

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.168/22/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002250422-81
Impugnação: 40.010153852-05 (Coob.)
Impugnante: W Strauss Lopes (Coob.)
IE: 003712165.00-70
Autuado: Davi Comércio de Gás e Transportes Ltda
CNPJ: 11.343598/0001-38
Coobrigado: Wender Strauss Lopes
CPF: 135.380.866-13
Proc. S. Passivo: João Carlos Quirino
Origem: DF/Juiz de Fora - 2

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei nº 6.763/75, c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA-DESTINATÁRIO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição da destinatária das mercadorias para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 14, *caput* e art. 15, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75, por ser corresponsável pelo recolhimento do ICMS/ST, conforme disposto no art. 75 do Anexo XV do RICMS/02.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES/SIMILARES. Constatou-se a falta do recolhimento do ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, incidente sobre operações com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, cuja destinatária (Coobrigada) encontra-se localizada em Minas Gerais. Irregularidade caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento de ICMS/ST, incidente sobre operações com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, no período de setembro de 2020 a maio de 2021, relativo às Notas Fiscais Eletrônicas – NFes -, emitidas pelo contribuinte fluminense Davi Comércio de Gás e Transportes Ltda, e destinadas ao contribuinte mineiro W Strauss Lopes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O contribuinte mineiro foi inserido no polo passivo, nos termos do art. 14, *caput* e art. 15, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75, e art. 75, *c/c* o parágrafo único, do Anexo XV do RICMS/02.

O empresário Wender Strauss Lopes, também foi inserido no polo passivo da autuação nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 *c/c* os arts. 966 e 967 da Lei Federal nº 10.406/02 e art. 789 da Lei Federal nº 13.105/15.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II *c/c* o § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

Inconformados, os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 18/20, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 35/39.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre falta de recolhimento de ICMS/ST, incidente sobre operações com Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, no período de setembro de 2020 a maio de 2021, relativo às Notas Fiscais Eletrônicas – NFes -, emitidas pelo contribuinte fluminense Davi Comércio de Gás e Transportes Ltda, e destinadas ao contribuinte mineiro W Strauss Lopes.

O contribuinte mineiro foi inserido no polo passivo, nos termos do art. 14, *caput* e art. 15, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75, e art. 75, *c/c* parágrafo único, do Anexo XV do RICMS/02.

O empresário Wender Strauss Lopes, também foi inserido no polo passivo da autuação nos termos do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75 *c/c* arts. 966 e 967 da Lei Federal nº 10.406/02 e art. 789 da Lei Federal nº 13.105/15.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II *c/c* o § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

Discordando da autuação, os Coobrigados apresentam Impugnação, alegando em síntese:

- que o sujeito passivo originário é o contribuinte Davi Comércio de Gás e Transportes Ltda e que, desta forma é ele o responsável pelo recolhimento do ICMS/ST, conforme determina o art. 74 do Anexo XV do RICMS/02;

- destaca as cláusulas oitava e décima quarta do Convênio ICMS nº 142/18 para concluir que não tem corresponsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST cuja responsabilidade é exclusiva do remetente;

- cita também o art. 13, inciso XII, alínea ‘a’ e ‘c’ da Lei Complementar nº 123/06, para expressar o entendimento de que o ICMS é devido na entrada do Estado de produtos derivados de petróleo e que o remetente, Davi Comércio de Gás e Transportes Ltda é optante pelo regime do Simples Nacional e já recolhe o ICMS quando da aquisição do produto.

Requer a improcedência do lançamento.

Entretanto, razão não lhes assiste.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nestas operações, ao contrário do que defende os Impugnantes, o imposto caberá integralmente ao Estado onde ocorrer o consumo, na forma do disposto na Constituição Federal/88.

É fato incontestável que o GLP é produto sujeito ao regime de substituição tributária, tal como previsto na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 110/07 e no art. 73 do Anexo XV do RICMS/02. Veja-se:

CONVÊNIO ICMS nº 110, DE 28 DE SETEMBRO DE 2007

Dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e com outros produtos.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 127ª reunião ordinária, realizada em Florianópolis, SC, no dia 28 de setembro de 2007, tendo em vista o disposto nos arts. 6º ao 10 da Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, e nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

CAPÍTULO I

DA RESPONSABILIDADE

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário:

(...)

VIII - gás de petróleo e outros hidrocarbonetos gasosos, 2711;

RICMS/02 - ANEXO XV

CAPÍTULO XIV

Das Operações Relativas a Combustíveis

SEÇÃO I

Da Responsabilidade

Art. 73. Os contribuintes abaixo relacionados são responsáveis, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS incidente nas saídas subsequentes de combustíveis, derivados ou não de petróleo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exceto coque verde de petróleo, destinados a este Estado:

I - o produtor nacional de combustíveis, situado nesta ou em outra unidade da Federação, em relação a:

(...)

c) gás liquefeito de petróleo e gás liquefeito derivado de gás natural;

(...)

III - o distribuidor situado em outra unidade da Federação, observado o disposto nos arts. 81 e 88-C desta Parte; (Grifou-se)

A legislação prevê, inicialmente, a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do imposto para o produtor nacional de combustíveis, ou seja, para as refinarias.

Ocorre que, nos termos do Convênio ICMS nº 110/07, o ICMS incidente sobre produto derivado de petróleo é devido ao estado onde ocorrer o consumo, conforme art. 155, inciso II, § 2º, inciso X, alínea b, da CF/88, *in verbis*:

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:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

No caso presente, a empresa Davi Comércio de Gás e Transportes Ltda ao emitir NFes para o contribuinte mineiro agiu como um distribuidor. Entretanto, conforme informado pela Fiscalização, não possuía inscrição estadual de substituto tributário em Minas Gerais e, portanto, não entregou nenhum anexo do Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis - SCANC.

Assim, não havia como a refinaria, contribuinte substituto originário, obter a informação de que parte daquele GLP remetido para esta empresa fluminense teve como destino o estado de Minas Gerais, ou seja, para consumo em Minas Gerais, e realizar o respectivo repasse do ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste caso, o ICMS/ST haveria de ser recolhido para Minas Gerais por meio de GNRE, o que não ocorreu, tornando as empresas remetente e destinatária sujeito passivo, nos termos dos arts. 74 e 75 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 74. O contribuinte situado em outra unidade da Federação que realizar operação interestadual com combustível é responsável pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, inclusive seus acréscimos legais, se o imposto devido a título de substituição tributária não tiver sido objeto de retenção e recolhimento, por qualquer motivo, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse.

Art. 75. O adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 73, § 2º, desta Parte é responsável pelo respectivo pagamento, ainda que desobrigado o remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Saliente-se que o estabelecimento mineiro destinatário está no polo passivo da obrigação tributária das mercadorias, haja vista que também a lei mineira (art. 22, § 18 da Lei nº 6.763/75) estabeleceu a responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS/ST para o referido estabelecimento.

Como bem destaca a Fiscalização, evidente a solidariedade passiva do destinatário mineiro quanto ao não recolhimento do ICMS/ST, bem como claro não haver ICMS incidente na operação própria por força de preceito constitucional (tributação no destino – Estado onde ocorrer o consumo), não havendo montante de ICMS operação própria a ser deduzido no cálculo do ICMS/ST.

Ressalte-se que, diante da sistemática envolvendo o ICMS incidente nas operações com GLP, em que é devido no Estado onde ocorrer o consumo, foi desenvolvido e implementado mecanismo de controle de restituição e repasses, para que todos os Estados possam receber sua parcela do imposto recolhido pelas refinarias.

Conforme já mencionado, se a distribuidora efetuar operações interestaduais, a refinaria deve ser informada por meio de demonstrativo “Anexo” - SCANC (estabelecido pela cláusula vigésima terceira do Convênio ICMS nº 110/07) entregue pela distribuidora, no qual constam as operações efetuadas para outra UF, e a partir dessa informação a refinaria repassa o ICMS/ST para o Estado onde será consumido o GLP.

Ocorre que, conforme já mencionado, a Autuada não possuía, à época dos fatos geradores, inscrição estadual de substituto tributário no estado de Minas Gerais,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

portanto, não entregou nenhum anexo do SCANC e, assim, não tem como a refinaria realizar o respectivo repasse a este estado do ICMS/ST que não foi recolhido por nenhum dos responsáveis.

Dessa forma, o imposto devido por substituição tributária nas operações com GLP, está sendo exigido dos Sujeitos Passivos, nos termos dos supracitados arts. 74 e 75 do anexo XV do RICMS/02.

No tocante à inclusão do titular da empresa individual no polo passivo, destaque-se que a condição de empresário individual tem previsão nos arts. 966 e 967 do Código Civil (CC), Lei nº 10.406/02, e, neste caso, não existe distinção de personalidade jurídica entre a pessoa física e a pessoa jurídica, veja-se:

Lei nº 10.406/02 - (CC)

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Para todos os efeitos legais, o empresário individual é pessoa física, embora inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ. Não há separação do patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. A responsabilidade patrimonial é ilimitada. Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA. PATRIMÔNIO. TOTALIDADE. NO REGIME JURÍDICO APLICADO AOS EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS (ARTS. 966 E SS. DO CÓDIGO CIVIL) NÃO HÁ SEPARAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO PESSOAL E PATRIMÔNIO DA EMPRESA, DE MODO QUE TODO O PATRIMÔNIO DO EMPRESÁRIO ESTÁ SUJEITO À PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL. (TRF/4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0013203-60.2012.404.0000 – 2ª TURMA DO TRF – DES. LUIZ CARLOS CERVI – JULGADO EM 19.02.2013) (DESTACOU-SE)

Saliente-se que o empresário individual tem conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que as vendas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal acarretam a supressão do tributo devido.

Pertinente trazer à baila o que estabelece o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN), que faz com que o titular da empresa individual, que efetivamente é quem administra os negócios da empresa, responda pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, conforme, também, o disposto no art. 21, inciso XII e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

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.

(...)

§ 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.

Quanto à alegação de não sujeição ao recolhimento do tributo em razão de opção pelo regime do Simples Nacional, há que se ressaltar que a Lei Complementar nº 123/06 prescreve que o recolhimento do ICMS pelo regime do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações com bens ou mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Veja-se a fundamentação prescrita no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “a” da Lei Complementar nº 123/06, a seguir reproduzida:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII - ICMS devido:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiado; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; (Grifou-se)

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

Correto, pois, o ICMS/ST devido a este Estado, apurado conforme estabelecido no RICMS/02, Anexo XV, art. 79, inciso I:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 79 - O valor do imposto a ser recolhido a este Estado, a título de substituição tributária, é:

I - nas operações com combustível derivado de petróleo, o resultante da aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição tributária;

Correta também a exigência da Multa de Revalidação exigida, de 100% (cem por cento) do valor no imposto cobrado, nos termos do art. 56, inciso II, § 2º, incisos I e II da 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.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 25 de maio de 2022.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Marcelo Nogueira de Moraes
Presidente

D

23.168/22/2ª