

Acórdão: 24.086/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002168791-73
Impugnação: 40.010153213-55
Impugnante: FIBRARP Indústria e Comércio Ltda
IE: 685296783.00-61
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. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS Antecipação e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de 01/03/20 a 31/12/20.

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 representante legal, Impugnação às págs. 16/20, para argumentar em síntese:

- argui que a cobrança é inconstitucional, pois “*mesmo que o Recurso Extraordinário de nº 970.821, que trata da constitucionalidade do assunto, já tenha sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal -STF, com o placar final de 6 x 5 a favor da constitucionalidade do tributo, foram apresentados 2 (dois) embargos declaratórios, com efeitos infringentes, que poderão alterar o resultado final julgamento.*”;

- aponta que há antecipação do imposto, contudo, no momento da apuração pelo regime de tributação do Simples Nacional, inexistente a previsão de abatimento da parcela antecipada, o que é inconstitucional, por contrariar o que determina o art. 170 da Constituição da República de 1988 – CR/88;

- entende que há valores que devem ser abatidos do crédito tributário, pois correspondem a recolhimentos cujas guias foram calculadas fora do período de emissão da nota fiscal.

Nesses termos, pede que o processo tributário seja extinto, diante da flagrante inconstitucionalidade do tributo e, alternativamente, com base no princípio da concentração, seja revisado o Auto de Infração lavrado pelo Fisco Estadual, decotando os valores já recolhidos, revisando o valor do crédito tributário em questão.

Acatando parcialmente as razões da Defesa, a Fiscalização emite o Termo de Reformulação do Lançamento de págs. 59. Após análise dos argumentos e anexos apresentados na Impugnação do e-PTA, a Fiscalização entendeu que assiste razão ao Impugnante em relação a alegação de existir pagamentos do ICMS efetuados pelo Contribuinte referente a entradas de mercadorias/Notas fiscais no estabelecimento, especificamente as de n°s: 90093, 90426, e 22391.

No entanto, constatou-se que estes recolhimentos ocorreram fora do período correto adotando como critério a data de entrada da mercadoria no estabelecimento declarada pelo Contribuinte e não a data da nota fiscal de acordo com a Instrução Normativa SUTRI n° 001, de 29/06/21, portanto foram aceitos os pagamentos do imposto devido, mas calculado a multa de mora correspondente.

O acatamento parcial da impugnação levou a uma redução no valor do crédito tributário lançado, composta de uma redução de ICMS e multa de revalidação, e da inclusão da Multa de Mora nos valores individualizados por rubrica e competência constantes do “Demonstrativo de Valores Excluídos” e no “Demonstrativo de Multa de Mora” respectivamente.

Além disso houve a inclusão de nova penalidade, aquela do art. 56, inciso I, alínea, “c” e art. 56, §1º, inciso I da Lei n° 6.763/75.

Aberta vista, a Impugnante apresenta aditamento à Impugnação às págs. 64/76, aos seguintes argumentos, em síntese:

- relata minuciosamente o andamento processual do Recurso Extraordinário n° 970.821;

- assevera que a legislação mineira que instituiu a cobrança do DIFAL, ao contrário da legislação gaúcha que serviu de paradigma à decisão do STF, é inconstitucional por apresentar “vícios de formalidade”;

- pontua que o fato gerador da antecipação do ICMS-DIFAL para empresas do regime de tributação do Simples Nacional, que é um dos aspectos da regra matriz de incidência tributária, foi disciplinado por meio de decreto e, posteriormente, mediante Instrução Normativa;

- sustenta que “tratando de antecipação do imposto, sendo prevista em Lei Complementar Federal, o fato gerador poderia até ser previsto por Lei em sentido estrito (ordinária), mas nunca por meio de decreto ou instrução normativa, por se tratar de uma regra matriz de incidência tributária”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca que o Fisco desconsiderou o valor correspondente a pagamentos comprovados na impugnação, nos meses de março e junho de 2020, que deveriam ter sido abatidos do crédito ora exigido.

Reitera então os pedidos de extinção do processo administrativo, diante da inconstitucionalidade do tributo e a necessidade de abater os valores mencionados do crédito tributário.

A Fiscalização manifesta-se às págs.77/90, com os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

- registra que a não exigência do pagamento do ICMS nas aquisições em operações interestaduais provocaria uma concorrência desleal prejudicando os contribuintes mineiros, afinal a alíquota da operação interna, 18% (dezoito por cento), é em regra superior àquela incidente nas compras interestaduais, 12% (doze por cento);

- acrescenta que neste cenário, favorecido ainda pelo fato das empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional não aproveitarem créditos, esses contribuintes poderiam passar a adquirir a totalidade das mercadorias revendidas internamente de outras unidades da Federação, pois, por uma simples conta matemática, essas teriam um menor custo.

- salienta que a tese de repercussão geral firmada pelo STF corrobora o entendimento do Fisco neste processo.

- esclarece que não é de competência do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais -CC/MG julgar inconstitucionalidade da Lei conforme expressa previsão do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos;

- informa que levou em consideração todos os valores apresentados pelo Impugnante tal como indica Anexo 7 - o Demonstrativo do Crédito Tributário, constante do grupo Reformulação do Lançamento tipo Anexos da Reformulação do e-PTA, anexado junto ao termo de reformulação do lançamento respectivo.

Nesses termos pede que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de 01/03/20 a 31/12/20.

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

Inicialmente, cabe analisar o argumento de que o Auto de Infração deveria ser extinto em virtude da inconstitucionalidade da cobrança. Como se depreende da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

jurisprudência consolidada deste Conselho, a cobrança encontra amparo na legislação mineira.

A imposição decorre da Lei Complementar nº 123/06, estando prevista em seu art.13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, e § 5º, a seguir reproduzido:

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

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(Grifou-se)

A cobrança foi instituída no direito mineiro pelo art. 6º, § 5º, alínea “f”, da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

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

(...)

f) aquisição, por microempresa ou empresa de pequeno porte, de mercadoria destinada a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, relativamente à diferença entre a alíquota de aquisição e a alíquota interna.

O dispositivo foi regulamentado pelos arts. 42, § 14, e 43, §§ 8º e 9º do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

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

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

(...)

Assim, é indubitoso que a legislação vigente em Minas Gerais estabelece que as microempresas e empresas 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.

Ademais, os analíticos argumentos apresentados pela Impugnante sobre a decisão do STF e suas consequências em face da legislação mineira são argumentos que dizem respeito à inconstitucionalidade de normas em vigor na legislação do estado. Nessa condição, não podem ser analisados pelo CCMG, nos termos do art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a alegação de que o Fisco não teria considerado pagamentos comprovados pela Impugnante, relativos aos meses de março e junho de 2020, no montante de R\$ 22.497,02 (vinte e dois mil, quatrocentos e noventa e sete reais e dois centavos), verifica-se que a Impugnante se equivoca.

Como demonstrado pelo Fisco na Manifestação Fiscal e como se verifica do Demonstrativo do Crédito Tributário Reformulado, Anexo 7, os valores foram reduzidos do crédito tributário. Como esclarece o Termo de Reformulação do Lançamento, isto levou a uma redução líquida de R\$ 29.635,03 (vinte e nove mil, seiscentos e trinta e cinco reais e três centavos) no valor do crédito tributário lançado, composta de uma redução de ICMS e multa de revalidação. Porém, considerando que o pagamento se deu em atraso foi incluída a penalidade do art. 56, inciso I, alínea "c", c/c art. 56, §1º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - Havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(Grifou-se)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre reiterar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Dessa forma, observada a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 59, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais remanescentes.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 59. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 15 de março de 2022.

Thiago Álvares Feital
Relator

Cindy Andrade Morais
Presidente / Revisora

CS/D

24.086/22/3ª