

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.927/16/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000273025-61  
Impugnação: 40.010138662-31  
Impugnante: Lacerda e Dias Produtos para Piscinas Ltda. - ME  
IE: 002025813.00-59  
Proc. S. Passivo: Valdir Leite Queiroz/Outro(s)  
Origem: DFT/Belo Horizonte

### **EMENTA**

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST.** Imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias constantes no Anexo XV do RICMS/02. Razões de defesa insuficientes para alterar o lançamento. Corretas as exigências de ICMS/ST e da respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

**ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO.** Imputação fiscal de falta de recolhimento antecipado da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias para comercialização por empresa inscrita no Simples Nacional. Corretas as exigências de ICMS devido e da Multa de Revalidação previstas no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

**SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR.** Restou configurado nos autos que a Impugnante praticou, reiteradamente, atos elencados na Lei Complementar n.º 123/06 como motivadores de sua exclusão do regime do Simples Nacional. O Fisco lavrou o Termo de Exclusão do Simples Nacional diante de tal constatação e, nos termos constantes do Auto de Infração ora analisado, intimou a Impugnante a apresentar sua defesa. Correto o procedimento fiscal devendo a Impugnante ser excluída do Simples Nacional por ter descumprido as regras que garantiriam sua manutenção neste regime diferenciado.

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

#### **Da Autuação**

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período compreendido entre 11 de setembro de 2012 e 31 de julho de 2014:

1) deixar de recolher o ICMS devido por substituição tributária em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização constantes dos itens 11.1, 14.7, 14.11, 14.34, 14.65, 14.67, 14.69, 18.1.3, 18.1.4, 18.1.7, 18.1.8,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

18.1.14, 18.1.16, 18.1.47, 18.1.62, 18.1.84, 23.1.12, 23.1.17, 23.1.35, 29.1.40, 44.1.2, 44.1.8, 44.1.18, 44.1.20 e 44.1.34 do Anexo XV do RICMS/2002, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e de fevereiro a julho de 2014;

2) deixar de recolher o ICMS devido por substituição tributária em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização constantes dos itens 14.7, 14.10, 14.11, 14.34, 14.67, 14.112, 18.1.3, 18.1.4, 18.1.7, 18.1.8, 18.1.9, 18.1.14, 18.1.34, 18.1.36, 18.1.53, 18.1.62, 18.1.74, 18.1.77, 18.1.83, 18.1.84, 18.2.15, 18.2.21, 18.2.28, 19.1.27, 19.2.1, 22.2.2, 23.1.12, 23.1.15, 23.1.17, 23.1.19, 23.1.25, 23.1.28, 23.1.29, 23.2.4, 23.2.6, 24.2.4, 29.1.35, 29.1.40, 32.2.2, 44.1.2, 44.1.3, 44.1.4, 44.1.17, 44.1.20, 44.1.24, 44.1.31, 44.1.34, 45.1.8, 45.2.3 e 45.32.3 do Anexo XV do RICMS/02, nos meses de setembro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e de fevereiro a julho de 2014, em virtude de aquisições originárias de estados não signatários de convênios;

3) deixar de recolher o ICMS relativo à complementação de alíquotas, em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos meses de setembro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e março, abril, maio e julho de 2014.

Concomitantemente à lavratura do Auto de Infração foi entregue o Termo de Exclusão Simples Nacional (fls. 434/436) emitido conforme as disposições do art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", § 3º e 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 94/11.

Exigências de ICMS, ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista nos arts. 56, incisos I, § 2º e II da Lei n.º 6.763/75.

### **Da Impugnação**

Inconformada a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 438/445, em síntese, aos argumentos seguintes:

- em 03 de agosto de 2015 foi surpreendida com o recebimento do Termo de Exclusão do Simples Nacional e do Auto de Infração;

- a base legal da imputação da multa e da Exclusão do Simples, tem como fundamento jurídico a Lei Complementar n.º 123/06 e subsidiariamente os demais regramentos jurídicos elencados na fundamentação do Agente do Fisco;

- a base legal do Auto de Infração nele citada, é o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea "a" da Lei Complementar n.º 123/06 alterado pela Lei Complementar n.º 147/14;

- ocorre que conforme art. 15, inciso II da Lei Complementar n.º 147/14, que alterou a Lei Complementar n.º 123/06, somente entrará em vigor em 1º de janeiro de 2016;

- portanto, todas as sanções aplicadas, não têm nenhuma validade jurídica, visto que a lei complementar específica que rege todas as demais normas inferiores somente poderá ser aplicada a partir de 1º de janeiro de 2016;

- como as sanções impostas são referentes aos anos de 2012, 2013 e 2014, estão nulas por falta de previsão legal;

- cita Celso Antonio Bandeira de Melo em relação ao conceito de ato administrativo para concluir que o ato jurídico praticado em desconformidade com as exigências legais é nulo, produzindo todos os efeitos de sua nulidade desde sua prática;

- conforme decisões judiciais dos nossos tribunais o Regime de Substituição Tributária e a antecipação de ICMS para as empresas optantes do Simples Nacional é ilegal, pois, por força da Constituição, as mesmas possuem um regime especial de tributação que deve prevalecer sobre qualquer regime geral;

- transcreve decisões judiciais que entende abrigarem sua tese;

- a citada matéria é tema de discussão no Supremo Tribunal Federal em repercussão geral no RE 598677, sendo que os dois primeiros votos já foram favoráveis ao contribuinte.

Ao final, requer o acolhimento e provimento de sua impugnação, para declarar nulo o Auto de Infração e o Termo de Exclusão do Simples.

#### **Da Manifestação Fiscal**

O Fisco, em manifestação de fls. 473/477, refuta as alegações da impugnação, sob os seguintes argumentos, resumidamente:

- a Impugnante foi intimada em 27 de fevereiro de 2014 a proceder a regularização dos arquivos eletrônicos e apresentar os documentos de arrecadação do ICMS e, em 05 de setembro de 2014, foi colocada sob ação fiscal como consta do Auto de Início de Ação Fiscal, não havendo que se falar em surpresa quanto ao recebimento do Termo de Exclusão do Simples Nacional e do Auto de Infração;

- a Lei Complementar n.º 123/06 tem previsão para cobrança do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas e substituição tributária nas aquisições interestaduais como previsto nas alíneas “a” e “h” do inciso XIII do § 1º do art. 13;

- o texto das alíneas “a” e “h” estão vigendo desde 01 de julho de 2007 por força do art. 89 da Lei Complementar n.º 123/06 e, no caso, da alínea “a”, a nova redação da Lei Complementar n.º 147/14 produzirá seus efeitos a partir de 01 de janeiro de 2016 conforme inciso II do art. 15;

- a lei nova não revoga a Lei Complementar n.º 123/06, apenas modifica o texto de algumas normas, a exemplo da alínea “a” do inciso XIII do § 1º do art. 13, que terá seu novo texto produzindo efeitos a partir de 01 de janeiro do segundo ano consecutivo ao da publicação da Lei Complementar n.º 147/14, portanto em 2016;

- até lá a redação original continua produzindo seus efeitos e assim, as operações efetuadas em 2012, 2013 e 2014 (até julho no presente caso) estão sob o regramento da Lei Complementar n.º 123/06 em seu texto original;

- ademais, a Lei Complementar n.º 147/14 que alterou a Lei Complementar n.º 123/06 foi editada em 07 de agosto de 2014, portanto, após a ocorrência dos fatos geradores do ICMS objeto da autuação;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- em momento algum, houve revogação pela nova lei complementar dos dispositivos citados e base legal para a autuação e desenquadramento do Regime do Simples Nacional;

- não resta dúvidas sobre a legalidade do lançamento efetuado, bem como a exclusão do Regime do Simples Nacional pelas infrações cometidas, não cabendo aos fatos a interpretação viciada e tendenciosa das alterações introduzidas pela Lei Complementar n.º 147/14 para criar uma ficção de ilegalidade dos atos administrativos vinculados;

- não pairam dúvidas quanto à irregularidade das operações realizadas pela Impugnante e exigidas em perfeito alinhamento com o princípio constitucional da legalidade insculpido no inciso II do art. 5º e 150, inciso I da Constituição Federal;

- a Constituição Federal tem a previsão do regime diferenciado para as empresas de pequeno porte e microempresas em seu art. 170, inciso IX, o qual foi inserido através da Emenda Constitucional n.º 06/95 e somente em 14 de dezembro de 2006 foi editada a Lei Complementar n.º 123/06;

- o Regime Especial de Tributação das microempresas e empresas de pequeno porte é o constante da Lei Complementar n.º 123/06, o qual prevê algumas hipóteses de tributação fora da apuração unificada do Simples Nacional e, até o momento não há julgados relativamente a sua inconstitucionalidade a respeito da previsão de complementação de alíquotas ou substituição tributária do ICMS;

- das três jurisprudências que traz a Impugnante, nenhuma se refere a julgados relacionados com a Lei Complementar n.º 123/06;

- quanto ao Recurso Extraordinário que está em discussão no Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, trata-se de um decreto editado pelo Estado do Rio Grande do Sul e não faz menção à Lei Complementar n.º 123/06, portanto, não há que se falar em ilegalidade;

- a Lei Complementar n.º 123/2006 está em consonância com a previsão constitucional estabelecida no inciso IX do art. 170, não havendo, portanto, nenhuma ofensa à Constituição Federal de 1988.

Ao final, pede a procedência do lançamento, bem como do Termo de Exclusão do Regime do Simples Nacional.

---

### **DECISÃO**

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período compreendido entre 11 de setembro de 2012 e 31 de julho de 2014:

1) deixar de recolher o ICMS devido por substituição tributária em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização constantes dos itens 11.1, 14.7, 14.11, 14.34, 14.65, 14.67, 14.69, 18.1.3, 18.1.4, 18.1.7, 18.1.8, 18.1.14, 18.1.16, 18.1.47, 18.1.62, 18.1.84, 23.1.12, 23.1.17, 23.1.35, 29.1.40, 44.1.2, 44.1.8, 44.1.18, 44.1.20 e 44.1.34 do Anexo XV do RICMS/2002, nos meses de

setembro, novembro e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e de fevereiro a julho de 2014;

2) deixar de recolher o ICMS devido por substituição tributária em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização constantes dos itens 14.7, 14.10, 14.11, 14.34, 14.67, 14.112, 18.1.3, 18.1.4, 18.1.7, 18.1.8, 18.1.9, 18.1.14, 18.1.34, 18.1.36, 18.1.53, 18.1.62, 18.1.74, 18.1.77, 18.1.83, 18.1.84, 18.2.15, 18.2.21, 18.2.28, 19.1.27, 19.2.1, 22.2.2, 23.1.12, 23.1.15, 23.1.17, 23.1.19, 23.1.25, 23.1.28, 23.1.29, 23.2.4, 23.2.6, 24.2.4, 29.1.35, 29.1.40, 32.2.2, 44.1.2, 44.1.3, 44.1.4, 44.1.17, 44.1.20, 44.1.24, 44.1.31, 44.1.34, 45.1.8, 45.2.3 e 45.32.3 do Anexo XV do RICMS/02, nos meses de setembro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e de fevereiro a julho de 2014, em virtude de aquisições originárias de Estados não signatários de convênios;

3) deixar de recolher o ICMS relativo à complementação de alíquotas, em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos meses de setembro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e março, abril, maio e julho de 2014.

Exigências de ICMS, ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista nos arts. 56, incisos I, § 2º e II da Lei n.º 6.763/75.

Também cabe à Câmara analisar o Termo de Exclusão Simples Nacional (fls. 434/435) emitido conforme as disposições do art. 76, inciso IV, alíneas "d" e "j", § 3º e 6º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 94/11.

Cabe definir, de pronto, que a Impugnante pede a nulidade do Auto de Infração e do Termo de Exclusão do Simples Nacional. Contudo, as razões por ela expostas para sustentar sua tese de nulidade, em verdade, se confundem com o próprio mérito das exigências, pelo que serão analisadas em conjunto.

#### **Das Imputações Fiscais**

Não há nos autos discussão sobre a incidência do ICMS por substituição tributária em relação às operações com as mercadorias listadas pelo item do Anexo XV no Auto de Infração. Assim, diante da clareza das normas regulamentares e de não haver qualquer novo elemento dos autos, parte esta decisão da certeza de ocorrência do regime de substituição tributária para o caso dos autos.

A partir desta premissa, considerando a impugnação apresentada ao Auto de Infração e ao Termo de Exclusão do Simples Nacional e para que fique clara a decisão, passa-se a análise dos argumentos apresentados pela Impugnante, seguindo a mesma estrutura por ela elaborada.

A Impugnante foi intimada em 27 de fevereiro de 2014 a proceder a regularização dos arquivos eletrônicos e apresentar os documentos de arrecadação do ICMS, conforme indica o Termo de Intimação Fiscal de fl. 02.

Em data de 05 de setembro de 2014 o Fisco deu início ao procedimento de fiscalização como consta do Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.00000143.47 (fls. 06/07), recebido na mesma data.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Posteriormente, referido Auto de Início de Ação Fiscal foi substituído pelo Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000012260.42 (fls. 03/04), datado de 22 de maio de 2015.

Portanto, não há que se falar em surpresa quanto ao recebimento do Termo de Exclusão do Simples Nacional n.º 16826022/13062210/280515 e do Auto de Infração n.º 01.000273025.61, ora analisados, pois já havia todo um prévio procedimento de fiscalização, devidamente documentado nos autos, que resultou na lavratura de tais documentos.

Em relação aos argumentos referentes à Lei Complementar n.º 123/06, cabe analisar o texto de tal norma.

Assim, verifica-se haver previsão para cobrança do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas e a substituição tributária nas aquisições interestaduais exatamente como previsto nas alíneas “a” e “h” do inciso XIII do § 1º do art. 13, a saber:

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:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

.....

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

.....

O texto das alíneas “a” e “h” tem vigência desde 1º de julho de 2007 por força do art. 89 da Lei Complementar n.º 123/06 e, no caso da alínea “a”, a nova redação da Lei Complementar n.º 147/14 produziu seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016 conforme inciso II do art. 15 desta lei, *in verbis*:

Art. 15. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, exceto no que se refere:

.....

II - ao § 15 do art. 3º, aos §§ 12 a 14 do art. 26, ao art. 38-B, à alínea a do inciso XIII do §

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1º e aos §§ 7º e 8º do art. 13 e ao art. 21-A, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, na redação dada pelos arts. 1º e 2º desta Lei Complementar, e ao inciso I do art. 16 desta Lei Complementar, que produzirão efeitos a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da data de publicação desta Lei Complementar.

(grifos não constam do original)

A Lei Complementar n.º 147/14 não revogou a Lei Complementar n.º 123/06, mas apenas modificou o texto de alguns de seus dispositivos. É exatamente este o caso da alínea “a” do inciso XIII do § 1º do art. 13, cujo novo texto produz efeitos a partir de 1º de janeiro do segundo ano consecutivo ao da publicação da Lei Complementar n.º 147/14, portanto em 2016.

Contudo, até 1º de janeiro de 2016 a redação original continuou produzindo seus efeitos e assim, as operações efetuadas em 2012, 2013 e 2014 (até julho no presente caso) estão sob o regramento da Lei Complementar n.º 123/06 em seu texto original, acima transcrito.

A Lei Complementar n.º 147/14 que alterou a Lei Complementar n.º 123/06 foi editada em 07 de agosto de 2014, portanto, após a ocorrência dos fatos geradores do ICMS objeto da autuação.

Assim, a norma aplicada para fundamentar o presente lançamento está correta e foi aplicada pelo Fisco respeitando o princípio da estrita legalidade.

Cabe também ressaltar que a Constituição Federal, como sustenta a Impugnante, tem a previsão do regime diferenciado para as empresas de pequeno porte e microempresas em seu art. 170, inciso IX.

A previsão do regime diferenciado foi concretizada com a edição da Lei Complementar n.º 123/06.

Assim, o regime especial de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte é o constante da Lei Complementar n.º 123/06, o qual prevê algumas hipóteses de tributação fora da apuração unificada do Simples Nacional, dentre elas a substituição tributária e a antecipação, também chamada de complementação de alíquotas ou substituição, conforme estabelece seu art. 13.

A antecipação do imposto, repita-se pela importância, está descrita no art. 13 da Lei Complementar n.º 123/06, a saber:

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

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;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

.....  
§ 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 pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Segundo a alínea “g” admite-se a cobrança, fora do recolhimento unificado do Simples Nacional, do ICMS devido nas operações com bens ou mercadorias adquiridas de outros estados e do Distrito Federal e destinadas à industrialização ou comercialização (“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;”).

Tal previsão de tributação - “antecipação” - está presente no Regulamento do ICMS, no art. 42, §14, também citado no Auto de Infração (fl. 09), que assim dispõe:

### **Parte Geral - RICMS/02**

Art. 42.....

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual e devido na entrada de mercadoria destinada à industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação, observado

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o disposto no inciso XXII do caput do art. 43 deste Regulamento.

Cabe ressaltar, que a antecipação do imposto aplica-se, inclusive, nas aquisições de contribuinte enquadrado no Simples Nacional, hipótese em que mesmo não havendo indicação de base de cálculo e destaque do imposto, deverá ser considerado o valor da operação, nos termos do art. 43 do RICMS/02:

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

.....  
XXII - na entrada, no estabelecimento de microempresa ou empresa de pequeno porte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada à comercialização ou industrialização, bem como na utilização de serviço de transporte, na forma prevista no § 14 do art. 42 deste Regulamento, a base de cálculo sobre a qual foi cobrado o imposto na origem.

XXIII - nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 14 do art. 42, quando se tratar de mercadoria remetida por contribuinte enquadrado no Simples Nacional, o valor da operação.

Sendo assim, há em Minas Gerais, uma clara determinação para que a microempresa e a empresa de pequeno porte 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 operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação.

Essa regra existe desde o início do regime do Simples Nacional.

O Poder Judiciário, por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou sobre essa exigência:

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 TRIBUTO 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

Ao contrário da decisão acima transcrita, as três jurisprudências trazidas pela Impugnante aos autos não se referem a julgados relacionados com a Lei Complementar n.º 123/06.

Quanto ao Recurso Extraordinário que está em discussão no Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, trata-se de um decreto editado pelo Estado do Rio Grande do Sul e não faz menção à Lei Complementar n.º 123/06.

### **Do Termo de Exclusão do Simples Nacional**

Por fim, em relação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, embora a Impugnante não tenha atacado diretamente a questão, afirma que diante das ilegalidades e inconstitucionalidades da peça fiscal não poderia surtir efeito sua exclusão do Simples Nacional, requerendo a anulação do ato.

Tal procedimento fiscal decorreu do fato da Fiscalização ter verificado a prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n.º 123/06.

Analise-se as disposições da Lei Complementar n.º 123/06, com os dispositivos da norma aplicáveis ao caso concreto:

Art. 2º - O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários;

.....  
§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

.....  
Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

.....  
V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

.....  
§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

.....  
§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

.....  
§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

.....  
O Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinou a exclusão do Simples Nacional na Resolução CGSN n.º 94/11, a saber:

### **Seção IX**

#### **Da Exclusão**

##### **Subseção I**

#### **Da Exclusão por Comunicação**

Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

.....  
II - obrigatoriamente, quando:

.....  
c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão:

.....  
§ 1º A comunicação prevista no caput será efetuada no Portal do Simples Nacional, em aplicativo próprio

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 75, § 2º da Resolução CGSN n.º 94/11, abaixo transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do Contribuinte, a saber:

### Lei Complementar n.º 123/06:

Art. 39. o contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente."

### Resolução CGSN n.º 94/11:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º - Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º - Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

Comprovada a realização de prática reiterada de descumprimento da legislação tributária, conforme se conclui dos elementos dos presentes autos, entende-se como correta a exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional.

Neste sentido, faz-se necessário afirmar que não estão sendo exigidas no presente lançamento quaisquer parcelas relativas à exclusão da Impugnante do Simples Nacional.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta linha, é importante afirmar que apenas após esta decisão administrativa, oportunidade em que o Fisco deverá cumprir os demais ditames constantes da legislação, tais como inscrever a exclusão no Portal do Simples Nacional, estará a Impugnante excluída do Simples Nacional.

Destaca-se, por oportuno, que a exclusão empreendida concedeu regularmente o direito ao contraditório e à ampla defesa no prazo legal de 30 (trinta) dias, pois a Impugnante foi intimada do Termo de Exclusão (fl. 435) e do Auto de Infração (fl. 437), em dois momentos distintos, impugnando a sua exclusão na mesma peça em que contestou o lançamento, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. E, ainda, em aprovar a exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Derc Fernando Alves Martins Leme e Ivana Maria de Almeida.

**Sala das Sessões, 16 de março de 2016.**

**Eduardo de Souza Assis**  
**Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão**  
**Relatora**