

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.634/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000733008-60
Impugnação: 40.010143917-41, 40.010143918-21 (Coob.)
Impugnante: LMX Equipamentos Agrícolas e Ferramentas Ltda - EPP
IE: 001018617.00-09
Luciano José Ferreira (Coob.)
CPF: 841.073.406-00
Origem: DFT/Manhuaçu

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO – SIMPLES NACIONAL. Constatada a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto sobre a diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de mercadoria, em outra unidade da Federação, por microempresa ou empresa de pequeno porte, destinada a comercialização, conforme previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS e Multa de Revalidação, prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO - NÃO COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. O art. 135, inciso III do CTN atribui responsabilidade solidária a sócio gerente de pessoa jurídica pelos atos praticados com infração de lei. Todavia, para que haja esta responsabilização, é necessário que o sócio seja administrador de fato ou de direito da sociedade. Na ausência de comprovação do poder de gerência do sócio, exclui-se o Coobrigado do polo passivo da obrigação tributária.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento antecipado do ICMS devido em razão da aquisição, por contribuinte mineiro optante pelo Regime de Recolhimento do Simples Nacional, de mercadorias remetidas por estabelecimentos sediados em outras unidades da Federação em desacordo com o disposto no art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de janeiro de 2013 a junho de 2015, decorrente do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

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

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por seus representantes legais, Impugnação às fls. 59/69 e 72/78, respectivamente, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 82/92.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento antecipado do ICMS devido em razão da aquisição, por contribuinte mineiro optante pelo Regime de Recolhimento do Simples Nacional, de mercadorias remetidas por estabelecimentos sediados em outras unidades da Federação em desacordo com o disposto no art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de janeiro de 2013 a junho de 2015, decorrente do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Há de se destacar que o Contribuinte foi intimado para apresentar o recolhimento da antecipação do ICMS (Termo de Intimação nº 488/15), o qual foi retificado, em 27/03/17, para consideração do percentual de redução da base de cálculo prevista para a operação interna, conforme novo entendimento da SEF/MG exarado na Consulta nº 119/16. Porém, o Contribuinte não apresentou os comprovantes solicitados.

O objeto social da Autuada é o comércio varejista de máquinas, aparelhos e equipamentos agrícolas e serviços de assistência técnica, reforma e manutenção de máquinas de uso agropecuário.

A Autuada alega que houve ilegalidade da incidência da antecipação do ICMS. Porém essa alegação não se sustenta, tendo em vista que essa cobrança está inserida no ordenamento jurídico pela LC nº 123/06 que, no art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “g” item 2, dispõe que o recolhimento do ICMS pelo Regime de Tributação do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal.

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante dessa autorização legal, o estado de Minas Gerais estabeleceu a referida cobrança às empresas de pequeno porte, nos termos do art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75, preceito este disciplinado pelo art. 42, § 14, RICMS/02.

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. (...) (Lei 6.763/75, art. 6º, §5º, alínea “f”)

(...)

RICMS/02

Art. 42 As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título e 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 o disposto no inciso XXII do caput do art. 43 deste Regulamento.” (Decreto 43.080/02 - RICMS/02, art. 42, §14)

O objetivo dessa cobrança é equiparar a carga tributária, ou seja, o intuito, sob o ponto de vista tributário, é tornar a aquisição interestadual, que normalmente é feita com a incidência de alíquotas menores, igual à aquisição no estado, que normalmente é feita com a aplicação de alíquotas maiores do que as interestaduais.

Com a antecipação do diferencial da alíquota, equipara-se o custo tributário. Caso seja desconsiderada, haverá vantagem indevida para as empresas optantes pelo regime de tributação do Simples Nacional que adquirem mercadorias de outros estados em relação àquelas que realizam suas compras internamente, visto que o ICMS que incide sobre a operação interestadual é, em regra, menor do que àquele incidente no âmbito interno do estado.

Quanto à alegação de que o princípio da não cumulatividade foi supostamente violado no Auto de Infração, não lhe assiste razão, pois ao optar pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Simples Nacional os contribuintes abrem mão do direito de se creditar do ICMS das operações anteriores, conforme consta do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

Em um cotejo perfunctório, o art. 23 da LC nº 123/06 faz crer que a vedação da apropriação de créditos do ICMS se referiria apenas àquela arrecadação única, vinculada ao regime de tributação do Simples Nacional. Assim sendo, nesse exame apressado, realmente a Contribuinte teria direito à compensação dos créditos de ICMS que se referissem àquela arrecadação independente da contribuição do Simples Nacional, como, *verbi gratia*, o art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, “h”, e § 5º, todos da LC nº 123/06, o qual expressamente se refere ao recolhimento antecipado do ICMS – DIFAL para a entrada de mercadorias, oriunda de outro estado-membro.

Contudo, a interpretação gramatical da norma inserida no art. 23 da LC nº 123/06 não deixa dúvidas de que essa vedação de apropriação de créditos do ICMS se vincula à expressão “a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional”. Portanto, é vedada a compensação de créditos acumulados do ICMS na entrada, tanto em relação à contribuição única do Simples, quanto àqueles referentes aos impostos que não são quitados pela arrecadação única, dentre eles, o *rol* das hipóteses de ICMS com recolhimento independente, *ex vi* das alíneas “a” até “g” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da LC nº 123/06.

Caso a quantidade de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação seja expressiva, seria o caso de planejamento tributário da Autuada para verificar se a tributação pelo lucro real lhe seria mais vantajosa que aquela decorrente da opção pelo Simples Nacional. Todavia, uma vez eleita essa via de tributação pela Autuada, não pode mais se queixar de quaisquer prejuízos, decorrentes da exclusão legal da não-cumulatividade pela Lei Complementar nº 123/06.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, por meio da Decisão STJ - RESP. 1193911/MG, em que resta explicitado que 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, bem como informa da proibição expressa de qualquer creditamento, prescrito no art. 23, *caput* da LC nº 123/02. A seguir o julgado:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 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.

No tocante à discussão do afastamento ou não do creditamento do ICMS para as operações de aquisição de mercadoria de outro estado-membro ser inconstitucional, pois a lei complementar não poderia afrontar norma constitucional, que prevê a não-cumulatividade para os impostos plurifásicos, não cabe a esse Conselho esse tipo de exame, pois representaria negar vigência a dispositivo de lei vigente, nos termos do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Logo, conclui-se que, sempre que a empresa optante pelo Simples Nacional adquirir mercadorias destinadas à comercialização ou industrialização oriundas de outras unidades da Federação, deverá efetuar o recolhimento do "ICMS Antecipação de alíquota", não podendo utilizar-se de tais valores como crédito em recolhimentos futuros.

Sendo assim, constatada a hipótese, 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, sob pena de enriquecimento sem causa.

Considerados todos os argumentos articulados nos autos e de acordo com as provas colacionadas, verifica-se não haver dúvidas de que a obrigação tributária deixou de ser cumprida pelo Sujeito Passivo, ensejando a ação da Autoridade Tributária para exigir o cumprimento da obrigação com os acréscimos devidos por lei.

Assim, correta a exigência da Multa de Revalidação capitulada na Lei nº 6.763/75, no art. 56, inciso II.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (...)

Quanto à inclusão do sócio administrador no polo passivo da obrigação tributária, não houve comprovação pelo Fisco de excesso de poderes, de infração legal ou do estatuto social cometida por ele.

Assim, é cabível e apropriado o acolhimento de interpretação similar àquela dada pela Súmula nº 430 do STJ, segundo a qual o mero inadimplemento de obrigação tributária não configura conduta evasiva do Contribuinte, que teria o condão de obstaculizar a atividade de fiscalização.

E, ainda, não há base legal para a aplicação da Portaria SRE nº 148/15, que estabelece as hipóteses de infringências em relação às quais o sócio figurará como coobrigado, pois nela existe previsão de inclusão do sócio apenas quando houver utilização de crédito de ICMS de estabelecimento diverso e falta de comprovação de origem do crédito e, o Auto de Infração refere-se a falta de recolhimento de ICMS antecipado na entrada, quando a mercadoria é adquirida de outra unidade da Federação.

Sendo assim, exclui-se o sócio administrador do polo passivo da relação jurídico-tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o Coobrigado Luciano José Ferreira do polo passivo da obrigação tributária. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Geraldo da Silva Datas e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 06 de setembro de 2017.

Luiz Geraldo de Oliveira
Presidente / Revisor

Erick de Paula Carmo
Relator

GR/D