu cancelamento através do SIARE, ainda que extemporâneo, seguindo as orientações expostas na consulta abaixo:

CONSULTA de CONTRIBUINTE Nº 143/2013

PTA Nº: 16.000472626-36

CONSULENTE: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras

ORIGEM: Betim - MG

ICMS - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
NOTA FISCAL ELETRÔNICA (NF-e) -
CANCELAMENTO APÓS O PRAZO de 24 HORAS

A partir de 28/02/2013, o CANCELAMENTO de NF-e, após o prazo legal, deverá ser precedido de solicitação no SIARE e posterior transmissão por meio do Webservice de CANCELAMENTO do documento. O registro na Escrituração FISCAL Digital deverá ser efetuado conforme orientações contidas no Manual de Orientação do Leiaute da EFD, instituído pelo Ato COTEPE/ICMS nº 9/2008.

(...)

No entanto, no presente caso, os documentos juntados aos autos pelos Impugnantes apenas sugeriram o cancelamento, pelas administradoras de cartões, dos pagamentos dos preços estipulados nos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre o Autuado e os seus clientes.

Desta feita, o conjunto dos elementos citados induzem à a convicção de que o Autuado não emitiu notas fiscais para documentar as suas operações com mercadorias.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 30/12/2021 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 47.237, de 11/08/2017:

“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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

www.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:

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, instituições 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.

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) com os valores com declarados pela autuada através DASN - SIMEI (Declaração Anual do Simples Nacional do microempreendedor Individual) e/ou PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional-Declaratório) e/ou DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS), estando o cálculo demonstrado nos Anexos 8 a 11.

Frize-se que, dado a atividade administrativa do lançamento ser vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme art. 142, § único do CTN, corretamente agiu a Fiscalização ao constituir o crédito tributário tendo em vista a constatação de infração à legislação tributária.

Assim sendo, uma vez demonstrado que o Autuado não emitiu documento fiscal de venda ou prestação de serviço, em desacordo com as instruções expedidas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, conforme exigido pelo inciso I, do art. 26, da Lei Complementar nº 123/06, corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c art. 55, § 2º, inciso I do citado diploma legal.

O fato de a Autuada estar 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:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por meio de Termo de Exclusão, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Os sócios-administradores respondem 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:

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 art. 135, incisos II e III do CTN tem o mesmo alcance do § 2º descrito anteriormente, e é aplicável a empresas que estejam ou não em atividade.

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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 os sócios-administradores), que efetivamente são quem participa das deliberações e 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.

Induidoso, no caso, que os Coobrigados tinham 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 deles para o polo passivo da obrigação tributária.

Assim, correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária.

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 pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pelo Impugnante Alex Camillotto, sustentou oralmente o próprio e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Patrícia Pinheiro Martins. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 04 de abril de 2023.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente

CCMIG

P