

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.537/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001341193-88
Impugnação: 40.010148795-90
Impugnante: Anderson de Castro Amorim
IE: 116179410.00-70
Coobrigado: Anderson de Castro Amorim
CPF: 289.914.848-67
Proc. S. Passivo: Romeu Amadeu Portugal Júnior
Origem: DF/Varginha

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL – ELEIÇÃO ERRÔNEA. Em regra, o sócio 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. Contudo, constatado que, no caso dos autos, o empresário individual e a empresa possuem a mesma personalidade jurídica, sem distinção patrimonial. Inaplicável, portanto, a separação e inclusão no polo passivo da obrigação tributária, como coobrigado, do titular do estabelecimento.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - SIMPLES NACIONAL. Constatada a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativo à aquisição de mercadorias por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, situado em Minas Gerais, em desacordo com o previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS Antecipação e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de outubro de 2017 a fevereiro de 2019.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 42, § 14, do Regulamento do ICMS, estabelecido pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

Exige-se ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Registra-se, ademais, que foi arrolada na peça fiscal, na condição de Coobrigado, o titular da empresa individual, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional - CTN c/c arts. 966 e 967 ambos da Lei nº 10.406/02 – Código Civil de 2002 (CC/02) e art. 789 da Lei nº 13.105/15 – Código de Processo Civil de 2015- (CPC/15).

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 20/24, acompanhada dos documentos de fls. 25/141, com os argumentos infra elencados:

- entende que não é devedor do imposto, uma vez que se trata de estabelecimento industrial, conforme comprovantes de recolhimento junto à Receita Federal do Brasil – RFB, sob os CNAEs: 14.12.6-01 e 14.12.6-03;

- informa que não realiza vendas no varejo, e por consequência operações internas;

- aponta que as mercadorias autuadas foram adquiridas de estabelecimento industrial localizado no estado de São Paulo;

- sustenta que a alíquota aplicada deveria ser zero, haja vista que na operação de entrada incidiu a alíquota de 12% (doze por cento), nos termos do art. 52, Anexo II do Regulamento do ICMS, alterado pelo Decreto nº 62.560/17 ambos do estado de São Paulo;

- requer a anulação do crédito tributário.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 147/155, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de outubro de 2017 a fevereiro de 2019.

Exige-se, por consequência, o ICMS devido e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 42, § 14, do Regulamento do ICMS, estabelecido pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

A Fiscalização realizou cruzamento de dados e, tendo em vista os indícios de não recolhimento, pelo Autuado, da antecipação de ICMS, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000030349-31, anexado às fls. 06, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/10/17 a 28/02/19.

O Contribuinte foi intimado a apresentar, além de outros documentos, os comprovantes dos recolhimentos efetuados referentes às notas fiscais, relacionadas na planilha anexa, (fls. 09/10)

Ao confrontar as informações obtidas por meio do cruzamento de dados com os pagamentos efetuados pelo Contribuinte, a Fiscalização apurou a falta de recolhimento da antecipação de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período autuado.

A exigência da antecipação do imposto fundamenta-se no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, e § 5º, da Lei Complementar nº 123/06, a seguir reproduzido:

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:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Em correspondência, as obrigações tributárias das microempresas e empresas de pequeno porte estão previstas no art. 5º, inciso XII, alínea “g”, da Resolução CGSN nº 140/18.

O objetivo dessa cobrança é equiparar a carga tributária incidente nas operações internas e interestaduais. Ou seja, o intuito, sob o ponto de vista tributário, é equalizar a tributação relativa à aquisição interestadual, que normalmente é feita com a incidência de alíquotas menores, com a tributação incidente nas operações internas, normalmente efetuadas mediante aplicação de alíquotas superiores às interestaduais.

Em outras palavras, não fosse a exigência do imposto equivalente à diferença entre as alíquotas, haveria vantagem indevida para as empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional que adquirem mercadorias de outros estados em relação àquelas que realizam suas compras internamente.

Isso porque o ICMS que incide sobre a operação interestadual, sob as alíquotas de 12% (doze por cento), 7% (sete por cento) ou 4% (quatro por cento), esta última para os casos de produtos importados, é menor do que aquele incidente no âmbito interno do estado, em regra, afeto à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Nesse cenário, favorecido ainda pelo fato das empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional não aproveitarem créditos, essas empresas passariam a adquirir a totalidade das mercadorias revendidas internamente de outras unidades da Federação, pois teriam menor custo.

Em sintonia com a legislação complementar, o estado de Minas Gerais estabeleceu a cobrança do “ICMS/Antecipação” às empresas optantes pelo regime diferenciado do Simples Nacional, no art. 6º, § 5º, alínea “f”, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

§ 5º O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de:

(...)

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

Efeitos de 28/12/2007 a 28/12/2017 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 20, ambos da Lei nº 17.247, de 27/12/2007:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a comercialização ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna."

Normatizando a previsão legal mineira do imposto, o RICMS/02 regulamenta a matéria nos termos dos arts. 42, § 14, e 43, §§ 8º e 9º, *in verbis*:

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir em operação interestadual mercadoria para industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, comercialização ou utilização na prestação de serviço, fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste regulamento.

Efeitos de 17/08/2017 a 21/05/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.241, de 16/08/2017:

"§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que adquirir em operação interestadual mercadoria para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço, fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do § 8º e no § 9º do art. 43 deste Regulamento."

(...)

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:

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

§ 9º Nas hipóteses do § 8º, caso as operações ou prestações interestaduais ou internas estejam alcançadas por isenção ou redução da base de cálculo, para o cálculo do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual devido a este Estado, será observado o seguinte:

I - caso a operação ou prestação interestadual esteja alcançada por isenção ou redução da base de cálculo na unidade da Federação de origem, concedida nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 7 de janeiro de 1975, o imposto devido será calculado na forma do inciso I do § 8º, em se tratando de operação destinada a contribuinte do imposto, ou do inciso II do mesmo parágrafo, em se tratando de operação ou prestação destinada a não contribuinte do imposto;

(...)

Sendo assim, resta clara a determinação para que os contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional recolham, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devida na entrada de mercadoria destinada à industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço em prestação oriunda de outra unidade da Federação.

Saliente-se que tal regra existe desde o início do regime do Simples Nacional e já foi referendada pelo Poder Judiciário, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que assim se manifestou:

STJ – RESP 1193911/MG

RELATOR MINISTRO HERMAM BENJAMIN – SEGUNDA TURMA

DATA JULGAMENTO: 04/11/2010

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. ALÍQUOTA INTERESTADUAL. ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002. EXIGIBILIDADE.

1. A CONTRIBUINTE É EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL QUE ADQUIRE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. INSURGE-SE CONTRA A EXIGÊNCIA, POR LEI DE SEU ESTADO, DO DIFERENCIAL ENTRE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL (MENOR) E A INTERNA (MAIOR).

2. APESAR DE RECONHECER QUE O ART. 13, § 1º, XIII, “G”, DA LC 123/2002 DETERMINA O RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, A CORTE ESTADUAL ENTENDEU QUE A LEGISLAÇÃO LOCAL DEVERIA, NECESSARIAMENTE, PREVER A COMPENSAÇÃO POSTERIOR, O QUE NÃO HOUE. POR CONTA DA OMISSÃO DA LEI ESTADUAL EM REGULAR A MATÉRIA, A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL SERIA INVÁLIDA.

3. INEXISTE DEBATE A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO LOCAL. É INCONTROVERSO QUE A LEI MINEIRA EXIGE O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NA ENTRADA DA MERCADORIA EM SEU TERRITÓRIO E NÃO PERMITE COMPENSAÇÃO COM O TRIBUTOS POSTERIORMENTE DEVIDO PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL.

4. TAMPOUCO HÁ DISSÍDIO QUANTO À INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE ADMITE A SISTEMÁTICA SIMPLIFICADA E PREVÊ, COMO REGRA, O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

5. A DEMANDA RECURSAL REFERE-SE EXCLUSIVAMENTE À ANÁLISE DO ART. 13, § 1º, XIII, “G”, DA LC 123/2002, PARA AFERIR SE A EXIGÊNCIA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA É AUTO-APLICÁVEL.

6. O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA APENAS GARANTE AO ESTADO DE DESTINO A PARCELA QUE LHE CABE NA PARTILHA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CASO NÃO HOUVESSE COBRANÇA DO DIFERENCIAL, OCORRERIA GRAVE DISTORÇÃO NA SISTEMÁTICA NACIONAL DESSE IMPOSTO. ISSO PORQUE A AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA SERIA SUBSTANCIALMENTE MENOS ONEROSA DO QUE A COMPRA NO PRÓPRIO ESTADO, SUJEITA À ALÍQUOTA INTERNA “CHEIA”.

7. SOBRE UM INSUMO, POR EX., DO RIO DE JANEIRO DESTINADO A MINAS GERAIS, INCIDE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 12%. SE O MESMO INSUMO FOR ADQUIRIDO NO PRÓPRIO ESTADO, A ALÍQUOTA INTERNA É DE 18%.

8. A COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NÃO ONERA A OPERAÇÃO POSTERIOR, PROMOVIDA PELA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, APENAS EQUALIZA A ANTERIOR, REALIZADA PELO FORNECEDOR, DE MODO QUE O DIFERENCIAL DE 6%, NESSE EXEMPLO (= 18 – 12), SEJA RECOLHIDO AOS COFRES DE MINAS GERAIS, MINORANDO OS EFEITOS DA CHAMADA “GUERRA FISCAL”.

9. ISSO NÃO VIOLA A SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL, NÃO APENAS PORQUE A COBRANÇA DO DIFERENCIAL É PREVISTA EXPRESSAMENTE PELO ART. 13, § 1º, XIII, “G”, DA LC 123/2002,

MAS TAMBÉM PORQUE A IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO COM AS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES É VEDADA EM QUALQUER HIPÓTESE, E NÃO APENAS NO CASO DO DIFERENCIAL.

10. DE FATO, A LEGISLAÇÃO MINEIRA NÃO PREVÊ A COMPENSAÇÃO DO ICMS RECOLHIDO NA ENTRADA (DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA), O QUE É INCONTROVERSO, PELA SIMPLES RAZÃO DE QUE ISSO É EXPRESSAMENTE OBSTADO PELO ART. 23, CAPUT, DA LC 123/2002.

11. AO NEGAR EFICÁCIA AO DISPOSTO NO ART. 13, § 1º, XIII, "G", DA LC 123/2002, O TJ-MG VIOLOU A LEI FEDERAL, DESCARACTERIZANDO O PRÓPRIO SIMPLES NACIONAL, O QUE IMPÕE A REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

12. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

E, seguindo o mesmo entendimento, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em demanda recente:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SIMPLES NACIONAL - ICMS - OPERAÇÕES COM BENS OU MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES EM OUTROS ESTADOS

1. A LEI COMPLEMENTAR 123/2006, AO TRATAR SOBRE O SIMPLES NACIONAL, DEFINIU QUE ESSE REGIME TRIBUTÁRIO ABRANGE O RECOLHIMENTO DO ICMS MEDIANTE DOCUMENTO ÚNICO DE ARRECADAÇÃO.

2. OCORRE QUE A PRÓPRIA LEI EXCEPCIONA ESSA MODALIDADE DE RECOLHIMENTO NAS HIPÓTESES EM QUE O ICMS É DEVIDO NAS OPERAÇÕES COM BENS OU MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NAS AQUISIÇÕES EM OUTROS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL.

3. DESSA FORMA, NÃO EXISTE ILEGALIDADE NA HIPÓTESE REGULAMENTADA PELO ART. 1º DO DECRETO ESTADUAL 44.650/2007, QUE ENCONTRA PREVISÃO EXPRESSA NA PRÓPRIA LEI COMPLEMENTAR 123/2006.

4. A QUESTÃO FOI ANALISADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE ASSENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO EXISTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, NEM TAMPOUCO DA NÃO CUMULATIVIDADE (RMS 29.568/AM) (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0287.17.006491-2/001, RELATOR(A): DES.(A) CARLOS ROBERTO DE FARIA , 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/11/2018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 14/12/2018).

O Autuado sustenta que não deve qualquer valor a título de antecipação do ICMS, pois se trata de estabelecimento industrial, conforme comprovado pelos CNAEs nas atividades 14.12-6.01 e 14.12-6-03. Contudo, a cobrança do tributo não é afastada pelo fato de se tratar de estabelecimento industrial, sendo tal previsão expressa na redação da Lei Complementar (LC) nº 123/06.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De fato, a cobrança em exame está prevista no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, da Lei Complementar nº 123/06 cujo objetivo, como já visto, é equiparar a carga tributária incidente nas operações internas e interestaduais, sob pena de quebra do princípio da isonomia, o que é vedado pela Constituição.

Portanto, sempre que empresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional adquirir, em operação interestadual, mercadoria destinada à industrialização ou comercialização, deverá fazer o recolhimento do “ICMS/Antecipação” no caso em que a alíquota interna com os produtos adquiridos for superior à alíquota aplicada na respectiva operação interestadual.

O Impugnante alega, ainda, que não realiza vendas internas de mercadorias no estado de Minas Gerais, anexando notas fiscais de vendas para os estados do Rio Grande do Sul e Mato Grosso. Contudo, colaciona aos autos, às fls. 116/130, notas de saída de períodos estranhos aos autos, e para aquelas relativas ao período dos autos, quando confrontadas com as declarações do regime de tributação do Simples Nacional anexas à peça de defesa, constata-se que os valores informados nessas declarações são superiores às notas de saída para outros estados, reforçando que houve vendas para o mercado interno.

Cumprindo ainda registrar, que não obstante a incoerência das retrocitadas vendas, tal argumentação não seria apta a afastar o recolhimento do tributo devido, sendo a legislação clara quanto ao recolhimento da antecipação, independentemente da destinação do produto industrializado.

O Impugnante contesta os percentuais das alíquotas aplicadas, pela Fiscalização, incidentes nas operações interestaduais e internas. Entende que a alíquota a ser aplicada no caso concreto seria zero, tendo em vista que a operação de entrada seria 12% (doze por cento).

Relata que nas operações interestaduais, nos termos do art. 42, inciso II do RICMS/02, a alíquota seria de 7% (sete por cento) se o estado de destino for o Espírito Santo (ES) ou 12% (doze por cento) para os demais estados da região sudeste, desde que o conteúdo da importação do produto seja igual ou inferior a 40% (quarenta por cento). Caso contrário, seria de 4% (quatro por cento) independente do estado de destino.

A Defesa, informa que o fornecedor BL Paula Têxtil Ltda, situado em São Paulo, efetuou o destaque de ICMS no importe de 4% (quatro por cento), sob o fundamento de que a alíquota correta deveria ser de 12% (doze por cento) para o setor têxtil, portanto, o Impugnante possuiria crédito e não débito.

Pontua, também, a Defesa, que nas operações estaduais efetuadas por empresas de São Paulo, a alíquota seria de 18% (dezoito por cento), portanto, tanto com redução ou não, o Impugnante teria crédito ou, no mínimo, nada a recolher com alíquota zero, não havendo que se falar em recolhimento da diferença de alíquota.

Todavia razão não lhe assiste, como adiante se verá.

Verifica-se, conforme notas fiscais anexadas às fls. 32/55 dos autos, que o destaque e recolhimento do tributo nas operações de aquisição de mercadorias se deu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre a alíquota de 4% (quatro por cento), ensejando, assim, a diferença de recolhimento da antecipação apontada na planilha anexada ao Auto de Infração.

Quanto à alegação de já promover o recolhimento em guia única, por ser optante pelo SIMPLES, tal obrigação não afasta a necessidade de se recolher a diferença de alíquota na entrada de mercadorias de outro estado para a alíquota interna da operação referente àquela mercadoria. Nesse sentido, cita-se ainda o art. 6, § 5º, alínea “f”, Lei nº 6.763/75, retrotranscrito.

Diante disso, não obstante, o entendimento da Autuada não possui amparo legal. Pelo contrário, os §§ 1º e 5º do art. 13 da Lei Complementar nº 123/06 dispõem que a exigência do “ICMS/Antecipação” observará a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, não optantes pelo Simples Nacional.

Correta, portanto, a exigência do ICMS/Antecipação e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, transcrito a seguir, pelo descumprimento da obrigação principal:

Lei nº 6.763/75

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.

(Grifou-se)

Ademais, como visto, a autuação arrolou Anderson de Castro Amorim, pessoa física, como Coobrigado, uma vez configurado o não recolhimento da antecipação do imposto.

É consabido que a legislação vigente permite a inclusão dos sócios no polo passivo, contudo, para tanto, deve-se cumprir os seus requisitos, quais sejam:

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 - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Pelo teor da legislação vigente, a responsabilidade solidária dos sócios apenas se dá quando restar comprovado que eles tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ocorre que o sujeito passivo autuado – Anderson de Castro Amorim ME – constituído sob regime de microempresa, possui natureza jurídica de firma mercantil individual, conforme documentos acostados às fls. 25/29 dos autos.

Em se tratando de firma individual, inexistente distinção patrimonial entre a pessoa jurídica constituída e a pessoa natural do empresário individual, sendo inaplicável ao caso, portanto, a corresponsabilização na forma do art. 135 do CTN.

No caso o empresário individual e a empresa possuem a mesma personalidade jurídica, sem distinção patrimonial.

Inobstante a desnecessidade de corresponsabilização da pessoa física do empresário individual, a fundamentação do lançamento se fez, ainda, com lastro no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75 que dispõe:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

Veja-se que a redação do referido artigo não apresenta fundamento baseado na prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, mas apenas na mera constatação de atos ou omissões que concorram para o não recolhimento do tributo.

No caso em tela, portanto, ainda que citada a fundamentação legal do art. 135 do CTN, não há nos autos qualquer comprovação de que o sócio arrolado tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto.

Constata-se, apenas, que os tributos exigidos não foram recolhidos, portanto, trata-se de responsabilidade imputada em razão do mero inadimplemento, o que, conforme entendimento pacífico da jurisprudência, não constitui hipótese de atribuição da responsabilidade ao sócio.

Nesse sentido, é importante destacar que o próprio Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula nº 430, afastando a responsabilização em casos tais como o caso em tela:

O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PELA SOCIEDADE NÃO GERA, POR SI SÓ, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-GERENTE.

Destaque-se que o referido entendimento tem sido estendido mesmo nas hipóteses de constituição de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme o recente precedente que segue:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO. LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ART. 135 DO CTN. MERO INADIMPLEMENTO. INSUFICIÊNCIA. POSIÇÃO

CONSOLIDADA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO REPETITIVO N. 1.101.728/SP. SÚMULA N. 430/STJ. PRECEDENTES ESPECÍFICOS.

(...)

VI - NÃO BASTA, PORTANTO, O SIMPLES INADIMPLEMENTO DO TRIBUTO, COM A FALTA DE SEU RECOLHIMENTO A FIM DE QUE SE REDIRECIONE O FEITO EXECUTIVO, MAS TAMBÉM IMPRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES, QUE PODERÃO SER APURADAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL.

VII - NESTE MOMENTO, A PERGUNTA QUE SE PROVOCA PARA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA É: QUAIS IRREGULARIDADES SERIAM APTAS A PERMITIR A RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS? INDUBITAVELMENTE, A APLICAÇÃO DO ART. 135 DO CTN É MEDIDA QUE SE IMPÕE. DEVERÁ FICAR CLARO QUE AS IRREGULARIDADES CONSISTIRAM NA PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODER OU QUEBRA DAS NORMAS LEGAIS, CONTRATUAIS OU ESTATUTÁRIAS.

VIII - DEIXAR DE APLICAR OS REQUISITOS INSERIDOS NO ART. 135 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE É DETURPAR A INTENSÃO MÁXIMA DO NORMATIVO COMPLEMENTAR N. 123/2006. AFASTAR SUA APLICAÇÃO É VIOLAR, DE FORMA INDIRETA, O OBJETIVO INSCULPIDO NOS ARTS. 146, III, D, E 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, QUAL SEJA, FOMENTAR E FAVORECER AS EMPRESAS INSERIDAS NESTE CONTEXTO. (GRIFOS NOSSOS)

IX - PORTANTO, A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS ELEMENTOS NORMATIVOS INSCULPIDOS NO ART. 135 DO CODEX TRIBUTÁRIO É MEDIDA INFASTÁVEL PARA QUE SE CONJETURE O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL, AINDA QUE SE TRATE DE MICROEMPRESA. NESSE MESMO SENTIDO: AGRG NO ARESP N. 396.258/RS, REL. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/8/2015, DJE 4/9/2015; AGRG NO ARESP N. 504.349/RS, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 3/6/2014, DJE 13/6/2014; RESP N. 1.216.098/SC, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 24/5/2011, DJE 31/5/2011; AGRG NO RESP N. 1.122.807/PR, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 13/4/2010, DJE 23/4/2010.

X - DA LEITURA DO ARESTO VERGASTADO, VERIFICA-SE QUE O TRIBUNAL A QUO ENTENDEU QUE NÃO HOUE A COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE NENHUM DOS ATOS CONSTANTES DO ART. 135 DO CTN, CONFORME SE EXTRAÍ DO TRECHO DO VOTO CONDUTOR (FLS. 65/66, E-STJ): "OCORRE QUE, IN CASU, O AGRAVANTE NÃO DEMONSTROU O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS AO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO POR ELE DEDUZIDO. COM EFEITO, PARA A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VIABILIDADE DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA DEVEDORA DEVERIAM SER COMPROVADOS OS PRESSUPOSTOS PREVISTOS NO ART. 135, INCISO III, DO CTN, CONSUBSTANCIADOS NO EXERCÍCIO ABUSIVO DA GERÊNCIA, INFRAÇÃO À LEI OU AO CONTRATO SOCIAL.

SENDO CERTO, ADEMAIS, QUE, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 430 DO STJ, 'O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PELA SOCIEDADE NÃO GERA, POR SI SÓ, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-GERENTE'. LOGO, ANTE A FALTA DA COMPROVAÇÃO DE ATUAÇÃO IRREGULAR E DA PRÁTICA DE ATOS GERENCIAIS DOS SÓCIOS PARA CUJOS NOMES O REDIRECIONAMENTO FORA REQUERIDO, NÃO EXISTE NENHUMA MÁCULA NA DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU TAL REQUERIMENTO."

XI - ASSIM, INFERE-SE DO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE A RECORRENTE NÃO LOGROU ÊXITO EM DEMONSTRAR IRREGULARIDADES HÁBEIS A DIRECIONAR A EXECUÇÃO AOS SÓCIOS, E PARA REVER TAL FUNDAMENTAÇÃO É NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O QUE, EM FACE DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ, NÃO É POSSÍVEL EM RECURSO ESPECIAL.

XII - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(AGINT NO RESP 1601373/DF, REL. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 11/04/2019, DJE 03/05/2019)

Por todo o exposto, o lançamento deve ser julgado parcialmente procedente, para excluir o Coobrigado arrolado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o Coobrigado do polo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 25 de agosto de 2020.

Nayara Atayde Gonçalves Machado
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente