
Acórdão: 23.630/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001390154-08
Impugnação: 40.010149001-14
Impugnante: Max Academia Eireli
IE: 002576195.00-06
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 microempresa/empresa de pequeno porte situada em Minas Gerais, proveniente de outra unidade da Federação, conforme previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. 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 constatação de que a Autuada deixou de recolher, a título de antecipação do ICMS, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual e devido na aquisição de mercadoria por microempresa/empresa de pequeno porte situada em Minas Gerais, proveniente de outra unidade da Federação, conforme estabelecido no § 14 do art. 42 do RICMS/02, no período de janeiro de 2016 a fevereiro de 2019.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 20/30, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 49/54.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre constatação de que a Autuada deixou de recolher, a título de antecipação do ICMS, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual e devido na aquisição de mercadoria por microempresa/empresa de pequeno porte situada em Minas Gerais, proveniente de outra unidade da Federação, conforme estabelecido no § 14 do art. 42 do RICMS/02, no período de janeiro de 2016 a fevereiro de 2019.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Inicialmente, cumpre destacar que, em face da constatação, por meio do portal “SIARE AUTORREGULARIZAÇÃO”, da 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, a Fiscalização emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000031321.18, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de janeiro de 2016 a fevereiro de 2019.

O trabalho fiscal teve como resultado a constatação de falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação tributária nas entradas de mercadorias relativas aos Documentos Auxiliares das Notas fiscais Eletrônicas - DANFEs constantes no Anexo 1 (fls. 08).

O Simples Nacional é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 14/12/06, aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, a partir de 01/07/07. Possui como uma de suas características ser **facultativo**, contudo, as empresas estarão obrigadas ao cumprimento de sua legislação específica.

A alegação de ilegalidade da incidência da antecipação do ICMS 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Diante dessa autorização legal, o estado de Minas Gerais estabeleceu a referida cobrança às empresas 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 (Decreto 43.080/02):

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.

Sendo assim, há na legislação mineira, uma clara determinação para que a microempresa e a empresa de pequeno porte, optante pelo regime Simples Nacional, 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.

Assim, foi apurado o crédito tributário referente aos valores relativos à antecipação tributária devidos a Minas Gerais, não recolhidos pelo sujeito passivo no prazo previsto pela legislação tributária mineira, acrescido da respectiva Multa de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Revalidação, por descumprimento da obrigação principal de recolher o imposto, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75

Os valores exigidos estão demonstrados no Anexo 2 – Cálculo da Antecipação Tributária Notas Fiscais por item (em mídia digital), Anexo 3 – Resumo mensal do cálculo da antecipação Tributária e Anexo 4 – Demonstrativo do Crédito Tributário DCT e foram apurados conforme relação dos DANFES no Anexo 1.

A diferença entre a alíquota interna e a interestadual apenas garante o direito do estado de destino à parcela que lhe cabe na partilha do ICMS sobre operações interestaduais.

Caso não houvesse a cobrança do imposto, 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". Por exemplo, ao se adquirir um insumo do Rio de Janeiro destinado a Minas Gerais, há incidência da alíquota interestadual de 12% (doze por cento). Se o mesmo insumo for adquirido no próprio estado, poderia incidir a alíquota interna de 18% (dezoito por cento). A cobrança dessa diferença de alíquota não onera a operação posterior, promovida pela empresa optante pelo Simples Nacional, mas apenas equaliza a anterior, realizada pelo fornecedor, de maneira a que o diferencial de 6% (seis por cento), nesse exemplo (= 18 - 12), seja recolhido aos cofres de Minas Gerais, minorando os efeitos da chamada "guerra fiscal".

Dessa feita, nada disso viola a sistemática do Simples Nacional, não apenas porque esta cobrança é prevista expressamente pelo art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "g", item 2, da LC nº 123/02, mas também porque o creditamento e compensação com as operações subsequentes é vedado em qualquer hipótese, e não apenas nesse caso específico.

A antecipação tributária é a presunção de que o contribuinte efetuará uma operação subsequente, e por essa razão o ICMS é cobrado antes mesmo que a operação presumida ocorra. Essa sistemática é um instrumento de política tributária que visa a preservar o erário da perda de arrecadação relativa às mercadorias procedentes de outra unidade da Federação e gerar isonomia em relação aos mesmos produtos fabricados internamente.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, por meio do REsp nº 1.193.911/MG, a legitimidade da exigência do ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sem direito a crédito, nas compras interestaduais realizadas pelas empresas optantes do regime de Tributação do Simples Nacional, *in verbis*:

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, §

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

A competência para fiscalizar está expressa na Lei Complementar 123/06 (Simples Nacional), art. 33 (caput) e parágrafo 3º:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§ 3º O valor não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício pela autoridade competente que realizou a fiscalização.

Além da mudança constitucional, com a finalidade de uniformizar a aplicação da Emenda Constitucional, os Estados optaram por celebrar um Convênio de ICMS, dando origem ao Convênio ICMS nº 93/15 que basicamente traz em seu texto as mesmas instruções presentes na EC 87/15.

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 e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 2020.

Alexandra Codo Ferreira de Azevedo
Relatora

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

P