

Acórdão: 23.580/20/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001366401-58
Impugnação: 40.010148841-19
Impugnante: BBC Comércio Ltda
IE: 002975004.00-15
Proc. S. Passivo: Carlos Eduardo Escarassatte
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

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

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 18/53, acompanhada dos documentos de fls. 54/71, com os seguintes argumentos, em síntese:

- questiona a cobrança antecipada do ICMS, já que esse procedimento fere ao princípio da não cumulatividade;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- discorda do posicionamento do Fisco de não aplicar a apuração do SIMPLES nacional às operações com bens e mercadorias sujeitas à antecipação do imposto;

- destaca que, somente a antecipação com encerramento da tributação não é aplicável na apuração do ICMS das empresas do Simples Nacional;

- ressalta que o valor da antecipação deveria ser deduzido no montante pago no regime de tributação do Simples Nacional;

- cita a legislação aplicável para corroborar a sua tese em relação à não cumulatividade, pelo fato da empresa enquadrada no regime de tributação do Simples Nacional não poder se apropriar dos créditos pagos anteriormente;

- manifesta que a antecipação do recolhimento do imposto passou a ser uma majoração de alíquota por parte do estado de Minas Gerais às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - ME/EPP, com o objetivo de forçar tais empresas a adquirirem suas mercadorias dentro do estado;

- como reforço argumentativo, salienta que o julgamento do RE 970.821 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, referente à constitucionalidade da cobrança da diferença de alíquota de ICMS por empresas optantes do regime de tributação do Simples Nacional, onde quatro ministros já se manifestaram pela inconstitucionalidade da cobrança, estando pendente de conclusão;

- requer que o Auto de Infração combatido seja anulado ou que, caso eventualmente isso não ocorra, seja suspenso o curso do processo até o julgamento final de mérito do RE 970.821 pelo STF.

Pede a procedência da impugnação.

A Repartição Fazendária intima a Autuada a sanar irregularidades de cunho processual (fls. 74).

Aberta vista a Impugnante manifesta-se às fls. 77 e anexa os documentos de fls. 78/80.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 86/95, oportunidade em que refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS pela Autuada, empresa optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, da antecipação do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, conforme apurado na relação de notas fiscais relacionadas em mídia eletrônica (CD de fls. 09), em desacordo com o previsto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar (LC) nº 123/06 c/c art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de agosto de 2017 a fevereiro de 2019.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

A Impugnante sustenta que optou pelo Simples Nacional e que o recolhimento dos tributos é realizado de forma unificada, inclusive o ICMS.

Sustenta, ainda, a inconstitucionalidade do recolhimento do DIFAL pelas empresas que optam pelo Simples Nacional, pois a legislação de regência não atribui tratamento benéfico às micro e pequenas empresas, bem como não leva a efeito o princípio da não cumulatividade.

Conforme restou incontroverso nos autos, é patente que a Lei Complementar nº 123/06, que delimita as regras atinentes ao Simples Nacional, prevê de forma expressa a obrigação da empresa de recolher, de forma antecipada, o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, conforme denota-se do art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar nº 123/06, a saber:

Lei Complementar nº 123/06

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;

(...)

Também a Resolução CGSN nº 94/11, em seu art. 5º, inciso X, alínea “g” dispõe:

Resolução CGSN nº 94, de 29 de Novembro de 2011

Dispõe sobre o Simples Nacional e dá outras providências.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), no uso das competências que lhe conferem a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Decreto nº 6.038, de 7 de fevereiro de 2007, e o Regimento Interno aprovado pela Resolução CGSN nº 1, de 19 de março de 2007, resolve:

(...)

Art. 5º A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá recolher os seguintes tributos, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, nos termos da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, além daqueles relacionados no art. 4º: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, incisos I a XV)

(...)

X - 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:

(...)

Pelo exposto, resta patente que a legislação de regência, impõe ao optante pela sistemática do Simples Nacional a obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS nas hipóteses em que realize operações com bens ou mercadorias adquiridas de estabelecimentos localizados em outro estado da Federação.

Diante dessa autorização legal, o estado de Minas Gerais estabeleceu a referida cobrança às empresas optantes pelo regime diferenciado do Simples Nacional, nos termos do art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75, preceito este disciplinado pelo art. 42, § 14 do RICMS/02. Examine-se:

Lei nº 6.763/75:

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 ou industrialização, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

(...)

RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que receber 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.

(...)

Tal regramento existe desde a implantação do regime de tributação do Simples Nacional e já foi referendado pelo Poder Judiciário por meio de decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que assim se manifestou:

STJ – RESP 1193911/MG RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA DATA DO 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 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 SUBSEQÜENTES 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

(...)

Por oportuno, é imprescindível destacar que é ressabido que o STF reconheceu a repercussão geral do RE nº 970.821/RS, mas o julgamento ainda não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

findou. Já foram proferidos 5 (cinco) votos; 4 (quatro) acolhendo a tese do contribuinte e 1 (um) acolhendo a tese da fiscalização; todavia, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista, com o que, como o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais – CCMG não possui competência para analisar a constitucionalidade das normas, deve-se aguardar a finalização do julgamento, e o respectivo trânsito em julgado para que a decisão gere seus efeitos.

Noutro turno, o cálculo do ICMS devido a título de antecipação foi realizado consoante o disposto no art. 42, § 14 do RICMS/02, retrotranscrito c/c art. 13, § 5º da Lei Complementar nº 123/06 e com o art. 43, § 8º, inciso I do RICMS/02:

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:

(...)

§ 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;

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;

(...)

Lei Complementar nº 123/06:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

(...)

Para exigência do crédito tributário devido, lavrou-se o Auto de Infração, o qual contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências, bem como as penalidades aplicadas, encontram-se legalmente embasadas.

Em conclusão, a defesa do Impugnante circundou argumentos de ordem legal e constitucional, que não são capazes de ilidir o lançamento, pois de fato se mostrou devido o recolhimento da antecipação pela natureza das operações realizadas e pelos tipos de mercadorias adquiridas. Não houve demonstração cabal do recolhimento ou de que a antecipação não seria devida no caso concreto.

Os argumentos de ordem principiológica e constitucional que visam a negativa da vigência da legislação, suscitados pela Impugnante em defesa, não podem ser apreciados por este E. Conselho, ao qual não é autorizado a negativa de vigência a dispositivo legal válido, nos termos do art. 182 da Lei 6.763/75 e 110 do RPTA.

Por fim, no que tange o pedido de suspensão do julgamento do presente recurso até prolação de decisão final pelo STF nos autos do RE nº 970.821/RS, não se verifica a existência de previsão regimental ou legal que autorize o deferimento de tal petitório no âmbito do Conselho de Contribuintes.

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.

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Sala das Sessões, 01 de outubro de 2020.

**Nayara Atayde Gonçalves Machado
Relatora**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

CCMG