

Acórdão: 23.585/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001439849-83
Impugnação: 40.010149522-62
Impugnante: Ecomergulho Comércio e Serviços Ltda
IE: 001646016.00-58
Proc. S. Passivo: Osmar Vaz de Mello da Fonseca Neto
Origem: DF/Uberlândia

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 procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação do imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, em razão da aquisição de mercadorias em outra unidade da Federação, destinadas à comercialização ou industrialização, por Contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, em desacordo com o art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de 01/01/15 a 30/06/19.

Exigências de ICMS e da 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. 34/61, acompanhada dos documentos de fls. 62/100, argumentando, em síntese que:

- o regime tributário do Simples Nacional implica na concessão de um tratamento tributário diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte;
- neste regime as empresas são tributadas mediante aplicação de alíquota única incidente sobre a sua receita bruta mensal, sendo posteriormente o produto da arrecadação partilhado entre os entes federados competentes;
- o STF já reconheceu a validade do Simples Nacional, na ADI nº 4.033;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o regime foi criado para favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte;
- na dinâmica do ICMS estabelecida pela Lei Complementar nº 87/96, o recolhimento do ICMS sujeita-se à não cumulatividade;
- o art. 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/75 contraria o princípio constitucional da não cumulatividade, bem como o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte;
- a cobrança de antecipação de ICMS no caso dos autos, não permite nenhuma possibilidade de abatimento do imposto com créditos auferidos em outras operações sujeitas ao regime de antecipação, o que acarreta duplicidade na cobrança;
- a bitributação das empresas optantes pelo Simples Nacional provocada pela exigência de antecipação é inconstitucional;
- a exigência de antecipação equivale à discriminação tributária em razão da origem do produto, o que é vedado pelo princípio da liberdade de tráfego, pelo princípio da não discriminação tributária em razão da procedência ou do destino;
- a antecipação equivale juridicamente ao diferencial de alíquotas e está evitada de inconstitucionalidade formal, pois sua cobrança não é amparada por lei complementar;
- a cobrança de antecipação, no caso dos autos, é inconstitucional, tendo inclusive se formado maioria no STF a esse respeito.

Por estas razões, a Impugnante pede a anulação do Auto de Infração.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 104/126, em resumo, aos seguintes fundamentos:

- 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;
- os fundamentos jurídicos, o objetivo e a regulação legal do diferencial de alíquotas são inteiramente distintas daquelas da antecipação;
- 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. Trata-se, no caso da antecipação, de preservar os contribuintes localizados neste Estado. Por outro lado, no caso do DIFAL, o instituto visa a garantir o pacto federativo equilibrando a repartição de receitas tributárias entre os Estados de origem e destino da operação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- face ao equívoco da Impugnante na interpretação do direito aplicável, sua impugnação não merece prosperar.

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

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação do imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, em razão da aquisição de mercadorias em outra unidade da Federação, destinadas à comercialização ou industrialização, por Contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, em desacordo com o art. 42, § 14 do RICMS/02, no período de 01/01/15 a 30/06/19.

Exigência de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A exigência discutida nos presentes autos 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:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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, nos arts. 42, § 14, contempla a exigência do pagamento antecipado:

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.

(...)

Com isto, 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. Inclusive, a legalidade da cobrança já foi referendada pelo Poder Judiciário, em mais de uma ocasião.

Diante da violação de obrigação estabelecida em lei, correta a lavratura do auto de infração. Uma vez que o lançamento foi realizado de acordo com todos os requisitos formais e materiais e que os argumentos da Impugnante não se mostraram capazes de afastar a exigência fiscal, deve ser declarado procedente o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Alexandra Codo Ferreira de Azevedo.

Sala das Sessões, 20 de outubro de 2020.

**Thiago Álvares Feital
Relator**

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

CCMG