

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.209/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002240018-74
Impugnação: 40.010153649-09, 40.010153650-85 (Coob.)
Impugnante: Nova Europamotors Comércio de Veículos Ltda
CNPJ: 13.091545/0005-26
Theobaldo de Nigris Neto (Coob.)
CPF: 089.212.438-52
Coobrigado: Leo de Nigris
CPF: 089.212.448-24
Proc. S. Passivo: Luís Carlos Gomes da Silva/Outro(s)
Origem: DF/Extrema

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão dos sócios do polo passivo, pois o simples inadimplemento tributário não enseja a responsabilidade do sócio de empresa constituída sob a forma de responsabilidade limitada.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Comprovado nos autos que se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional relativo ao período de janeiro a outubro de 2016. Cancelam-se as exigências fiscais relativas ao período decaído.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual (DIFAL), incidente em operações destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto estabelecidos no estado de Minas Gerais. Infração caracterizada nos termos do art. 5º, § 1º, item 11, da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e das Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos II, alínea “c” e XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Decadência parcialmente reconhecida. Decisão por maioria de votos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/DIFAL devido em operações interestaduais destinadas a consumidores finais, não contribuintes do imposto, estabelecidos no estado de Minas Gerais, correspondente ao período de 01/01/16 a 31/12/16. As irregularidades foram apuradas mediante ação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal, cujo início dos trabalhos foi devidamente comunicado à empresa autuada por meio de correspondência física.

A Fiscalização fundamenta a cobrança em consonância com o que dispõe o art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, alínea “b”, da Constituição da República, c/c art. 5º, § 1º, itens 1 e 11, da Lei nº 6.763/75.

Em atendimento ao Auto de Início de Ação Fiscal, a empresa autuada apresentou esclarecimentos sem, contudo, apresentar os comprovantes de recolhimento do ICMS/DIFAL requeridos pela Fiscalização.

Exige-se, portanto, o ICMS/DIFAL, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, bem como as Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos VII, alínea “c” e XXXVII, da citada lei, por destaque a menor e por falta de destaque da base de cálculo, respectivamente.

Os sócios-administradores foram incluídos como coobrigados no polo passivo da autuação fiscal, em razão de prática de ato com infração à lei, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 6.763/75.

Inconformada, a empresa autuada apresenta, tempestivamente, e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/67, sustentando:

- a aplicação do resultado do julgamento do RE 1.287.019, em sede de repercussão geral, proferido pelo Supremo Tribunal Federal que consignou o entendimento de que “a cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais”, em reconhecimento à segurança jurídica e isonomia em relação a situações semelhantes, evitando-se a judicialização de demandas;

- a inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 93/15, instituído pelo CONFAZ;

- o questionamento da ocorrência da decadência em relação aos débitos tributários, correspondentes ao período de 01/01/16 a 31/12/16;

- a ilegitimidade da inclusão dos sócios no polo passivo da sujeição tributária, haja vista que de acordo com as disposições contidas no art. 135, inciso III, do CTN, a responsabilidade dos sócios pressupõe culpa pelo excesso de poderes ou pela infração legal, contratual ou estatutária, o que não restou demonstrado no Auto de Infração;

- o questionamento da legalidade e do cabimento para incidência das multas fixadas pela Fiscalização, sobretudo, a multa por descumprimento de obrigação acessória;

- o requerimento da produção de prova pericial, apresentando quesitos às fls. 57/58 e 60/63, bem como a conversão do julgamento em diligência, a fim de que a Fiscalização verifique e constate que as operações e procedimentos administrativos realizados pela empresa autuada estão de acordo com a legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em resposta, a Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal às fls. 108/123, contrapondo-se aos argumentos suscitados pela empresa autuada, argumentando que:

- o trabalho fiscal teve como resultado a constatação que a Impugnante deixou de recolher o imposto destacado, bem como indicou destaque a menor e/ou não destacou o ICMS/DIFAL devido ao erário mineiro, no período de 01/01/16 a 31/12/16;

- o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RE 1.287.019/DF, com repercussão geral reconhecida, fixando a tese de que “*A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela EC/87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais*”. Todavia, o STF modulou os efeitos de sua decisão, a fim de produzir eficácia somente a partir do exercício financeiro seguinte, ou seja, o ano de 2022, ressalvadas as ações judiciais em curso até aquela data. Portanto, no caso em tela, não tendo sido manejado instrumento processual que garantisse a não aplicação da modulação dos efeitos da decisão à empresa autuada, deve ser mantido o lançamento tributário;

- o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações, apresentando memória de cálculos e planilhas;

- a conversão do julgamento em diligência, bem como o pedido de perícia formulado pela Impugnante, são desnecessários e que a perícia, em se tratando de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento, o que não se verifica no presente caso;

- quanto à inclusão dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, esta decorre da prática de atos com infração à lei, qual seja o não recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS/DIFAL nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, §2º, inciso II da Lei nº 6.763/75;

- quanto à decadência arguida pela Impugnante, aplica-se o art. 173, inciso I, do CTN, iniciando-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

- a aplicação das multas é correta, uma vez que a multa de revalidação possui caráter repressivo e punitivo à prática de sonegação, além de preventivo por desestimular o comportamento do contribuinte em não fazer o pagamento espontâneo do imposto. A Multa Isolada, capitulada na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, decorre do não cumprimento pela Impugnante de obrigação tributária acessória ou formal.

Nesses termos, conclui a Fiscalização requerendo que seja reconhecida a procedência do lançamento tributário.

DECISÃO

Da Preliminar

Preliminarmente, requer a Impugnante a conversão do julgamento em diligência para que a Fiscalização verifique e constate que as operações e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

procedimentos administrativos realizados pela empresa autuada estão de acordo com a legislação.

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, apresenta os quesitos de fls. 60/64, objetivando que a prova pericial constatasse se não houve ou não o recolhimento do ICMS/DIFAL, se os períodos dos anos-base de 2011 a 2016 foram considerados na formação do lançamento, se na lavratura do Auto de Infração foi levado em consideração o resultado do julgamento do Tema nº 1.093 pelo STF, bem como outras informações complementares.

Segundo a doutrina, “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. Neste sentido, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.ª APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Decreto nº 44.747/08

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

No mesmo sentido, desnecessária a conversão do julgamento em diligência, conforme pretendido pela Impugnante.

Ademais, ainda em sede preliminar, a empresa pleiteia a anulação de ofício do Auto de Infração em razão de, em sua concepção, não ter a Fiscalização observado o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Tema nº 1.093 pelo STF.

Todavia, por se tratar de questão de mérito, será analisada no título seguinte.

Do Mérito

A autuação versa sobre a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/DIFAL devido em operações interestaduais destinadas a consumidores finais, não contribuintes do imposto, estabelecidos no estado de Minas Gerais, correspondente ao período de 01/01/16 a 31/12/16. As irregularidades foram apuradas mediante ação fiscal, cujo início dos trabalhos foi devidamente comunicado à empresa autuada por meio de correspondência física.

Exige-se, portanto, o ICMS/DIFAL, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, bem como as Multas Isoladas previstas no art. 55, incisos VII, alínea “c” e XXXVII, da citada lei, por destaque a menor e por falta de destaque da base de cálculo, respectivamente.

Os sócios-administradores foram incluídos como coobrigados no polo passivo da autuação fiscal, em razão de prática de ato com infração à lei, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei 6.763/75.

A Impugnante, *a priori*, pleiteia que seja considerado decaído o direito da Fiscalização de lançar o crédito tributário, nos termos do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

CTN

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Nesse sentido, tendo em vista que a empresa contribuinte foi intimada do Auto de Infração em novembro de 2021, vislumbram-se transcorridos mais de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência dos fatos geradores ocorridos entre os meses de janeiro e outubro de 2016.

Lado outro, quanto às exigências correspondentes ao período de novembro e dezembro de 2016, razão assiste à Fiscalização.

Quanto ao mérito propriamente dito, a matéria decorre do comando constitucional expresso nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal/88, com as inovações veiculadas pela Emenda Constitucional nº 87/15.

Com efeito, esse dispositivo constitucional prevê que caberá ao estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, inclusive nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, não contribuinte do imposto.

Confira-se:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

a) (revogada);

b) (revogada);

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Diante disso, os estados e o Distrito Federal editaram o Convênio ICMS nº 93/15, posteriormente alterado pelo Convênio ICMS nº 152/15, no sentido de uniformizar os procedimentos a serem observados nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS.

Nesse ponto, importante destacar que não se insere na competência atribuída a este Conselho o controle de constitucionalidade ou legalidade de dispositivos normativos, conforme disposto no art. 110 do RPTA. Nesse sentido, impossível reconhecer a inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 93/15 por esta via.

No âmbito da legislação tributária do estado de Minas Gerais, a referida Emenda Constitucional implicou alterações na Lei nº 6.763/75, consoante o disposto no art. 5º, § 1º, item 11, a seguir transcrito:

Lei nº 6.763/75

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre:

(...)

11) a operação interestadual que destine mercadoria ou bem a consumidor final não contribuinte do imposto, localizado neste Estado, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para a mercadoria neste Estado e a alíquota interestadual;

(...)

Art. 13 A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º- C - Nas hipóteses dos itens 11 e 12 do § 1º do art. 5º, a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou prestação, obtida por meio da inclusão do valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria ou serviço.

(...)

Como não poderia deixar de ser, o Regulamento do ICMS (RICMS/02), em seus arts. 1º, inciso XII, e 43, § 8º, inciso II, cuidou de adensar tais comandos legais, fazendo-o nos seguintes termos:

RICMS/02

Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

(...)

XII - a operação interestadual que destine mercadoria ou bem a consumidor final não contribuinte do imposto, localizado neste Estado, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a mercadoria neste Estado e a alíquota interestadual;

(...)

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:

(...)

II - nas hipóteses dos incisos XII e XIII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento, ao valor da operação ou prestação será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria ou serviço;

b) sobre o valor obtido na forma da alínea "a", será aplicada a alíquota interestadual;

c) sobre o valor obtido na forma da alínea "a", será aplicada a alíquota interna estabelecida para a operação ou prestação a consumidor final neste Estado;

d) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre os valores obtidos na forma das alíneas "c" e "b".

(...)

Quanto à responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquota na hipótese ora em análise, a Lei nº 6.763/75, em seu art. 14, § 3º, inciso II, bem como o RICMS/02 (art. 55, § 6º), assim dispõem:

Lei nº 6.763/75

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

(...)

§ 3º Nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado neste Estado, relativamente ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, são contribuintes do imposto:

(...)

II - em se tratando de operação ou prestação de serviço destinada a não contribuinte do imposto, o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador do serviço.

RICMS/02

Art. 55. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço descrita como fato gerador do imposto.

(...)

§ 6º Nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado neste Estado, relativamente ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, são contribuintes do imposto:

I - em se tratando de operação destinada a contribuinte do imposto situado neste Estado, o destinatário da mercadoria ou bem, inclusive a pessoa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - em se tratando de prestação de serviço destinada a contribuinte do imposto situado neste Estado, o destinatário do serviço, exceto a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pessoa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

(...)

Efeitos de 1º/01/2016 a 16/06/2016 - Acrescido pelo art. 3º, e vigência estabelecida pelo art. 13, ambos do Dec. nº 46.930, de 30/12/2015:

I - em se tratando de operação ou prestação de serviço destinada a contribuinte do imposto situado neste Estado, o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, inclusive a pessoa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - em se tratando de operação ou prestação de serviço destinada a não contribuinte do imposto, o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador do serviço, inclusive a pessoa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte estabelecida em outra unidade da Federação."

III - em se tratando de operação ou prestação de serviço destinada a não contribuinte do imposto, o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador do serviço, exceto a pessoa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte estabelecida em outra unidade da Federação.

Consoante se depreende das normas supratranscritas, resulta evidente o intuito de promover a repartição da arrecadação tributária incidente nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS.

Assim, tal como sempre ocorreu nas transações interestaduais envolvendo contribuintes do imposto, aprovou ao legislador determinar também a repartição, entre os estados de origem e de destino, da receita tributária relativa às operações e prestações cujo destinatário/tomador caracterize-se como não contribuinte do ICMS.

Ademais, a Impugnante defende a tese da inexistência da norma complementar infraconstitucional capaz de delinear os balizadores para a exigência do tributo em comento. Nesse sentido, aduz que a EC nº 87/15 criou nova hipótese de incidência não contemplada pela Lei Complementar nº 87/96. Neste contexto, requer ainda a aplicação do resultado do julgamento do RE 1.287.019, em sede de repercussão geral, proferido pelo Supremo Tribunal Federal que consignou o entendimento de que *"a cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais"*, em reconhecimento à segurança jurídica e isonomia em relação a situações semelhantes, evitando-se a judicialização de demandas.

Tal entendimento, contudo, não merece prosperar.

De fato, segundo a Constituição da República, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária. No entanto, cabe ao estado membro legislar de forma plena sobre a matéria reservada à norma geral, enquanto a União não exercer sua competência (art. 24, inciso I, § 3º):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

(...)

Assim, não tendo a União exercido a sua competência para estabelecer normas gerais sobre ICMS, compete aos estados membros legislar sobre o referido imposto de forma plena.

Dessa forma, o estado de Minas Gerais, exercendo sua competência legislativa, introduziu a matéria tanto na Lei nº 6.763/75 quanto no RICMS/02, conforme legislação posta anteriormente.

A respeito, mencione-se decisão judicial sobre o tema que refuta a tese da Impugnante de que seria necessária a edição de uma lei complementar para instituir a cobrança do diferencial de alíquota:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ICMS. RECOLHIMENTO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. EC 87/15. LEI 5.546/15. REGULAÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. É LITIGANTE DE MÁ-FÉ AQUELE QUE RECORRE DE SENTENÇA QUE LHE FOI DESFAVORÁVEL, MAS DESISTE DO RECURSO ANTES DO JULGAMENTO, E DISTRIBUI NOVA PETIÇÃO A OUTRO JUÍZO, COM O MESMO OBJETO, PRETENDENDO OBTER PRONUNCIAMENTO JUDICIAL FAVORÁVEL. 2. O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA GARANTE AO ESTADO DE DESTINO A PARCELA QUE LHE CABE NA PARTILHA DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, EVITANDO, CASO NÃO EXISTISSE, A OCORRÊNCIA DE GRAVE DISTORÇÃO NA SISTEMÁTICA NACIONAL DESSE IMPOSTO. 3. A INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR NÃO INVIABILIZA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS, EM FACE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ A DISTRIBUIÇÃO DAS RECEITAS POR MEIO DO DIFAL. 4. RECURSO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. UNÂNIME.

(TJ DF 07038341720188070018 DF 0703834-17.2018.8.07.0018, RELATOR ROMEU GONZAGA NEIVA, DATA DE JULGAMENTO: 20/03/2019, 7ª TURMA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: PUBLICADO NO DJE: 25/09/2019. PÁG.: SEM PÁGINA CADASTRADA.) (GRIFOU-SE)

Não obstante as razões destacadas acima, como bem fundamentado pela Fiscalização, impossível aplicar ao caso em exame o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 1.287.019/DF, 24.209/22/3ª

uma vez que seus efeitos foram modulados, a fim de produzir eficácia somente a partir do exercício financeiro seguinte, ou seja, o ano de 2022, ressalvadas as ações judiciais em curso até aquela data. Portanto, no caso em tela, não tendo sido manejado instrumento processual que garantisse a não aplicação da modulação dos efeitos da decisão à empresa autuada, deve ser mantido o lançamento tributário.

Isso posto, nos termos do disposto no inciso II do § 3º do art. 14 da Lei nº 6.763/75 e no inciso III do § 6º do art. 55 do RICMS/02, anteriormente transcritos, incumbe à Impugnante o dever de recolher o ICMS/DIFAL devido a Minas Gerais correspondente ao período de novembro e dezembro de 2016.

Registre-se que o lançamento observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso II, do RICMS/02, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquota.

Ante o descumprimento da obrigação tributária, correta a exigência do ICMS correspondente, bem como da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

No que tange à argumentação trazida pelos sócios coobrigados quanto à incorreção de sua inclusão no polo passivo da presente sujeição tributária, lhe assiste razão, uma vez que não vislumbradas as hipóteses previstas no art. 135, inciso III, do CTN.

Nos termos da jurisprudência já consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o simples não recolhimento de determinado tributo não enseja a responsabilização de sócios de empresa constituída sob a forma de responsabilidade limitada.

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que aduz não haver amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

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.

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 -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)(GRIFOU-SE)

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, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Quanto à prejudicial de mérito, por maioria de votos, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de janeiro a outubro de 2016. Vencida, em parte, a Conselheira Cindy Andrade Moraes, que não a reconhecia. No mérito, por maioria de votos, quanto às exigências remanescentes, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir os sócios do polo passivo da obrigação tributária. Vencida, em parte, a Conselheira Cindy Andrade Moraes, que o julgava procedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2022.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente

M/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.209/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002240018-74
Impugnação: 40.010153649-09, 40.010153650-85 (Coob.)
Impugnante: Nova Europamotors Comércio de Veículos Ltda
CNPJ: 13.091545/0005-26
Theobaldo de Nigris Neto (Coob.)
CPF: 089.212.438-52
Coobrigado: Leo de Nigris
CPF: 089.212.448-24
Proc. S. Passivo: Luís Carlos Gomes da Silva/Outro(s)
Origem: DF/Extrema

Voto proferido pela Conselheira Cindy Andrade Moraes, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O cerne da discordância diz respeito às seguintes questões: à prejudicial de mérito, a qual foi reconhecida, na decisão vencedora, a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de janeiro a outubro de 2016 e, em relação ao mérito, quanto às exigências remanescentes, à exclusão dos sócios do polo passivo da obrigação tributária.

Em relação ao primeiro ponto, cumpre ressaltar que, conforme estabelece o art. 150, § 4º, do CTN, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário:

CTN

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I, do CTN, como se segue:

CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2016 somente expirou em 31/12/21, nos termos do citado dispositivo (inciso I do art. 173 do CTN), não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em data anterior.

No que diz respeito à responsabilidade dos sócios pelo crédito tributário em análise, a inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da autuação decorre em razão de prática de atos com infração à lei (efetuar o destaque do ICMS/DIFAL nas notas fiscais eletrônicas e não recolher o referido imposto ao Estado de Minas Gerais), nos termos art.135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. são solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, os sócios-administradores respondem solidariamente pelo crédito tributário em análise, pois são eles que desempenham funções administrativas e participam das deliberações da empresa, possuindo o poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada.

Assim, não reconheço a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário, em relação ao período de janeiro a outubro de 2016, e mantenho os sócios do polo passivo da obrigação tributária.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2022.

**Cindy Andrade Morais
Conselheira**

CCMIG