

Acórdão: 23.536/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001232149-29
Impugnação: 40.010148358-60
Impugnante: Miranda & Potros Ltda
IE: 056815942.00-14
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 e da Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. 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 01/01/18 a 31/05/18.

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 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 fls. 29/36, acompanhada dos documentos de fls. 38/43, com os seguintes argumentos, em resumo:

- a antecipação tributária prevista na Lei Complementar nº 123/06, na Lei nº 6.763/75 e no Regulamento do ICMS não pode ser exigida, pois implicaria em tributação mais onerosa para as empresas do Simples Nacional comparativamente a outras empresas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a antecipação desacompanhada da possibilidade de se compensar os créditos devidos a título de ICMS pelas operações anteriores implica em tornar cumulativo esse imposto, o que é contrário à Constituição Federal.

Por estas razões, a Impugnante pede que este Conselho aprecie a sua Impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 45/52, em síntese, aos seguintes fundamentos:

- diante da constatação de que não teria havido recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de compra de mercadoria provenientes de outros Estados, foi oportunizado ao contribuinte apresentar comprovação de recolhimento do tributo devido;

- a exigibilidade da tributação antecipada do ICMS devido nestes casos pelas empresas optantes pelo Simples Nacional está prevista no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar nº 123/06, no art. 5º, inciso XII, alínea “g” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 140/18, no art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75, no art. 42, § 14 e no art. 43, § 8º, inciso I, ambos do RICMS/02;

- o adiantamento não implica em afronta a qualquer princípio constitucional;

- o Superior Tribunal de Justiça já decidiu (REsp nº 1193911/MG) que a cobrança é legal e sequer onera a operação posterior da empresa optante pelo Simples Nacional, mas apenas equaliza a anterior, realizada pelo fornecedor, atenuando os efeitos da “guerra fiscal”;

- a não exigência do adiantamento do ICMS nestas operações provocaria uma concorrência desleal, prejudicando os contribuintes mineiros, pois tornaria a aquisição interna menos vantajosa do que a interestadual;

- no Recurso Extraordinário nº 970.821, o STF ressaltou que a cobrança do adiantamento está prevista em lei, não viola os princípios que regem o Simples Nacional e não interfere na não cumulatividade do ICMS;

- o Conselho de Contribuintes não tem competência para avaliar a constitucionalidade de norma ou negar aplicação a dispositivo de lei, por força do art. 182 da Lei nº 6.763/75 e do art. 110, inciso I do RPTA;

- todos os atos administrativos documentados nos autos deste processo estão fundamentados no princípio da legalidade e da verdade material;

- todas as notas utilizadas para se determinar o valor do crédito tributário foram apresentadas pela própria Impugnante.

Por estas razões, pede o Fisco que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, 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 01/01/18 a 31/05/18.

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

A exigência do ICMS a título de antecipação do imposto, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, está prevista na Lei Complementar nº 123/06, que regula o Simples Nacional, regime ao qual pertence a Impugnante.

Em seu art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, a Lei Complementar nº 123/06 prevê que a sistemática de apuração do ICMS estabelecida pelo Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto nas aquisições interestaduais. Examine-se:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13 (...):

§ 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:

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;

Em Minas Gerais, a exigência está prevista art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/65:

Art. 6º - (...):

§ 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, 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.

Também o Regulamento do ICMS, no art. 42, § 14, contempla a exigência do pagamento antecipado. Confira-se:

RICMS/02:

Art. 42. (...):

§ 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.

Efeitos de 17/08/2017 a 21/05/2018 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.241, de 16/08/2017:

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

Dessa forma, verifica-se que a legislação estabelece de forma clara para microempresas e empresas de pequeno porte a obrigação de recolhimento, a título de antecipação do imposto, do 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, ainda, na utilização de serviço em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação.

A legalidade da cobrança já foi referendada pelo Poder Judiciário, em mais de uma ocasião.

A Impugnante argumenta que a cobrança do “ICMS/Antecipação”, sem a compensação de créditos fiscais devidos a título de ICMS em razão de operações anteriores, contrapõe-se ao princípio da não cumulatividade do ICMS e onera as empresas optantes pelo Simples Nacional.

Entretanto, conforme esclarece a Fiscalização em Manifestação Fiscal (fls. 49/51), em entendimento contrário ao trazido pela Defesa, ao enfrentar exatamente o argumento de violação ao princípio da não cumulatividade, o STJ, consoante Resp 1193911/MG, declarou a legalidade da cobrança do “ICMS/Antecipação”, reconhecendo, inclusive, sua essencialidade à redução dos impactos da chamada guerra fiscal.

O Fisco acrescenta que (fls. 51/52):

Vale lembrar no Recurso Extraordinário (RE) 970821, que o relator do caso, ministro Edson Fachin, frisou que a cobrança não viola a sistemática do Simples Nacional e tem expressa previsão legal no artigo 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alínea ‘g’, da LC Federal 123/2006, segundo o qual o recolhimento do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS na aquisição em outros estados ou no Distrito Federal. Esse dispositivo, segundo o relator, embasa seu entendimento de que não há vício formal na legislação que autoriza a cobrança do diferencial de alíquota.

Também não merece ser acolhida, segundo Fachin, a alegação de ofensa ao princípio da não cumulatividade, uma vez que o artigo 23 da LC 123/2006 veda, explicitamente, a apropriação ou a compensação de créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidas pelo Simples Nacional. Ainda segundo o relator, não há como prosperar uma adesão parcial ao Simples Nacional, pagando as obrigações tributárias centralizadas e com carga menor, mas deixando de recolher o diferencial de alíquota nas operações interestaduais.

Acerca da constitucionalidade da matéria, cabe reiterar que a competência deste Conselho não abarca a análise de constitucionalidade de norma, tampouco compreende a negativa de aplicação a dispositivo de lei, por força da limitação prevista no art. 182 da Lei nº 6.763/75 e no art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a saber:

Lei nº 6.763/65:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a aplicação da equidade.

RPTA:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Diante da violação de obrigação estabelecida em lei, correta a lavratura do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Paula Prado Veiga de Pinho.

Sala das Sessões, 09 de setembro de 2020.

**Thiago Álvares Feital
Relator**

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**